

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LV, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2002



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección
JUAN VALLET DE GOYTISOLO
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS
LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

Secretario
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Coordinación
NIEVES FENOY PICÓN

Consejo de Redacción

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ
JESÚS DÍEZ DEL CORRAL
AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN
GABRIEL GARCÍA CANTERO
ANTONIO GORDILLO CAÑAS
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS
JUAN JORDANO BAREA

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ
JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
SEBASTIÁN MORO LEDESMA
FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS
MANUEL OLIVENCIA RUIZ
JOSÉ POVEDA DÍAZ
LUIS PUIG FERROL
IGNACIO SOLÍS VILLA

SUMARIO

Pág.

Estudios monográficos

| | |
|---|------|
| Francisco JORDANO FRAGA: «El pago, por el prestatario, de intereses no pactados (art. 1756 CC)»..... | 1541 |
| Manuel RIVERA FERNÁNDEZ: «El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la asistencia sanitaria» | 1609 |
| Juan Carlos REBOLLO GONZÁLEZ: «Responsabilidad civil en la práctica deportiva de riesgo: análisis de la respuesta legal y jurisprudencial» | 1681 |
| Germán María LEÓN PINA: «Apuntes para la revisión del derecho sucesorio pitiuso» | 1707 |

Estudios de Derecho extranjero

| | |
|---|------|
| Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI: «Representación indirecta y <i>Undisclosed agency</i> : su convergencia (la <i>Convention on agency in the international sale of goods</i> y los <i>Principles of European Contract Law</i>)» | 1721 |
|---|------|

| | |
|--|------|
| María Sara RODRIGUEZ PINTO: «Los Principios de Derecho Europeo de Contratos y el <i>conflicto de intereses en la representación</i> » | 1755 |
| Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias | |
| Por Marta REQUEJO ISIDRO | 1771 |
| Bibliografía | |
| LIBROS | |
| DÍEZ-PICAZO, Luis/ROCA, Encarna/MORALES, Antonio Manuel: «Los Principios del Derecho Europeo de Contratos», por Lis Paula San Miguel Pradera | 1807 |
| JEREZ DELGADO, Carmen: «Hacia la Inscripción Constitutiva», por Máximo Juan Pérez García | 1815 |
| REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO (coordinador): «Tratado de responsabilidad civil», por Juan José Marín López | 1819 |
| TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A.: «La unión de hecho y el derecho a no casarse», por Susana Espada Mallorquín | 1825 |
| REVISTAS EXTRANJERAS | |
| Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, María Rosario DÍAZ ROMERO, María Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUTIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Josep SOLÉ FELIU, Isabel SIERRA PÉREZ | 1835 |
| Jurisprudencia del Tribunal Constitucional | |
| SENTENCIAS, año 2001 | |
| A cargo de: Encarna ROCA TRÍAS, Ramón CASAS VALLÉS; Colaboran: Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Asunción ESTEVE PARDO, Ana LATORRE, Mónica VILASAU SOLANA, Carlos MARTÍNEZ LIZÁN. | 1887 |
| Jurisprudencia del Tribunal Supremo | |
| SENTENCIAS COMENTADAS | |
| Ana DE LA PUEBLA PINILLA: «El accidente de trabajo y la responsabilidad civil del empresario, entre la jurisdicción civil y la social. (A propósito de la sentencia del TS, Sala 1. ^a , de 8 de octubre de 2001)». | 1907 |
| SENTENCIAS | |
| A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Margarita CASTILLA BAREA, María Carmen CRESPO MORA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, María Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Encarna SERNA MEROÑO | 1921 |

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**Editado por: Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica)
y Boletín Oficial del Estado**

Periodicidad: Trimestral.

Precio de suscripción: 65,00 € (más gastos de envío)

Precio de fascículo suelto: 20,00 € (más gastos de envío)

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

ADMINISTRACIÓN

**Ministerio de Justicia
(Centro de Publicaciones)
c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID
Tels.: (91) 390 20 82 / 83 / 97 / 84**

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

**Librería del Boletín Oficial del Estado
c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
Tel.: 902 365 303
Fax: (91) 538 21 21**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LV, FASCÍCULO IV
Octubre-diciembre, 2002

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2002

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

ISSN: 0210-301X
NIPO (BOE): 007-02-024-6
NIPO (M. de Justicia): 051-02-010-7
Depósito legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

El pago, por el prestatario, de intereses no pactados (art. 1756 CC)

FRANCISCO JORDANO FRAGA

Catedrático de Derecho civil

Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

SUMARIO: I. *Preliminar: Justificación y planteamiento.*–II. *En qué condiciones, dentro del contrato de mutuo, son debidos los intereses por el prestatario: el artículo 1755 CC*–III. *El artículo 1756 CC:* A) Gestación histórica de la norma: A.1) Antecedentes remotos; A.2) Antecedentes inmediatos; A.3) Lo que la Historia enseña sobre el significado y *ratio* del artículo 1756 CC; B) Interpretación del artículo 1756: requisitos en él establecidos –delimitación positiva y negativa de su ámbito de aplicación– y efecto legal derivado de su concurrencia.–IV. *Cómo queda establecida la relación entre los artículos 1755 y 1756 CC, a la luz de todo lo previamente expuesto.*–V. *El artículo 1756 y la llamada «obligación natural».*–VI. *El artículo 1756 CC y la acción para recuperar, por quien lo realizó, un pago indebido.*

I. PRELIMINAR: JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO

La norma del artículo 1756 CC, por los propios condicionamientos (legales) de su supuesto de hecho, está fatalmente condenada a una muy limitada aplicabilidad en la práctica.

En primer lugar, porque –como se verá con más detalle después– el precepto exige, para poder aplicarse, la existencia de un contrato de mutuo *gratuito* –en el que *no* se haya pactado obligación de pago de intereses, a cargo del mutuatario, como contraprestación de la transmisión, operada en su favor, de la propiedad del capital prestado–. Y, como todo el mundo sabe, en la realidad del tráfico actual, el mutuo gratuito es *rarissima avis*, hasta tal punto es normal y frecuente en ella el pacto de intereses compensatorios como ele-

mento del contrato de mutuo, que adquiere, así, carácter oneroso para el mutuatario –pacto, éste, sin el cual, como resulta del artículo 1755 CC, el prestatario no está obligado a pagar, a su prestamista, intereses del capital prestado. También de esto se hablará más extensamente después–.

En la práctica, según frecuentemente se constata¹, así como abundan los contratos de mutuo onerosos, los gratuitos tienen un acusado cariz excepcional o de rareza, quedando relegados, los pocos que se celebran, únicamente a las operaciones de préstamo realizadas por personas entre las que existe una estrecha relación familiar y/o afectiva –porque, en el ambiente del tráfico actual, ésa es la única razón capaz de justificar, hacer inteligible, que el mutuante, prestando sin interés, y recuperando, por tanto, del mutuatario, al vencer el préstamo, el mismo importe nominal del capital prestado, acepte experimentar un *perjuicio económico cierto*: el lucro cesante significado por el rédito que, durante todo el periodo de vigencia del préstamo gratuito, le habría producido (prestando con interés o haciendo cualquier otra inversión productiva) dicho capital; o, visto desde la perspectiva del mutuatario, esa dicha es la única razón capaz de justificar, hacer inteligible, el indudable *trato de favor* que le dispensa el que gratuitamente le presta: permitiéndole obtener sin coste, una financiación que en el mercado sólo se consigue, normalmente, a cambio de una contraprestación económica–.

El segundo motivo que hace del artículo 1756 CC norma de difícil aplicabilidad en la práctica², es lo infrecuente que será, que, en el marco de un (ya, de por sí, difícil de encontrar) contrato de mutuo gratuito, el prestatario, *pese a no estar obligado a ello* (ex art. 1755 CC), pague, a su prestamista, intereses del capital prestado, y que lo haga –como se verá después que exige el artículo 1756 CC– de forma *espontánea/libre* y con *plena conciencia* de no deberlos (*no* por equivocación/error).

Una y otra razón dichas, conducen a la muy escasa aplicabilidad del artículo 1756 CC que ya anticipaba, y ésta, a su vez, a que no se conozca jurisprudencia que haya hecho aplicación del

¹ *Vid.*, p. ej., en tal sentido: LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2.º, Madrid, 1999 (nueva ed., a cargo de Rivero), p. 177; DE ÁNGEL, en *Comentario Ministerio de Justicia del Código civil*, II, Madrid, 1991, sub art. 1740, p. 1603; MARÍN PÉREZ, en *Comentarios Albaladejo al Código civil y Compilaciones forales*, XXII, vol. 1.º, Madrid, 1982, sub art. 1755, p. 111; HUET (para el Derecho francés), en Ghestin (dir.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, Paris, 1996, p. 891 (núm. 22530).

² Comp. PRATS ALBENTOSA, «El pago de los intereses no estipulados. (Sobre el sentido del artículo 1756 del Código civil)», en *ADC*, 1992, p. 131 ss. y allí, pp. 131-132.

mismo³, y que, por tanto, pueda ser utilizada como instrumento orientador –por adhesión o por contraste– de su interpretación.

Si esta es la (nada brillante) situación de la relevancia práctica del precepto, ¿a qué empeñarse –se podría decir– en desentrañar su significado?

i) Para empezar, el artículo 1756 CC tiene una especial vitola de norma enigmática o de difícil interpretación⁴ –particularmente, por lo que hace a cómo debe establecerse la correcta relación interpretativa/aplicativa entre art. 1756 CC y art. 1755 CC–. Ejerce, por tanto, como tal, sobre el estudioso una singular atracción: lanzándole el reto de desentrañar su enigma, de vencer las dificultades que ofrece su interpretación. No tengo ningún inconveniente en confesar que, también yo –como otros antes que yo, como, quién sabe, si otros después de mí–, he sucumbido a esa especial fascinación de la norma. Y si me he decidido, finalmente, a consagrarse un estudio, aunque breve, es porque lo dicho sobre ella, hasta ahora, por la doctrina no me parece completamente satisfactorio (para resolver todos los problemas que plantea el precepto), si bien que, naturalmente, en los estudios precedentes hay muchos elementos de verdad que han facilitado, sensiblemente, mi labor.

ii) Por otra parte, toda norma –se aplique mucho o poco– sólo puede aplicarse bien, después de ser rectamente entendida. La correcta aplicación de cada norma en su propio ámbito aplicativo (mayor o menor), pasa necesariamente por su previa y exacta interpretación: la determinación precisa de su significado (que incluye, por cierto, entre otros aspectos, la fijación del ámbito aplicativo).

Aquí reside la tarea del jurista teórico: contribuir, desde su estudio/interpretación, a resolver los problemas que suscita la aplicación de las normas. Aportar elementos que puedan servir para mejorar ésta.

Contribuir a la mejor inteligencia –y, por tanto, aplicación– de una sola norma, por poco significativa que sea, supone, ya, un (modesto) avance de la ciencia jurídica. Ciencia que, por otra parte, como es sabido, progresá –¡cuando lo hace!– más bien a pequeños pasos que a saltos espectaculares.

iii) Además, sucede con alguna frecuencia –porque la norma estudiada es elemento singular de un todo que forma un sistema normativo armónico y coherente– que el estudio (bien hecho) de una norma concreta, ilumina no sólo el problema específico que

³ *Vid. PRATS, op. cit.*, p. 132.

⁴ No en vano se ha escrito del artículo 1756 CC –por PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, vol. 2.º, Barcelona, 1982 (2.ª ed.), p. 383–: «el artículo más discutido de los que el Código [civil] dedica al mutuo».

ésta pretendió resolver, sino que ayuda a entender mejor la institución general en cuyo régimen jurídico se inserta, e, incluso, otras instituciones con las que dicho problema, de un modo u otro, guarda relación próxima.

Tal es, también, el caso del artículo 1756 CC, que más allá del (ciertamente poco relevante, desde el punto de vista práctico) problema concreto que resuelve, es pieza importante para entender el régimen codificado (anacrónico pero) vigente de los intereses compensatorios en el contrato de mutuo; el concepto de causa de una atribución patrimonial (singularmente, que la ley pueda actuar, como tal, en un caso concreto, y que pueda hacerlo donde *no* hay previa obligación: sin que las partes del contrato la hayan establecido, y sin que, tampoco, la ley la establezca); el régimen –particularmente, el ámbito de aplicación– de la acción de pago de lo indebido.

iv) En fin, si lo anterior no basta para justificar que consagre mi atención de estudiioso a norma de tan manifiestamente escasa trascendencia práctica, apelo, para ello, al ejercicio –a mi propio riesgo, desde luego– de mi libertad de investigador (con edad –*joh cielos!*– y *curriculum* suficientes como para permitirme este «caprichito»).

Mi manera de cautelarme –de curarme en salud– frente a una labor desproporcionada a la utilidad del resultado conseguido con ella, serán la brevedad y la modestia de pretensiones del trabajo realizado. O sea, limitar la inversión de mis esfuerzos a la medida (pequeña, pero no irrelevante) de lo que, razonablemente, he confiado, desde un principio, poder sacar de provecho.

En cuanto al planteamiento con que este nuevo estudio del artículo 1756 CC se aborda, quiero, simplemente, indicar, que la determinación del sentido del precepto (por lo que él mismo dice y por lo que resulta de sus antecedentes históricos), va precedida de un análisis, con cierto detalle, del artículo 1755 CC; y va seguida de la consideración de los términos en que queda establecida la relación, dentro del contrato de mutuo, entre artículo 1756 CC y acción de pago de lo indebido (del mutuatario *solvens*).

Lo primero, porque cualquiera que sea el significado que, finalmente, se atribuya al artículo 1756 CC, resulta, en todo caso, claro que éste, como revela su propio tenor literal, sólo se refiere al pago, por el mutuatario *solvens*, de intereses compensatorios que no son debidos (al mutuante *acciens*) *ex* artículo 1755 CC. Por lo que toda interpretación del artículo 1756 CC debe hacerse desde la previa determinación del exacto significado del artículo 1755 CC –de en qué condiciones, conforme al mismo, debe el mutuatario, a su

mutuante, intereses compensatorios—, dado que el primer precepto indicado sólo opera en un ámbito de aplicación que *no esté* ya cubierto por la norma que le precede.

Y lo segundo, porque si se piensa, como aquí se hace y se tratará de demostrar, que el artículo 1756 CC se refiere al pago de intereses compensatorios *indebidos*, no sólo *ex* artículo 1755 CC, sino con cualquier otro fundamento; o sea, si se piensa, como es mi caso y justificaré en su momento, que el fundamento del peculiar efecto (legal) del artículo 1756 CC —legítima retención por el mutuante *accipiens*, y sin posibilidad por parte del mutuatario *solvens* de imputación al principal pendiente de restitución, de los intereses pagados a que la norma se refiere— *no está en la obligación del prestatario solvens de pagar dichos intereses* (en la existencia —preeexistencia— de una *deuda*, por su parte y frente a su prestamista, respecto de los mismos); entonces, la precisa interpretación del artículo 1756 CC debe conducir a señalar hasta dónde llega la excepción que (legalmente) introduce dicha norma en el juego de la acción de pago de lo indebido (el prestatario *solvens*, pese a pagar intereses compensatorios no debidos, no puede pretender recuperarlos del prestamista *accipiens*, siempre que se den todos los requisitos del artículo 1756 CC), y, a *contrario sensu*, cuándo el principio general que consiente la repetición, por el *solvens*, de lo indebidamente pagado, recobra su aplicación, en el contrato de mutuo, respecto de los pagos indebidos hechos por el mutuatario a su mutuante: obviamente, *siempre*, pero también *sólo*, que *no se den todos los requisitos* del artículo 1756 CC.

II. EN QUÉ CONDICIONES, DENTRO DEL CONTRATO DE MUTUO, SON DEBIDOS LOS INTERESES POR EL PRESTATARIO: EL ARTÍCULO 1755 CC.

a) La situación que de la vigencia de los artículos 1740-III y 1755 CC resulta, por lo que respecta a la obligación de pagar intereses (compensatorios), en el contrato de mutuo, a cargo del mutuatario, puede resumirse como sigue⁵.

* Este apartado del presente trabajo se ha destinado para su publicación separada en el Libro Homenaje al Profesor Díez-Picazo, de próxima aparición.

⁵ Cfr., p. ej., ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, vol. 2.º, Barcelona, 1982 (7.ª ed.), pp. 346-347; DE ÁNGEL, *op. cit.*, *sub art.* 1740, p. 1603, *infra* V; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1999 (8.ª ed.), pp. 400-401; LACRUZ, Elemen-

El contrato de mutuo puede ser tanto gratuito (sin obligación de pagar intereses, del capital prestado, a cargo del mutuatario), como oneroso (con dicha obligación impuesta al mutuatario) (art. 1740-III CC).

Pero, dado que en el Código civil vigente solamente existe, dentro del contrato de mutuo, obligación de pagar intereses (compensatorios), si así se pacta (arts. 1740-III y 1755 CC), dicho contrato es *naturalmente gratuito*: la ley lo considera como tal, a falta de pacto en contrario; y sólo es oneroso el contrato de mutuo que así se pacta (*inequívoca, claramente*, como se verá inmediatamente que exige el artículo 1755 CC) por sus dos partes.

Consecuentemente, en un contrato de mutuo donde no se haya pactado (clara, indudablemente) la obligación de pagar intereses compensatorios/remuneratorios –en un contrato de mutuo que, por eso mismo, la ley reputa, sin más, gratuito–, el mutuatario no los debe (ni, correlativamente, el mutuante puede exigírselos/reclamárselos) (art. 1755 CC).

El significado, por tanto, del juego combinado de los artículos 1740-III y 1755 CC es que, a efectos de nuestro Derecho vigente, no sólo son mutuos gratuitos los que clara, indudablemente se pacten como tales entre sus partes, sino, también (porque la ley los reputa igualmente gratuitos), los contratos de mutuo en que no exista pacto (inequívoco, claro) de pagar intereses compensatorios. A los efectos de nuestra ley vigente, en suma, son gratuitos tanto los contratos de mutuo queridos así inequívocamente por sus partes, como los que *no* sean inequívocamente queridos por ellas como onerosos.

En ese mismo sentido, puede decirse, *ex artículos 1740-III y 1755 CC*, tanto, positivamente, 1) que la ley presume *iuris tantum* –a falta de una voluntad contractual (inequívoca) contraria– la gratuitad del contrato de mutuo⁶; como, negativamente, 2) que la ley no presume la onerosidad del mismo –o sea, que la ley no presume

tos, II, 2.º, cit., pp. 177-178; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, XI, Madrid, 1972 (6.ª ed., rev. por Bloch), *sub art.* 1755, p. 853 ss.; MARÍN PÉREZ, en *Q. M. Scaevela. Código civil*, XXVII, Madrid, 1952, *sub arts.* 1755 y 1756, p. 212 ss.; MARÍN PÉREZ, *Comentarios Albaladejo* cit., *sub art.* 1755, p. 109 ss.

⁶ Así, corrientemente en la doctrina. *Vid.*, p. ej., DE ÁNGEL, *op. cit.*, *sub art.* 1740, p. 1603, *infra* V); MARÍN, *Scaevela* cit., *sub art.* 1755, p. 218; MARÍN, *Comentarios Albaladejo* cit., *sub art.* 1755, pp. 109 y 111.

Para el Derecho francés, en igual sentido, sobre la base del artículo 1905 CC fr. [«Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt [mutuo] soit de argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières»] –porque, si, legalmente, sólo se deben intereses en el mutuo si se pactan; si, a falta de tal pacto, el mutuo se entiende, legalmente, gratuito; ello equivale a decir que el contrato de mutuo legalmente se presume gratuito, salvo pacto en contrario–, *vi.*¹, p. ej., HUET, *op. cit.*, pp. 814 (núm. 22108) y 891 (núm. 22530); DERRIDA, voz «*Intérêts de capitaux*», en *Enc. jur. Dalloz. Répertoire de droit civil*, Paris, 1973, núm. 14.

la obligación, a cargo del mutuatario, de pagar intereses compensatorios del capital prestado⁷, onerosidad —y consiguiente obligación— que, por ello, debe quedar inequívocamente establecida por la voluntad de las partes contractuales.

Y, puesto que toda presunción legal *iuris tantum* implica, simultánea y necesariamente, una regla de carga probatoria, el juego combinado de los artículos 1740-III y 1755 CC puede, asimismo, expresarse, diciendo⁸ que el mutuatario puede legítimamente negarse a pagar intereses compensatorios del capital prestado, mientras el mutuante que se los reclame no pruebe que se pactó (clara, inequívocamente) la obligación de pagarlos —porque, repito, sólo si se pactaron (inequívocamente) en el contrato de mutuo, entiende nuestra ley que son debidos intereses compensatorios por el prestatario—.

Lo anterior, como he venido repitiendo, concierne a los *intereses compensatorios*, los únicos a los que se refieren los artículos 1740-III y 1755 CC. O sea, a aquellos que, en su caso, debe pagar el prestatario, a su prestamista, como contraprestación o remuneración de la financiación recibida de éste —de la transmisión de la propiedad del capital prestado—.

Además de ellos, están los *intereses moratorios*, los que, *ex artículo* 1108 CC, devengan las deudas pecuniarias, una vez que su deudor queda constituido en mora, para indemnizar al acreedor por los daños resultantes del cumplimiento retrasado de las mismas, del que su deudor sea responsable.

Pues bien, no ofrece la menor duda⁹, que en el ámbito del mutuo dinerario —con enorme diferencia, el más corriente— no dejan de ser aplicables los intereses moratorios; y que serán éstos los *únicos* exigibles por el acreedor-mutuante en el caso de *mutuo dinerario gratuito*, si el deudor-mutuatario queda constituido en mora respecto de su (única) obligación de restituir el mismo nominal del capital prestado, al no cumplirla llegado el momento señalado para su vencimiento, o al no cumplir alguno de los sucesivos vencimientos en que se fraccionó, por partes, la restitución del total de la suma prestada.

b) Si, en nuestro Código civil, el mutuatario sólo está obligado a pagar intereses compensatorios cuando ello se pacta así en el contrato de mutuo, el artículo 1755 CC exige, además, que dicho

⁷ Así, BLASCO, en Valpuesta (coord.) y otros, *Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Valencia, 1998 (3.^a ed.), p. 74.

⁸ Comp. BLASCO, *op. cit.*, p. 75; MARÍN, *Scaevola cit.*, *sub art.* 1755, p. 218.

⁹ *Vid.* MARÍN, *Scaevola cit.*, *sub art.* 1755, p. 218; DE ÁNGEL, *op. cit.* *sub art.* 1740, p. 1603, *infra* V).

pacto conste «expresamente». ¿Cuál es el significado de esta exigencia legal?

Cabe, desde luego, en primer término, interpretarla de modo literal. Y así entendida, lo que la norma diría, es que no es suficiente un acuerdo *tácito*, entre las partes del contrato de mutuo, en orden a imponer al mutuatario la obligación de pagar intereses compensatorios del capital prestado. Sólo sería idóneo, a tal efecto, un convenio genuinamente *expreso*¹⁰.

Manresa, defensor de esta interpretación literal y más rigurosa, la justifica¹¹, diciendo que, tratándose de introducir, por vía de pacto, una *excepción* –onerosidad del contrato de mutuo/obligación de pagar intereses compensatorios por el mutuatario– a la que la *ley* vigente considera la *regla* o situación *normal* para el contrato de mutuo –gratuidad/inexistencia de la obligación de pagar intereses compensatorios por el mutuatario–, es lógico que la propia ley exija una voluntad manifestada en tales (rigurosas) condiciones, para obtener, sólo así, un efecto que la *ley* no asocia (naturalmente) a la mera celebración del contrato de mutuo.

Lo esgrimido por Manresa me parece inobjetable, únicamente, por lo que respecta al dato de que (evidentemente) la exigencia contenida en el artículo 1755 CC es inseparable de, y forma un todo armónico/coherente con, que, según la *ley* vigente, el contrato de mutuo es naturalmente gratuito y no oneroso; que dicho contrato *legalmente* se presume, a falta de pacto en contrario, gratuito; o, lo que es lo mismo, que la gratuidad es el efecto que la *ley* asocia a la mera celebración del contrato de mutuo desprovisto de pacto de intereses.

Ahora bien, admitido todo ello, para apartarse del efecto que, según la *ley* vigente, es el natural, normalmente asociado a la mera celebración del contrato de mutuo, no debe exigirse otra cosa que una voluntad, de las partes contractuales, *clara, inequívoca, indudable*, en sentido contrario, se haya tal voluntad manifestado en forma *táctica* o en forma *expresa*. Y no parece, desde luego, que el artículo 1755 CC, según la interpretación que me parece mejor (no literal, sino finalista), haya querido exigir cosa distinta de la dicha.

¹⁰ De esta forma, que interpreta literalmente el artículo 1755 CC y convierte en más rigurosa la exigencia en él contemplada, *vid.*, p. ej., MANRESA, *op. cit.*, sub artículo 1755, pp. 856-857; PRATS, *op. cit.*, p. 151 [pero este autor se contradice, pues acaba atribuyendo al artículo 1756 CC el sentido de consagrilar la admisibilidad del establecimiento de la obligación de pagar intereses por el mutuatario, en virtud de un acuerdo meramente tácito: *ib.*, pp. 153-154]; MARÍN, *Scaevela cit.*, sub art. 1755, p. 218 [este otro autor cambió de opinión, sobre el significado de la exigencia del artículo 1755 CC, en obra suya posterior: *vid.* nota 12].

¹¹ *Op. cit.*, sub art. 1755 CC, p. 857.

Entonces, se ve claro que, precisamente porque *la ley* presume *iuris tantum* la gratuitad de todo contrato de mutuo; porque la obligación de pagar intereses compensatorios por el prestatario *no* es un efecto que *la ley* derive de la mera celebración de todo contrato de mutuo; la ley (art. 1755 CC) exija de las partes del contrato de mutuo, para obtener ese efecto –crédito y correlativa deuda de intereses compensatorios– que la ley no concede si no se pacta, que el acuerdo en tal sentido sea claro, inequívoco, indudable. Que de tal manera (indubitable) conste la voluntad contractual de apartarse, en este punto, del modelo (dispositivo, no imperativo) que, sobre el mismo, ofrece la ley.

Que la interpretación (no literal) apuntada de la exigencia contenida en el artículo 1755 CC sea la preferible, aparte de lo dicho (ser lo más conforme a su *ratio*), tiene, al menos, otros dos argumentos a favor:

i) Existen, dentro del Código civil, otras normas en que se exige una voluntad «expresa» o «expresamente» manifestada. Por ceñirme al solo ámbito de las obligaciones y contratos, citaré aquí los casos de los artículos 1132-I, 1137 y 1827-I. Pues bien, en todos estos casos citados, como resulta notorio, tal exigencia legal no se interpreta, por doctrina y jurisprudencia, literalmente, y se acepta, también, una voluntad tácita, siempre que sea clara, inequívoca. O sea, se entiende que cuando la ley exige una voluntad «expresa», lo que pretende imponer es una declaración contractual clara, incuestionable –se haya manifestado expresa o tácitamente–. Y, francamente, no se ve por qué [más aún, a la vista de lo que se dirá *sub ii)*] en el artículo 1755 esa misma exigencia legal debería ser más rigurosamente interpretada –o lo que es lo mismo, por qué sólo en el artículo 1755 debería ser tomada a la letra–.

ii) Si, como nadie discute, la presunción legal *iuris tantum* de gratuitad del contrato de mutuo (el que éste sea naturalmente gratuito en nuestra ley vigente) es un dato legal (de Derecho vigente pero) *anacrónico*: poco acorde con las circunstancias actuales del tráfico (con las condiciones en que actualmente se da crédito), la interpretación –*ex art. 3-1 CC*– del artículo 1755 CC más conforme con la realidad social del tiempo presente, aquella a la que actualmente se aplica dicha norma, es, incuestionablemente, flexibilizar, facilitar, (y no enrigidecer, obstaculizar) la escapatoria, por vía de acuerdo contractual, a ese régimen legal supletorio de gratuitad que todos reputamos obsoleto, alejado de la realidad.

En cualquier caso, la ahora propuesta es, también, la interpretación del artículo 1755 CC que, finalmente, se ha acabado impo-

niendo entre la mayoría de nuestros autores¹², y que, además, ha hecho suya la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹³. O sea, lo que dicha norma realmente exige, es que en el mutuo la obligación de pagar intereses compensatorios se establezca en virtud de una voluntad contractual *clara, indudable, inequívoca*; y, por tanto, el artículo 1755 CC, pese a su tenor literal, no es obstáculo para la admisibilidad, en el contrato de mutuo, de un pacto o acuerdo tácito (no expreso) de pagar intereses compensatorios por el prestatario, siempre que las circunstancias – contenidas en el mismo contrato de mutuo, o relativas a la conducta sucesiva de las partes contractuales (mutuante y mutuatario) al cumplirlo – de las que se infiere tal acuerdo, tengan inequívoca, indudablemente ese significado.

Interpretado de esta forma (la mayoritariamente aceptada), lo que, en suma, el artículo 1755 CC dice, es que en el contrato de mutuo: *i*) el prestatario sólo debe, a su prestamista, intereses compensatorios cuando tal cosa se pactó; y *ii*) el pacto de intereses compensatorios (la voluntad contractual de establecer la obligación de pagarlos) debe constar de modo claro, inequívoco, indudable, lo que no es incompatible con su manifestación tácita o indirecta. El pacto inequívoco de pagar intereses exigido por la ley, puede ser, así, tanto expreso como tácito.

¹² *Vid.*, p. ej., BLASCO, *op. cit.*, p. 74; DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1740, p. 1603, *infra* V); LACRUZ, *Elementos*, II, 2.º, cit., pp. 177-178; FERNÁNDEZ-ARIAS SCHELLY/FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, *El contrato de préstamo y crédito. Jurisprudencia y doctrina española*, I, Madrid, 2000, p. 291; MARÍN, en *Comentarios Albaladejo* cit., sub art. 1755, p. 112; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, II, 2.º, p. 382.

¹³ La sent. TS 9 mayo 1944 (RA 665) dedujo, en el caso por ella resuelto, la obligación de pagar intereses compensatorios del comportamiento inequívoco de las partes del contrato de mutuo –en concreto, el aceptar el mutuatario los estados de cuenta (con cargos en concepto de intereses) que periódicamente le remitía el mutuante–. Considerando 3.º: «... el pacto de pagar intereses aparece, en el caso de autos, acreditado no sólo por el documento de 30 de enero de 1930, en el que están comprendidos dichos intereses, sino por el resto de la prueba, que acusa la conformidad que el deudor [mutuatario], de un modo continuado y periódico, prestaba a los estados de cuenta [remitidos por el mutuante]....».

Y según la sent. TS 26 enero 1981 (RA 112) el pacto de pagar intereses puede deducirse de una conducta inequívoca de las partes del contrato de mutuo, lo que no choca con el artículo 1755 CC, pues éste no exige, verdaderamente, a tal fin un pacto expreso, sino inequívoco, indudable. Considerando 5.º: «el prestatario vino pagando intereses desde la fecha de los indicados protestos hasta el mes de Agosto de 1972, es decir, durante seis años, conducta continuada que hay que interpretar como una sucesión de hechos concluyentes e inequívocos demostrativos de la voluntad del prestatario de alterar la originaria naturaleza gratuita del préstamo, lo que aceptó [al recibir conforme dichos pagos] el prestamista... ni tampoco se contradice el texto y espíritu del artículo 1755 del Código civil, puesto que los actos concluyentes de pago de intereses durante varios años efectuados por el deudor y aceptados por el acreedor implican el pacto expreso [quiere decirse inequívoco, indudable] de pago de intereses; en cuanto de esos actos se dedujo la voluntad del interesado aceptada por su contraparte, ya que ha de entenderse que hay voluntad expresa no sólo cuando se habla o se escribe, sino también en hipótesis en que se realizan actos dirigidos a un fin y que, en el caso debatido, ningún otro sentido pueden tener que el de aceptar el pago de intereses [la obligación de pagarlos]».

Desde que se acepta –con la mayoría de nuestra doctrina y con la jurisprudencia– que la obligación de pagar intereses compensatorios, en el contrato de mutuo, puede nacer, también, de un acuerdo tácito, pero inequívoco, entre sus partes; y dado que el pago *reiterado*, por el mutuatario, de intereses compensatorios, y la recepción conforme, por el mutuante, de dichos pagos, es una de las más ortodoxas vías –reconocida, como tal, abiertamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴– para deducir la existencia, entre prestatario y prestamista, de un acuerdo tácito de pagar intereses; desde que, como digo, sucede una y otra cosa, se hace precisa, inmediatamente, la siguiente aclaración, fundamental para no confundir los respectivos ámbitos de aplicación y los correspondientes efectos, del artículo 1755 CC, por un lado, y del artículo 1756 CC, por otro.

Ciertísimo que del pago *reiterado* de intereses compensatorios, hecho por el mutuatario y aceptado por el mutuante, se puede inferir un pacto tácito (pero inequívoco), entre ellos, de pagar intereses compensatorios del capital prestado. Pero, *también* es cierto que, desde que existe un pacto tácito de pagar intereses, y, por eso mismo, *obligación* (contractual) de pagarlos, y de pagarlos, asimismo, en el *futuro*: durante *toda la vigencia* del contrato de mutuo (hasta la completa restitución al mutuante del capital prestado), estamos en el ámbito de aplicación del *artículo 1755 CC*, y *no* en el del artículo 1756 CC –que presupone, en cambio, un contrato de mutuo *gratuito*, la *ausencia de todo pacto* de intereses compensatorios, y, consecuentemente, al *no* estar, en tales circunstancias, obligado a pagarlos, el carácter *indebido* de los intereses compensatorios pagados en dichas circunstancias por el mutuatario *solvens*; mientras que el efecto que esta otra norma señala, de concurrir todos sus requisitos, se refiere *únicamente* a la irrepetibilidad/legítima retención (y no imputabilidad al principal) de los intereses compensatorios *ya pagados* en las repetidas circunstancias, pero, en *absoluto*, implica obligación de seguir pagando intereses compensatorios en el futuro, hasta el momento de la extinción del contrato de mutuo–.

Por otra parte, debe observarse que el artículo 1756 CC (precisamente, porque está pensado para un *supuesto distinto* al del artículo 1755 CC), *no* exige, en modo alguno, un pago reiterado de intereses por el mutuatario: es norma perfectamente aplicable a un pago de intereses compensatorios (*indebidos*) hecho de forma aislada, no repetitiva.

¹⁴ Véanse las sentencias TS citadas y transcritas en la nota anterior.

Si el artículo 1755 CC ofrece algún apoyo, meramente literal, para entender –en forma que, por todo lo dicho, aquí, con la doctrina mayoritaria, se rechaza– que la obligación contractual, impuesta al mutuatario, de pagar intereses compensatorios, exige un pacto expreso en tal sentido (no bastando el acuerdo tácito); lo que, desde luego, nunca podrá pretenderse, con tal base normativa, es imponer al pacto de intereses en el mutuo una *forma determinada*.

En cambio, en los antecedentes históricos inmediatos, legislativos y prelegislativos, del artículo 1755 CC, sí existió la imposición al pacto de intereses compensatorios, en el contrato de mutuo, de un preciso requisito de forma: la escritura, y, además, como condicionante de la validez de tal pacto.

En concreto, así lo hacía el artículo 1649 del Proyecto de Código civil de 1851¹⁵.

Y, sucesivamente, ya como Derecho vigente, en el ámbito civil, hasta la entrada en vigor del Código civil, siguió el mismo criterio formalista la ley de 14 de marzo de 1856¹⁶. Que en su artículo 1 suprimía los límites legales (topes máximos) a la fijación convencional de la tasa de interés compensatorio en el contrato de mutuo –norma histórica, ésta, que pasó al vigente Código de Comercio: art. 315-I–. Y en su artículo 2 exigía, so pena de nulidad, que el pacto de intereses compensatorios en el contrato de mutuo constase por escrito –norma histórica, esta otra, que así como no pasó al vigente Código civil, sí lo hizo, en cambio (conservando, por tanto, su aplicabilidad para el mutuo mercantil), al vigente Código de comercio: art. 314–.

Diversamente, el artículo 1755 CC, por lo que se refiere al régimen jurídico vigente del contrato *civil* de mutuo:

i) Se limita a exigir que la voluntad contractual de imponer, al mutuatario, la obligación de pagar intereses compensatorios conste «expresamente», lo que, se interprete como se interprete, nunca puede hacerse equivalente a la imposición legal al pacto de intereses de una forma determinada –en particular, de la escritura–; sino que es perfectamente compatible con el principio general –aplicable, como regla, salvo derogación expresa y excepcional, a todo

¹⁵ Art. 1649 Proy. CC de 1851: «Las partes pueden pactar el pago de un interés en el simple préstamo; pero no será válido este pacto si no consta por escrito». (Cuyo texto, lo tomó de García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974 [reimp. de la ed. de Madrid, 1852].)

¹⁶ Noticias suficientes sobre dicha ley, pueden encontrarse, p. ej., en: MANRESA, *op. cit.*, sub art. 1755, p. 855; MARÍN, *Comentarios Albaladejo* cit., sub art. 1755, p. 121; FERNÁNDEZ-ARIAS/FERNÁNDEZ-ARIAS, *op. cit.*, pp. 287-288; PRATS, *op. cit.*, p. 134.

acuerdo contractual– de la libertad de forma del contrato (arts. 1258 y 1278 CC), no derogado (para el contrato de mutuo y para el pacto de intereses compensatorios a él añadido) por dicha exigencia legal del artículo 1755 CC.

En concreto, si se piensa, como aquí se hace, con la doctrina mayoritaria, que el artículo 1755 CC sólo impone el carácter claro, inequívoco, indudable de la voluntad contractual de que se habla, se materialice ésta en un pacto de intereses expreso, o en uno tácito; entonces, es evidente que tanto el *pacto (inequívoco)* expreso –directa, abiertamente encaminado a imponer al mutuatario la obligación contractual de pagar intereses compensatorios– puede acordarse en forma libre, verbal o escrita, no existiendo en el artículo 1755 CC ningún límite legal al respecto¹⁷; como que, a efectos de inferir la existencia de un (*inequívoco*) *pacto tácito de intereses* –revelado indirecta, reflejamente por hechos o circunstancias que no tenían, en la voluntad de las partes del contrato, directamente esa finalidad–, servirá todo hecho o circunstancia, cualquiera que sea su naturaleza –una o varias cláusulas, pactadas verbalmente o por escrito, de las que se integran en el contrato de mutuo; la conducta de las dos partes posterior a la celebración del mismo–, que permita, de modo indudable, hacer tal inferencia.

Pero, incluso, si –con la doctrina minoritaria– se toma a la letra la exigencia legal del artículo 1755 CC, pensando que éste impone, verdaderamente, un pacto de intereses expreso, no siendo suficiente uno tácito; entonces, sigue siendo verdad que el intérprete no puede ir más allá de la exigencia legal así entendida, y que el pacto *expreso* de intereses, lo mismo puede ser verbal que escrito¹⁸ –porque, digo yo, aun entendido de esa forma literal/rigorista, el artículo 1755 CC sigue sin derogar, más allá de su precisa exigencia, el principio general de la libertad de forma de todo acuerdo contractual: sólo que así entendido, esa libertad lo es, ahora, para escoger (las partes del mismo) una u otra forma en que manifestar el *acuerdo expreso* de pagar intereses–.

ii) Además de lo anterior (y para confirmarlo), debe tenerse en cuenta que la existencia de los indicados precedentes históricos –art. 1649 Proy. de CC de 1851; art. 2 Ley 14 marzo 1856–

¹⁷ A favor de la compatibilidad de la exigencia legal del artículo 1755 CC con la libertad de forma del pacto de intereses en el mutuo; y a favor, en concreto, de la admisibilidad de un pacto verbal, *vid.*, p. ej., DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II, *cit.*, p. 401; DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1740, p. 1603, *infra* V; FERNÁNDEZ-ARIAS/FERNÁNDEZ-ARIAS, *op. cit.*, pp. 291 y 295.

¹⁸ En este sentido, MANRESA, *op. cit.*, sub art. 1755, p. 856; PRATS, *op. cit.*, p. 151; MARÍN Scaevela *cit.*, sub art. 1755, p. 218 [pero *vid. retro*, nota 10, sobre el cambio de opinión de este último autor].

brinda un contundente argumento histórico a *contrario*¹⁹: revela que, en el momento de la codificación, a pesar de los mismos, el legislador civil, deliberadamente, quiso apartarse del criterio formalista consagrado por ellos, optando, en cambio, por la libertad de forma del pacto de intereses –su no sujeción a una formalidad determinada impuesta por la ley, y, en particular, a la de la escritura–.

En resumen, *ex artículo 1755 CC* el pacto, entre mutuante y mutuatario, de pagar intereses compensatorios en el contrato de mutuo debe ser claro/inequívoco, y mientras lo sea, no importa si perfeccionado tácita o expresamente, ni tampoco la forma en que se haya manifestado (pues el artículo 1755 CC no deroga, insisto, en su preciso ámbito de aplicación, al principio general de la libertad de forma contractual *ex arts. 1258 y 1278 CC*).

Ahora bien, el pacto de intereses, de existir, debe ser probado en orden a reclamar los intereses conforme a él debidos –ya se ha dicho que ello constituye carga probatoria del prestamista reclamante–; y es obvio que a estos otros efectos –*de la prueba del pacto*–²⁰ no es lo mismo –existe una mayor o menor dificultad probatoria en los distintos casos– que dicho pacto conste en una u otra forma (será, naturalmente, mucho más fácil probar el pacto hecho por escrito, que el meramente verbal, p. ej.).

Finalmente, si bien es verdad que el artículo 1280 CC, último párrafo, exige la escritura para todos los contratos en que el valor de las prestaciones de sus partes supere la cuantía (hoy devinida insignificante) que señala el propio precepto, dicha exigencia legal de forma, para el contrato (civil) de mutuo²¹ –como para todos los demás contratos, la gran mayoría, en que una disposición legal, específica y excepcional, no haya convertido a la escritura en requisito constitutivo de validez de los mismos–, debe entenderse *ad utilitatem*: no condicionante de la validez del acuerdo contractual reflejado en forma distinta (p. ej., verbalmente). Y, por eso mismo, para el mutuo (y todos los demás contratos no formales), estamos, a efectos de la escritura legalmente exigida por el artículo 1280 CC *in fine*, en el ámbito de aplicación del artículo 1279 CC: perfeccionado el acuerdo en cualquier forma (y, naturalmente, probada suficientemente su existencia),

¹⁹ Vid., así, MANRESA, *op. cit.*, *sub art. 1755*, p. 856; MARÍN, *Scaevola* cit., *sub art. 1755*, p. 218; FERNÁNDEZ-ARIAS/FERNÁNDEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 295.

²⁰ Comp. FERNÁNDEZ-ARIAS/FERNÁNDEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 291; MARÍN, *Scaevola* cit., *sub art. 1755*, p. 218; DERRIDA, *voz cit.*, núm. 17.

²¹ Cfr. FERNÁNDEZ-ARIAS/FERNÁNDEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 295; MANRESA, *op. cit.*, *sub art. 1755*, p. 856.

cualquiera de sus partes puede, sucesivamente, compeler a la otra a cumplir la formalidad legalmente exigida –pero con un fin distinto del de condicionar la validez del acuerdo– e inicialmente omitida.

c) Por lo que respecta al *contrato de mutuo mercantil* –el que lo sea *ex art. 311 Ccom.*–, la vigencia, respecto de él, del artículo 314 Ccom. significa²² que, también él –lo que no deja de ser chocante, tratándose, precisamente, de un contrato de naturaleza mercantil–, es contrato naturalmente gratuito/presumido legalmente gratuito salvo pacto en contrario. Pero, en este caso, la onerosidad del contrato/obligación de pagar intereses compensatorios a cargo del mutuatario, por exigencia legal específica de esa misma norma mercantil (art. 314 Ccom.) –exigencia formalista heredada, como sabemos, del artículo 2 de la Ley 14 marzo 1856–, ha de ser pactada, por mutuante y mutuatario, con sujeción a una precisa formalidad: por *escrito*.

Consecuentemente, en el mutuo mercantil el prestatario sólo está obligado a pagar intereses compensatorios cuando así se acuerda por escrito, no estándose en caso contrario.

Es, pues, perfectamente posible, por sorprendente que parezca –basta, como digo, que no exista un pacto escrito que imponga al mutuatario la obligación de pagar intereses compensatorios–, un *contrato mercantil de mutuo de carácter gratuito* –lo que determina, como se verá después, que a él también le sea aplicable el artículo 1756 CC–. Posibilidad legal, desde luego, que no se corresponde con la realidad práctica del tráfico mercantil, en la que es (casi) completamente desconocido: en ella se pactan (casi) siempre los intereses, y se pactan, como pide la ley, por escrito.

d) Si en el contrato civil de mutuo se pacta (inequívocamente *ex art. 1755 CC*) la obligación de pagar intereses compensatorios, pero *no* la cuantía de éstos (la tasa o tipo de interés a aplicar al capital prestado), entonces, el mutuatario está obligado a pagar intereses y a hacerlo en la medida que resulte de la aplicación de *la tasa o tipo legal de interés*²³.

Así resulta del artículo 2 de la Ley 24/1984 de 29 junio: el interés legal es el aplicable a todo supuesto, también contractual, en

²² Cfr. DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1740, p. 1603, *infra* V); LACRUZ, *Elementos*, II, vol. 2.º cit., p. 177; MARÍN, *Scaevara* cit., sub art. 1755, pp. 213 y 218-219; MARÍN, *Comentarios Albaladejo* cit., sub art. 1755, pp. 111 y 122.

²³ Así, también, BLASCO, *op. cit.*, p. 792; DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1755, p. 1628, *infra* II).

que exista obligación de pagar intereses y no esté fijada la cuantía de su tasa o tipo.

Por la misma razón, si en el mutuo mercantil se pacta por escrito la obligación de pagar intereses, pero no se fija su tasa, el mutuatario deberá el interés legal.

e) En el *Derecho civil francés* vigente la situación es bastante semejante a la descrita para el español.

Ex artículo 1905 CC fr.²⁴, en el contrato de mutuo los intereses compensatorios sólo son debidos, por el mutuatario, cuando existe pacto al respecto. Aunque la indicada norma francesa no exige ninguna condición especial para la voluntad contractual (de mutuante y mutuatario) encaminada a obtener el efecto de que se habla, la opinión más corriente entre los autores franceses²⁵, es la de que ha de ser *expresa*, pero, siéndolo, es, en cambio, irrelevante la forma en que se haya manifestado: verbalmente o por escrito. Hay, además, quien entiende²⁶ que es suficiente una voluntad contractual *clara, inequívoca*, y, por tanto, en esas condiciones, admite, también, un pacto tácito de pagar intereses compensatorios.

El Código civil francés contiene, asimismo, la norma peculiar del artículo 1907-II²⁷, que exige que la *tasa convencional* del interés compensatorio, en el contrato de mutuo, se fije siempre por escrito.

La doctrina francesa distingue, adecuadamente, 1) entre las condiciones exigidas por la ley para que, en el contrato de mutuo, surja (a cargo del mutuatario) la *obligación contractual de pagar intereses compensatorios* –reguladas en el artículo 1905 CC fr.–: según los más, un pacto expreso de intereses, según alguno, basta un pacto inequívoco, claro de intereses; y 2) los requisitos exigidos por el Código para que, existiendo, conforme a lo anterior [sub 1)], obligación de pagar intereses compensatorios por el mutuatario, la *cuantía* de la misma se regule por la tasa o tipo de interés acordado por las partes del contrato de mutuo –esto es lo que disciplina el artículo 1907-II CC fr.–.

Y sobre la base de esa distinción, se llega a la lógica conclusión²⁸, que allí donde el mutuatario esté obligado contractualmente a pagar

²⁴ *Vid. retro*, nota 6.

²⁵ *Vid.*, p. ej., AUBRAY/RAU, *Cours de droit civil français*, VI, Paris, 1920 (5.^a ed., rev. por Bartin), parágrafo 396, p. 104 y nota 1; DERRIDA, voz cit., núms. 13, 14 y 17; HUET, *op. cit.*, p. 891 (núm. 22530).

²⁶ LAURENT, *Principes de droit civil*, XXVI, Bruxelles-Paris, 1893 (5.^a ed.), núm. 514, pp. 533-534.

²⁷ Art. 1907-II CC fr.: «Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit».

²⁸ *Vid.* HUET, *op. cit.*, pp. 891, 892 y 893, nota 131 (en este último lugar, cita de jurisprudencia francesa que aplicó el interés legal, porque habiéndose pactado por las partes del

intereses compensatorios (porque así se pactó expresamente, porque así se pactó inequívocamente), pero *no* se haya fijado *por escrito* la tasa o tipo de interés *convencional* que regule la cuantía de esa obligación, el mutuatario deberá intereses y los deberá conforme a la tasa del *interés legal* —porque la obligación de pagar intereses ha surgido *ex art.* 1905 CC fr., pero no se cumplen las condiciones exigidas en el artículo 1907-II CC fr. para la aplicabilidad de una tasa de interés *convencional*, condiciones que *no* afectan a la tasa de interés *legal*—.

f) El ya examinado criterio legal vigente —presunción *iuris tantum* de la gratuitad del contrato de mutuo; no presunción de su onerosidad— está manifiestamente en contra de la realidad del tráfico, donde, como ya se ha dicho, prácticamente todos los contratos de mutuo que se celebran tienen carácter oneroso —en virtud, desde luego, del pacto que establece, bien inequívocamente (mutuo civil), bien por escrito (mutuo mercantil), la obligación de pagar intereses compensatorios a cargo del mutuatario—. Es decir, ese criterio legal —de gratuitad supletoria para todo contrato de mutuo que no contenga pacto (inequívoco o por escrito) de pagar intereses—, no ha impedido la completa marginalidad práctica del contrato de mutuo gratuito. Las concepciones actuales del tráfico se imponen, contra la presunción legal de gratuitad, por la vía del frecuentísimo, normal pacto de intereses.

Ante ese violento choque entre el criterio legal vigente y las concepciones actuales del tráfico —especialmente violento por lo que respecta al contrato de mutuo mercantil—, no son infrecuentes las críticas doctrinales²⁹, tildando (con mucha razón) a la ley vigente (civil y mercantil), en este punto, de anacrónica, alejada de la realidad presente.

Ese régimen legal de los intereses compensatorios en el contrato de mutuo, vigente pero anacrónico, es, ciertamente, una verdadera reliquia del pasado, y, como tal, tiene una justificación exclusivamente histórica.

En concreto, dicho régimen es la resultante de un doble influjo histórico³⁰:

i) Por un lado, la gratuitad del contrato de mutuo en el Derecho romano. Como *contrato real*, cuya eficacia obligacional deri-

contrato de mutuo que se pagarían intereses compensatorios, no se llegó a precisar, por escrito, qué tipo de interés se aplicaría); DERRIDA, voz cit., núms. 17 y 144.

²⁹ Cfr., p. ej., DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1740, p. 1603, *infra* V); LACRUZ, *Elementos*, II, 2.º, cit., p. 177; MARÍN, *Scaevola* cit., sub art. 1755, p. 213; MARÍN, *Comentarios Albaladejo* cit., sub art. 1755, p. 111.

³⁰ *Vid.*, también así, HUET, *op. cit.*, p. 814 (núm. 22108).

vaba de la *datio rei*, de la entrega del capital prestado sólo nacía (a favor del mutuante) acción (*condictio*) para reclamar el *tantumdem* de lo entregado –o, lo que es lo mismo, a cargo del mutuatario sólo nacía una obligación restitutoria con ese mismo contenido–; si el mutuante, además, quería obtener del mutuatario intereses compensatorios, era necesaria la realización de una separada *stipulatio* a tal fin –*contrato formal* como *distinto fundamento* de esta otra obligación que se imponía al mutuatario, y de la correlativa acción (estipulatoria) que permitía al mutuante exigir su cumplimiento– [vid. *infra*, III. A1)].

ii) Y, por otro, la multisecularmente persistente reprobación canónica del préstamo a interés (que también dejó su huella en el Derecho civil, bien prohibiendo en absoluto el interés, bien restringiendo –en cuanto al *an* y/o en cuanto al *quantum*– las condiciones de su percepción).

De *lege ferenda* sería, desde luego, mucho más razonable, acorde con las circunstancias actuales del tráfico, un sistema *contrario* al ahora vigente en nuestros Códigos (civil y mercantil): presumir legalmente oneroso el contrato de mutuo –a falta de fijación convencional de la tasa de interés, aplicando el interés legal–, y limitar el mutuo gratuito a los únicos (y raros) supuestos en que inequívocamente (tácita o expresamente) se pacte así.

Sistema, este auspiciado, en el cual –porque el art. 1756 CC es una (ciertamente, raquíctica, insuficiente) «compensación» legal del carácter gratuito (presumido por la ley) del mutuo que lo sea– el artículo 1756 CC (pieza coherente del anacrónico sistema vigente, vinculado esencial, no episódicamente a él) carecería, ya, de sentido: el pago, por el mutuatario, de intereses compensatorios indebidos –en el préstamo pactado inequívocamente como gratuito– debería siempre conducir a la posibilidad de repetir el pago (o de imputar lo pagado al principal pendiente de restitución).

Pero este sistema *imaginado*, más acorde a las exigencias del tráfico actual, *no* es el vigente en España, y el artículo 1756 CC debe ser explicado, y sólo puede explicarse como pieza coherente del (anacrónico) sistema vigente –según se verá después, el artículo 1756 CC sólo se refiere al contrato de mutuo gratuito (sin obligación, a cargo del mutuatario, de pagar intereses compensatorios), es decir, la que para el Código civil es la situación presumida, a falta de pacto inequívoco contrario; y el sentido del artículo 1756 CC es ofrecer *la ley* una mínima, raquíctica (dependiente, por entero, de la voluntad unilateral del mutuatario) posibilidad de compensación económica al mutuante, *a pesar* de ese carácter gratuito del contrato de mutuo (a pesar de *no* estar obligado el mutuatario a pagar

intereses compensatorios, y, consiguientemente, de *no* poder reclamárselos su mutuante).

El criterio ahora auspiciado como deseable para el futuro en España, ya es, en cambio, Derecho vigente, por ejemplo, en Italia (arts. 1815-I y 1284 C. civ. it.)³¹ –por ello, no precisamente por casualidad, el vigente Código de 1942 derogó, sin incorporar a su texto una norma similar, el precepto del Código civil italiano de 1865 equivalente de nuestro artículo 1756 CC: art. 1830³²–; y en Portugal (arts. 1145 y 559 CC port.)³³.

III. EL ARTÍCULO 1756 CC

A) Gestación histórica de la norma

A.1) *Antecedentes remotos*

Los aspectos del régimen jurídico del contrato de mutuo en el Derecho romano que, de alguna manera, han influido en la gestación histórica del vigente artículo 1756 CC, pueden resumirse del modo que sigue:

1) En el Derecho romano³⁴ el mutuo se concibe como *contrato real*: la entrega (*datio rei*), en este caso, entrega, en concepto de mutuo (*mutui causa*), del capital prestado, es el fundamento de

³¹ Art. 1815-I C. civ. it.: «Salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante. Per la determinazione degli interessi si osservano le disposizioni dell'art. 1284» [la remisión es al interés legal, aplicable cuando no se haya fijado el convencional y tampoco se haya pactado la gratuidad del contrato de mutuo].

³² Art. 1830 C. civ. it. de 1865: «Il mutuatario che ha pagato interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta, non può ripeterli né imputarli al capitale».

³³ Art. 1145 CC port.: «1. As partes podem convencionar o pagamento de juros como retribuição do mútuo; este presume-se oneroso em caso de dúvida.

»2. Ainda que o mútuo não verse sobre dinheiro, observar-se-á, relativamente a juros, o disposto no artigo 559 e, havendo mora do mutuário, o disposto no artigo 806» [la remisión al artículo 559, es al interés legal, aplicable cuando no se haya fijado el convencional y tampoco se haya pactado la gratuidad del contrato de mutuo].

³⁴ Las ideas elementales que expongo a continuación en el texto, las he tomado de las siguientes obras generales sobre el Derecho romano: BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1979 (5.^a ed. española, trad. de la 8.^a ed. italiana, por Bacci/Larrosa), pp. 436, 442 y 480; KASER, *Derecho romano privado*, Madrid, 1982 (trad. de la 5.^a ed. alemana, por Santa-Cruz Teijeiro), pp. 161 y 181; D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1983 (5.^a ed.), parágrafo 391, pp. 456-457; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1983 (14.^a ed., reimp.), p. 305; JÖRS/KUNKEL, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1937 (trad. de la 2.^a ed. alemana, por L. Prieto Castro), p. 260; SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960 (trad. por Santa-Cruz Teijeiro) parágrafo 878, p. 488.

Cfr., también, HUET, *op. cit.*, p.892, nota 127.

la eficacia obligacional de dicho contrato. Y de tal entrega únicamente nace para el mutuatario la obligación de restituir el *tantumdem* de lo recibido. Correlativamente, de esa misma *datio rei* sólo nacía, en favor del mutuante, acción (*condictio*) para reclamar el *tantumdem* (dinerario o el equivalente pecuniario de la cantidad prestada de un género distinto del dinero) de lo prestado. Por tanto, con la acción propia del contrato de mutuo (*condictio*) nunca podía pretenderse, por el mutuante, el pago, a cargo del mutuatario, de una cantidad de dinero mayor a la prestada (o al valor pecuniario del *tantumdem* no dinerario de lo prestado).

Para obtener el mutuante intereses del capital prestado, como remuneración del préstamo, era preciso que la entrega en concepto de mutuo fuera acompañada de una específica estipulación formal (*stipulatio*) de intereses (*usurae*). En tal caso, el mutuante podía ejercitar, como acreedor, contra su deudor (el mutuatario) incumplidor, simultáneamente dos acciones, cada una de ellas con distinto fundamento y contenido: la *condictio* por el *tantumdem* del capital prestado (*sors*) –obligación de devolverlo (para el mutuatario)/acción para reclamarlo (en favor del mutuante) nacida *re: de la datio rei*–; y la acción estipulatoria (*actio ex stipulatu*) por los intereses (*usurae*) formalmente convenidos –obligación accesoria de pagarlos (para el mutuatario)/acción para reclamarlos (en favor del mutuante) nacida *verbis: del contrato formal verbal (stipulatio)*–.

La razón por la cual el contrato de mutuo exige, para crear esa obligación accesoria, en el mutuatario, de pagar intereses compensatorios y permitir su exigibilidad al mutuante, precisamente la estipulación formal (*stipulatio*) de intereses, no bastando un pacto o acuerdo aformal (*nudum pactum, pactum conventum*), radica [vid. más adelante, *infra* 2)] en su condición de contrato de Derecho estricto (*ius strictum*) –o, mejor, por tener ese carácter, de Derecho estricto, la acción (*condictio*) de él derivada–.

En D. 19, 5, 24³⁵, a propósito de un simple pacto aformal de intereses, muy complejo, anejo a un contrato de mutuo, se recuerda la doctrina de que en tal contrato sólo se deben intereses si media *stipulatio* formal a ese fin.

³⁵ D'ORS y otros, *El Digesto de Justiniano*, I, Pamplona, 1968, y allí, D. 19, 5, 24: «Ticio dio a Sempronio treinta mil sestercios y pactó con él [mero pacto aformal] que con el interés de esta cantidad pagase Sempronio un tributo que Ticio debía, computados los intereses al seis por ciento; y lo que hubiese pagado de menos por los tributos respecto a la cantidad de los intereses, se lo restituyera a Ticio; lo que hubiese pagado de más lo descontase del capital; y si la suma de los tributos excediese del capital e intereses, Ticio diera a Sempronio aquello en que excediese. *No se interpuso estipulación acerca de esto*. Ticio preguntaba con qué acción podría conseguir lo que Sempronio hubiese retenido de más por intereses respecto al importe de los tributos pagados. Respondió <Juliano> que los intereses de una cantidad dada en crédito no se deben, si no son objeto de una estipulación...».

En cambio, en los contratos que dan lugar a acciones de buena fe (*bonae fidei iudicia*), para establecer la obligación accesoria de pagar intereses compensatorios, es suficiente un pacto no formal (*nudum pactum*) en tal sentido.

Solamente en algunos pocos casos, muy excepcionales, se reconoció la exigibilidad de la obligación de pagar intereses compensatorios, en el contrato de mutuo, a pesar de haberse establecido en virtud de un mero pacto aformal. Por ejemplo, en los mutuos realizados por el Fisco o por las ciudades –en cuyo caso, es evidente que la justificación de la excepción residía en el trato de favor hacia estos que hoy llamaríamos entes de Derecho público–.

No se piense que ante esta situación y por efecto de la misma, la estipulación formal de intereses era cosa rara o infrecuente en el Derecho romano; al contrario, era frecuentísima. Tan frecuente, que llegó a hacerse normal³⁶ que el contrato de mutuo quedara formalizado en una *stipulatio* única, que comprendía, a la vez, las obligaciones (del mutuatario) de devolución del *tantumdem* del capital prestado (*sors*) y del pago de los intereses compensatorios convenidos (*usurae*).

2) Para el Derecho romano es un mero o simple pacto (*pactum*, *nudum pactum*, *pactum conventum*) todo acuerdo o convención carente de fuerza obligatoria –de acción para exigir lo pactado–, por no haberse respetado los esquemas formales que tal Derecho reconocía para obligarse –p. ej., *stipulatio*–, ni, tampoco, descansar en una de aquellas causas que no tienen necesidad de la forma para dar vida a una obligación exigible –p. ej., la entrega de una cosa, en un contrato real–. Son, pues, convenciones que no son contratos reconocidos por el Derecho civil: ni formales (verbales o literales), ni reales, ni consensuales.

El Pretor, en una cláusula del Edicto Perpetuo que reproduce D. 2, 14, 7, 7³⁷, prometía amparar los meros pactos («*pacta conventa servabo*»), siempre que no fuesen contrarios, directa o indirectamente, a ninguna norma del ordenamiento.

Con tales condiciones, la intervención protectora del Pretor no consistía en otorgar él la acción que el Derecho negaba al simple pacto; sino en conceder una excepción (*exceptio pacti conventi*) al sujeto demandado, cuando alguien intentaba contra él, en base a una relación (derecho/acción) establecida/reconocida legalmente,

³⁶ Vid. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 305; D'ORS, *op. cit.*, parágrafo 391, p. 457.

³⁷ D. 2, 14, 7, 7 (en la traducción de D'ORS y otros, *op. cit.*, I): «Dice el Pretor: "Mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y que no sean en fraude de cualquiera de los mismos"».

la obtención de un resultado en contravención de lo pactado entre ambos. Esta excepción puede considerarse como el efecto *común* o *general* de todo *pactum conventum* y, como tal, es aplicable tanto a las acciones de Derecho estricto (*iudicia stricti iuris*) —y tienen esta consideración todas las acciones que no son de buena fe; en particular, las propias de las obligaciones unilaterales (no recíprocas), como es el caso de la *condictio* derivada del contrato de mutuo—, como a las de buena fe (*iudicia bonae fidei*).

Mediante la indicada excepción, oponiéndola a la reclamación del actor, sin discutir el derecho/acción de éste (perfectamente legales, como queda dicho), se le contraponía la iniquidad de su ejercicio contra el demandado, al no hacerse fe a lo acordado con éste, y ello era suficiente para que el demandado obtuviese la absolución de la reclamación judicial hecha en tales condiciones.

La interposición de la autoridad del Pretor no da, pues, al *nudum pactum* un efecto *positivo* —sigue sin existir acción para reclamar el cumplimiento de lo pactado—; pero sí *negativo* —oponiendo la *exceptio pacti* concedida, cada una de las partes del pacto puede enervar reclamaciones judiciales de su contraparte que vulneren el contenido del mismo—³⁸.

En el ámbito de los *iudicia bonae fidei* —que aquí no interesa, pues ya queda dicho que el contrato de mutuo, o, mejor, la acción de él nacida (*condictio*), tenía la consideración de *stricti iuris*—, los *nuda pacta* o *pacta conventa* tenían una mayor relevancia, que podía llegar, incluso (en condiciones que los romanistas discuten), a que pudiese exigirse el cumplimiento de lo pactado con la misma acción derivada del contrato al que el pacto en cuestión se adjuntase³⁹.

3) Si en el contrato de mutuo se establecía por mero pacto (*nudum pactum, pactum conventum*), y no con la forma de la *stipulatio*, el pago de intereses compensatorios a cargo del mutuatario, entonces sucedían dos cosas⁴⁰:

i) Por un lado, era indiscutible que de tal simple pacto *no* nacía acción, a favor del mutuante, para reclamar/exigir los inte-

³⁸ Sobre la eficacia general o común del *pactum conventum*, en los mismos términos resumidos en el texto, *vid.*, p. ej., BONFANTE, *op. cit.*, nota 1, p. 435, y pp. 515-516; ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 354; D'ORS, *op. cit.*, parágrafo 98, p. 144; JÖRS/KUNKEL, *op. cit.*, p. 271; SCHULZ, *op. cit.*, p. 450. Cfr., también, PRATS, *op. cit.*, pp. 139-140.

³⁹ *Vid.* D'ORS, *op. cit.*, parágrafo 98, p. 144, y parágrafo 454, p. 518; KASER, *op. cit.*, p. 155; JÖRS/KUNKEL, *op. cit.*, pp. 271 y 283; SCHULZ, *op. cit.*, p. 450; BONFANTE, *op. cit.*, pp. 435 y 516; ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, pp. 354-355.

⁴⁰ *Vid.* KASER, *op. cit.*, p. 161; D'ORS, *op. cit.*, parágrafo 391, p. 456 y nota 2; ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 354; SCHULZ, *op. cit.*, p. 450; PRATS, *op. cit.*, pp. 142-143; HUET, *op. cit.*, p. 892.

reses así convenidos –ni, por tanto, tampoco nacía de él obligación, a cargo del mutuatario, de pagarlos–. Pues ese efecto, como ya queda dicho, requería que el acuerdo de pagar intereses compensatorios se estableciera, en el contrato de mutuo, con la forma de la *stipulatio*.

Esto se ve claramente en el siguiente texto de las *Sentencias* de Paulo (Libro II, Título XIV [*De usuris*: De los intereses], número 1 = 2. 14. 1)⁴¹:

«*Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti; ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur*».

(«Si se establece un mero pacto de pagar intereses, carece de eficacia; pues, entre ciudadanos romanos, de un simple pacto no nace acción».)

Y aclara la *interpretatio* –glosa o comentario, sobre el texto de las Sentencias de Paulo, elaborado en la segunda mitad del siglo V⁴²– de esa misma sentencia transcrita:

«*Pactum nudum dicitur, si cautio creditoris a debitore, in qua centesimam soluturum promisit, sine stipulatione fiat. Et ideo usurae ex nuda cautione creditore penitus non debentur*».

(«Hay mero pacto, cuando el deudor promete pagar al acreedor interés al 1% mensual [12 % anual] sin la forma de la *stipulatio*. Y, por esto, los intereses prometidos al acreedor no formalmente no se deben en absoluto».)

Por tanto, en el Derecho romano y para el contrato de mutuo, los intereses compensatorios meramente pactados son jurídicamente indebidos (carentes de acción para ser exigidos), mientras que los formalmente estipulados son los únicos debidos (provistos de acción para su reclamación).

ii) Pero, por otro lado, esos mismos intereses meramente pactados, convenidos sin sujetarse a la forma de la *stipulatio* –que, como tales, el mutuatario *no* está obligado a pagar y que el mutuante carece de acción para reclamar–, si (pese a *no* deberlos, a *no* poderle ser exigidos/reclamados) son voluntariamente (en cumplimiento voluntario de algo que no se puede exigir) pagados por el mutuatario, entonces, éste *ni* puede repetir su pago, *ni*, tampoco, imputar lo pagado al principal (al pago de la obligación restitutoria

⁴¹ Tomo el texto latino de la citada sentencia y de su *interpretatio*, de FOSATTI VANZETTI, *Pauli Sententiae. Testo e interpretatio*, Padova, 1995.

⁴² *Vid.* FOSATTI VANZETTI, *op. cit.*, pp. XV-XVI.

que afecta a la cantidad prestada o a la parte de la misma que esté pendiente de restitución).

Ello se ve particularmente claro en una constitución imperial (de los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracala) recogida en el *Codex*, Libro IV, Título XXXII [*De usuris: De los intereses*], número 3 (C. 4, 32, 3)⁴³:

«*Quamvis usurae fenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt, tamen ex pacti conventione solutae necque ut indebitae repetuntur, neque in sortem accepto ferenda sunt.*

(«Aunque sin el vínculo de la estipulación [*stipulatio* formal] no se pueden pedir [exigir/reclamar] intereses del dinero prestado, sin embargo, los pagados en virtud de convención de un [simple] pacto ni se repiten como indebidos, ni han de ser aplicados para pago del capital».)

Otros textos romanos –p. ej., en el *Digesto*, D. 12, 6, 26, pr.⁴⁴; D. 46, 3, 5, 2⁴⁵; y D. 46, 3, 102, 1⁴⁶– confirman este mismo criterio de la irrepetibilidad de los intereses indebidos voluntariamente pagados por el mutuatario [aunque el primero y el último de estos otros textos hablan, sin más, de intereses *indebidos*, todos los demás textos citados –y la situación del Derecho romano que los explica– sirven para circunscribirlos, también, al supuesto de intereses *meramente pactados sin sujeción a la forma de la stipulatio*: precisamente por ello indebidos (desprovistos de acción para ser exigidos), y precisamente por ello susceptibles, con mucha frecuencia, de un pago voluntario por quien (pese a no deberlos jurídicamente) dio la conformidad a su pago en el pacto informal].

⁴³ Cuyo texto tomo (tanto el latino como el de su versión castellana) de *Código (Cuerpo de Derecho civil romano, Tomo IV, 1.ª Parte)*, ed. bilingüe por García del Corral, Valladolid, 1988 (reimp. de la ed. de Barcelona, 1892).

El texto latino de esta constitución puede, también, verse en *Codex Iustinianus (Corpus iuris civilis, II)*, ed. P. Krüger, Hildesheim, 1997 (reimp. de la 11.ª ed., Berlin, 1954).

Sobre este mismo texto romano, cfr. PRATS, *op. cit.*, p. 138 ss.

⁴⁴ D. 12, 6, 26, pr. (en la trad. de D'ORS y otros, *op. cit.*, I): «Si una persona pagó, no el capital, sino los intereses *indebidos*, no podrá repetir, si los pagó de un capital que debía...».

⁴⁵ D. 46, 3, 5, 2 (en la trad. de D'ORS y otros, *El Digesto de Justiniano*, III, Pamplona, 1975): «...el pago de los intereses debidos [pero sólo naturalmente, no civil o jurídicamente, como se verá después que dice este texto: *infra* 4)] por < simple > pacto no se puede repetir» [*las palabras que figuran entre corchetes agudos en éste y en los demás textos del Digesto de la edición que aquí se maneja, son aclaraciones introducidas por los autores de la misma*].

⁴⁶ D. 46, 3, 102, 1 (en la trad. de D'ORS y otros, *op. cit.*, III): «Habiendo conformidad respecto al capital prestado y litigio respecto a los intereses, se acabó por sentenciar en apelación que los intereses pagados *no debían repetirse < como indebidos >*, pero que ya no se deberían más en el futuro».

El tercero de los fragmentos últimamente indicados (D. 46, 3, 102, 1), aclara que la irrepetibilidad de lo pagado por el mutuatario, no significa que ahora (tras el pago), dicho mutuatario deba seguir pagando intereses hasta la extinción del contrato de mutuo. Lo que, sabiendo ya de lo que está hablando el texto en cuestión, resulta perfectamente lógico y coherente: los intereses meramente pactados no son debidos/exigibles, ni antes ni después del pago del mutuatario; si el mutuatario paga voluntariamente los intereses meramente pactados no puede recuperar lo pagado en ese concepto, ni tampoco imputarlo al principal, *a pesar* del carácter indebido/inexigible de lo pagado; pero tal pago, precisamente porque concierne a algo inexigible/indebido (los intereses meramente convenidos/no formalmente estipulados), no obliga ahora al mutuatario, como tampoco estaba obligado a pagar antes, a seguir pagando intereses en el futuro (ni, correlativamente, autoriza, ahora, al mutuante para reclamarlos a partir del pago y hasta el momento de la extinción del contrato de mutuo).

A la vista de todo lo precedentemente dicho, me parece que puede conjeturarse, con mucha probabilidad de acierto, cómo se forjó históricamente, en el Derecho romano clásico, la regla jurídica vista acerca de la irrepetibilidad de los intereses indebidos (meramente pactados, no formalmente estipulados) voluntariamente pagados por el mutuatario.

Y debió ser desde los principios generales sobre la eficacia (puramente negativa) del *nudum pactum* o *pactum conventum*. Inicialmente, al amparo de la cláusula general del Edicto sobre protección de los simples pactos que no chocasen con la ley, el Pretor concedería, al mutuante que había cobrado intereses compensatorios meramente pactados con su mutuatario y por éste voluntariamente pagados, la *exceptio pacti conventi*, frente a la acción (*condictio indebiti*) del mutuatario *solvens* tendente a recuperar esos mismos intereses pagados, con fundamento –legalmente irreprochable– en su carácter indebido (en tanto que no acordados con la forma de la *stipulatio*). La concesión de la *exceptio pacti* al mutuante demandado, impide, así, conforme a su función propia, que el mutuatario actor obtenga un efecto que (aunque pudiera considerarse legalmente procedente) es contrario al pacto aformal (lícito) del que fue parte aceptante. Es, en suma, el arma jurídica defensiva que concede el Pretor al mutuante *accipiens* para protegerlo del arrepentimiento de su mutuatario *solvens* (que pretende recuperar, después de haberlo pagado voluntariamente, algo que si bien jurídicamente no debe, acordó lícitamente con el mutuante pagarle).

Desde tales postulados –incuestionablemente clásicos–, era, ya, como se ve, muy fácil pasar a enunciar la regla general que hemos visto consagrada en C. 4, 32, 3 y en los demás textos concordantes.

4) En resumen, en el Derecho romano clásico, los intereses compensatorios meramente pactados (sin sujeción a la forma de la *stipulatio*) en el contrato de mutuo, eran no debidos por el mutuatario –jurídicamente inexigibles por el mutuante–, pero si el mutuatario (no estando obligado a ello) voluntariamente los paga, pese a su carácter indebido, no podrá repetir dicho pago.

Se comprenderá, entonces, muy bien, que cuando, en la era postclásica y justinianea del Derecho romano, se construye la categoría general de la obligación natural (*obligatio naturalis*), y se hace, precisamente, sobre la base de la doble nota de su *inexigibilidad* (carencia de acción para imponer el cumplimiento forzoso al sujeto «naturalmente obligado») y de su *irrepetibilidad* (*solutio retentio*, no sujeción del *acciens* a la *condictio indebiti* del *solvens*: lo voluntariamente pagado por el «naturalmente deudor», aunque inexigible, una vez pagado, ya no se puede repetir, lo puede retener legítimamente el «naturalmente acreedor»), entonces, se considere, sin ninguna dificultad, al caso de los intereses compensatorios meramente pactados en el contrato de mutuo como un caso más de obligación natural⁴⁷.

Y se entenderá perfectamente, asimismo, que cuando los juristas postclásicos y justinianeos dicen, ahora, que los intereses compensatorios simplemente pactados –sin sujeción a la forma de la *stipulatio*– en el contrato de mutuo son *sólo naturalmente debidos* por el mutuatario, no están diciendo cosa distinta de lo que decían los juristas clásicos, sino que han cambiado la terminología para describir, exactamente, la misma situación jurídica: de inexistencia de acción del mutuante para reclamar/exigir los intereses así convenidos (y, correlativamente, de inexistencia de –*genuina, verdadera, jurídica*– obligación de pagarlos a cargo del mutuatario), y de irrepetibilidad de los que (*aun no* siendo –civil, jurídicamente– debidos) voluntariamente se paguen.

Refleja esta nueva situación histórica –nueva, insisto, únicamente en lo terminológico: donde los clásicos hablaban de intereses *indebidos*, ahora se habla de intereses *sólo naturalmente debidos*– el texto (interpolado por los bizantinos) de D. 46, 3, 5, 2⁴⁸.

⁴⁷ *Vid.* BONFANTE, *op. cit.*, p. 404; KASER, *op. cit.*, p. 153; D'ORS, *op. cit.*, párrafo 354, p. 414 y nota 1, y nota 2, p., 456; JÖRS/KUNKEL, *op. cit.*, nota 4, p. 260; HUET, *op. cit.*, p. 892, nota 127.

⁴⁸ D. 46, 3, 5, 2 (trad. de D'ORS y otros, *op. cit.*, III): «...si hay intereses debidos <civilmente> y otros no debidos <civilmente> [pero sí naturalmente]... por ejemplo, los

A.2) Antecedentes inmediatos

i) El Código civil francés incorporó, ya desde su entrada en vigor, una norma exactamente equivalente a la de nuestro artículo 1756 CC: el artículo 1906 CC fr.⁴⁹.

En los antecedentes prelegislativos de esta norma codificada francesa, se observa su vinculación con la regla romana de la irrepetibilidad de los intereses meramente pactados (jurídica, civilmente indebidos) si voluntariamente pagados. Concretamente, en el discurso del *tribun* Albisson ante el *Corps Légitif*, defendiendo el Proyecto de Código civil francés, se dice, por lo que respecta al precepto del Proyecto –artículo 33 del Proyecto relativo a la parte del Código civil dedicada al contrato de préstamo: Título X del Libro III– equivalente del actual artículo 1906 CC fr.⁵⁰:

«Mais s'il est permis de stipuler des intérêts, a plus forte raison doit-il être permis de retenir à ce titre ceux qui auraient été payés sans stipulation; et c'est aussi ce que déclare l'article 33, qui porte que "l'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital"; doctrine d'ailleurs reçue jusqu'ici dans les provinces régies par le droit écrit, d'après la maxime usurae solutae non repetuntur, puisée dans la loi 3 au Code de Usuris [o sea, C. 4, 32, 3, que ya conocemos]; et cela, dans le temps même où la stipulation d'intérêts y a été défendue».

Los romanos habían creado, ciertamente, para el contrato de mutuo, una regla jurídica de irrepetibilidad del pago de intereses compensatorios indebidos, si voluntariamente pagados. Pero, por la propia situación, ya examinada [*retro*, III. A1]), del Derecho romano, la habían limitado exclusivamente a los intereses conveni-

intereses [formalmente] estipulados y los [simplemente] pactados, que se debían *tan sólo naturalmente...*.

En este texto, que resuelve un problema de imputación en el pago de intereses, se ve muy bien la contraposición entre intereses estipulados –debidos civilmente, exigibles judicialmente– y los acordados por simple pacto –debidos sólo naturalmente/no exigibles judicialmente, pero irrepetibles si llegan a ser voluntariamente pagados–.

La interpolación justiniana del texto –indicada, p. ej., por KASER, *op. cit.*, p. 153–, me atrevo a conjeturar, se refiere, seguramente, a considerar los intereses meramente pactados –no objeto de *stipulatio* formal– como «sólo naturalmente debidos» (pero tanto su inexistencia, como su irrepetibilidad si voluntariamente pagados, son, ambos, como ya se vio, datos indisputadamente clásicos, y es sobre esos datos previos que se hace la nueva calificación terminológica que se interpola en el texto clásico).

⁴⁹ Art. 1906 CC fr.: «L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital».

⁵⁰ *Vid.* FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIV, Osnabrück, 1968 (reimp. de la ed. de 1827, París), p. 472. *Vid.*, también, PRATS, *op. cit.*, p. 137.

dos por mero pacto (*nudum pactum, pactum conventum*) sin la formalidad de la *stipulatio*.

Ahora bien, esa misma regla romana para el contrato de mutuo, no sólo se conserva por la doctrina del Derecho común, sino que –como era *inevitable*, desde que se acepta la fuerza obligatoria de *cualquier pacto*, y, consecuentemente, pierde *todo sentido* la distinción romana entre intereses meramente pactados e intereses formalmente estipulados– se la transforma. Permitiendo, con ese nuevo sentido adquirido, su aplicación retener legítimamente el mutuante *accipiens*/evitar la repetición del mutuatario *solvens*, en casos de pago voluntario por el mutuatario de *intereses compensatorios indebidos* que *nada* tienen que ver con la génesis romana de la regla –casos en que el carácter *indebido* de los intereses compensatorios voluntariamente pagados, no deriva ya de la desaparecida contraposición entre *pactum conventum* y *stipulatio*–.

El propio discurso de Albisson revela que en época moderna, anterior a la Codificación, la regla de la irrepetibilidad de los intereses indebidos voluntariamente pagados por el mutuatario, se había aplicado, incluso, para impedir la repetición de intereses pagados conforme a lo pactado, en tiempo en que estaba completamente prohibido el pacto de interés compensatorio.

El Código civil francés –ya está dicho que la regla romana no podía ahora conservarse tal cual en su origen– se mantiene en esa misma línea de transformación evolutiva de la regla romana, y al consagrarse, para el contrato de mutuo, la irrepetibilidad de los intereses compensatorios indebidos, si voluntariamente pagados por el mutuatario, se refiere, ahora, a los intereses compensatorios que *resultan indebidos conforme al propio Código civil francés*; esto es, como dice el mismo artículo 1906 CC fr. (y decía ya antes su equivalente, el artículo 33 Proy. CC fr., Título X, Libro III), a los *no-pactados, no-convenidos* [y *ex art. 1905 CC fr.*, no *expresamente* pactados, según algunos, o no *inequívocamente*, según otros].

El Código civil francés, pues, conservó, *pero transformada –adaptada* a la situación del nuevo Derecho: la única forma en que, queriendo hacerla, dicha conservación resultaba posible– la antigua regla romana en su artículo 1906.

No se encuentra en los trabajos preparatorios de la norma codificada francesa una explicación suficiente de su *ratio* (sentido, finalidad): de lo que el legislador pretendía, y las razones por las cuales lo hacía, con la conservación, pero actualizada, de la antigua regla romana.

Pero eso que no encontramos en sus antecedentes, fue ya, en cambio, claramente percibido, y en términos muy semejantes a los utilizados por los intérpretes contemporáneos del artículo 1906 CC fr. y de los preceptos (como nuestro art. 1756 CC) a él equivalentes, por los primeros intérpretes de la norma (los que la comentaron en el tiempo inmediato a su entrada en vigor).

Sirva, a título de ejemplo, lo que Rogron⁵¹ decía, a tal propósito, en su comentario del artículo 1906 CC fr.:

«*Parce qu'il [el mutuatario solvens] ne peut avoir payé volontairement ces intérêts que par un sentiment de justice, et parce qu'il jugeait lui-même qu'il fallait dédommager le prêteur de la privation [del capital prestado gratuitamente] qu'il avait supportée».*

A la explicación transcrita sólo cabe objetar que se expresa en términos excesivamente subjetivistas/voluntaristas: es *la ley* (en respuesta a una valoración *legal* de los intereses en juego), la que considera, en el contrato de mutuo gratuito, justa/legítima la compensación económica no debida que recibe el mutuante *accipiens* por vía de pago (indebido) del mutuatario *solvens*, y la ley vincula ese efecto (la irrepetibilidad del pago indebido hecho al mutuante) a un conjunto de requisitos, entre los cuales, ciertamente, la voluntariedad del pago por parte del mutuatario *solvens*.

Pero, de lo que no cabe duda, es que si la ley se ha decidido a establecer ese efecto, ha sido porque (dándose los requisitos legales) le ha parecido justo que, aun en el mutuo gratuito, el mutuante reciba del mutuatario algún tipo de retribución económica por la atribución (*credendi causa*), en propiedad, del capital prestado. Que esa remuneración económica, legalmente prevista, del mutuo sin pacto de intereses compensatorios, sea raquírica e insuficiente (por los propios requisitos a que se supedita) es ya, desde luego, otro cantar.

ii) Es curioso constatar que no existe equivalente del actual artículo 1756 CC en el Proyecto de Código civil de 1851, y ello a pesar de que, como se ha visto, sí lo había (y subsiste) en el Código civil francés (art. 1906 CC fr.), el mismo Código civil extranjero que, a tantos otros efectos, sirvió de modelo al indicado Proyecto. En el punto que aquí interesa, sin embargo, el Proyecto de 1851 se apartó de su modelo más habitual, por lo que no puede decirse que el influjo francés (del artículo 1906 CC fr.) lle-

⁵¹ *Code civil expliqué par ses motifs et par des exemples*, Bruxelles, 1828 (4.^a ed. [la primera edición es de 1825]).

gase a nuestro Código civil, en lo que respecta al artículo 1756 CC, por la vía del Proyecto de 1851. Llegó, como se verá enseguida, por otro camino.

iii) En el Anteproyecto del Código civil (1882-1888) sí se encuentra, ya, una norma –art. 17, Capítulo II del Título dedicado al contrato de préstamo⁵²– de texto exactamente coincidente con el del vigente artículo 1756 CC. Norma histórica, pues, que debe ser considerada como el antecedente histórico más próximo de la vigente.

En este caso resulta igualmente curioso comprobar que el texto del Anteproyecto⁵³ indica como norma extranjera inspiradora o modelo de la nacional proyectada, no al artículo 1906 CC fr., sino al artículo 1984 del Anteproyecto belga de revisión del Código civil realizado por Laurent (1879) –precepto belga proyectado que, sin embargo, no hacía otra cosa que reproducir, a la letra, el francés vigente⁵⁴–.

En conclusión: la norma vigente del artículo 1756 CC proviene (por vías indirectas) del artículo 1906 CC fr. –a través del Anteproyecto del Código civil, que se inspiró en el Anteproyecto belga de Laurent, que, a su vez, incorporó a su texto una norma idéntica a la francesa–.

Como es lógico, la influencia de la codificación civil francesa no se detuvo en Bélgica y España. También, por ejemplo, en Italia, dentro de su primer Código civil unitario (1865), se introdujo un precepto equivalente al artículo 1906 CC fr.⁵⁵.

A.3) *Lo que la Historia enseña sobre el significado y ratio del artículo 1756 CC*

A mi juicio, los datos útiles, a efectos de interpretar/aplicar hoy el artículo 1756 CC, que pueden entresacarse del análisis histórico previamente realizado, serían los siguientes:

⁵² Cuyo texto tomo de PEÑA, *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, p. 675: «El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital».

⁵³ *Vid. PRATS, op. cit.*, pp. 134-135.

⁵⁴ En PEÑA, *ibidem*.

⁵⁵ La traducción castellana del artículo 1984 del Anteproyecto Laurent (PEÑA, *op. cit.*, p. 675: «El prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital») es plenamente coincidente tanto con el citado artículo 17 del Anteproyecto español, como con la norma idéntica del artículo 1756 CC. Y esa misma traducción castellana encaja, a la perfección, en el texto francés del artículo 1906 CC fr.

⁵⁶ *Vid. PRATS, op. cit.*, p. 135.

⁵⁷ *Retro. nota 32.*

i) La regla especial de la irrepetibilidad de los intereses pagados por el mutuatario se ha referido, siempre, a intereses *no-debidos (jurídicamente inexigibles)*. Inicialmente indebidos por su carácter de *no* formalmente estipulados. Luego, en el momento de la Codificación civil, indebidos por *no* pactados –en las condiciones, en su caso, exigidas por el respectivo Código civil– entre mutuante y mutuatario.

La Historia, por tanto, ofrece un argumento contundente en contra de la justificación del efecto del artículo 1756 CC en una *obligación/deuda* de pagar intereses compensatorios a cargo del mutuatario *solvens*. Rechazo que, como se verá inmediatamente, confirma el propio texto del artículo 1756 CC.

ii) El efecto de la irrepetibilidad de los intereses compensatorios pagados y no debidos va asociado a un pago *voluntario, espontáneo, libre* de los mismos por parte del mutuatario *solvens*.

iii) Precisamente porque se trata de intereses compensatorios no debidos, así como de su pago puede derivar, *ex artículo 1756 CC*, la legítima retención de los mismos por el mutuante *accipiens*; en cambio, de dicho pago *nunca* resulta, *ex artículo 1756 CC*, la obligación de seguirlos pagando en el *futuro* (desde el momento del pago realizado hasta el de la extinción del contrato de mutuo).

iv) La *ley*, dándose los requisitos del artículo 1756 CC, considera *legítima, justificada* la atribución patrimonial hecha al mutuante *accipiens* por el mutuatario *solvens*, *pese al carácter indebido* de los intereses compensatorios pagados.

Lo que se pagó *sin* deberse está sujeto a restitución, *en la medida en que no* exista una causa justificativa *distinta* de la (inexistente) obligación/deuda (cfr. art. 1901 CC). Por tanto, a efectos de enervar la repetición del pago indebido, es suficiente que la *ley* (en nuestro caso, el artículo 1756 CC) declare justificada/legítima la atribución patrimonial de lo indebido hecha por el *solvens* al *accipiens*.

En cuanto a las razones por las cuales, en el caso concreto del artículo 1756 CC, la ley se ha decidido a establecer ese efecto, sigue valiendo lo dicho para el momento de su promulgación: la ley quiso⁵⁶ establecer, incluso en el ámbito del mutuo gratuito (sin pacto y, por tanto, sin obligación de pagar intereses compensatorios), un mecanismo de remuneración económica para el mutuante que le compensase del evidente sacrificio patrimonial que significa en el

⁵⁶ Comp. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 2.º, p. 347 y nota 4; LACRUZ, «Las obligaciones naturales», en *Estudios de Derecho privado común y foral*, II, Barcelona, 1992, p. 3 ss., y allí, p. 9.

tráfico moderno –al menos, en términos de lucro cesante– prestar capital sin interés: perder toda oportunidad de sacarle rendimiento al capital prestado durante la entera vigencia del contrato de mutuo gratuito.

El artículo 1756 CC es, en cierto modo, el producto de la mala conciencia del legislador: un legislador que exige, por un lado, el pacto inequívoco de intereses compensatorios para que éstos sean debidos por el mutuatario; pero que, por otro, evidentemente no ignora lo antieconómico, perjudicial para el mutuante, que es el préstamo gratuito.

Y ya está dicho que otra cosa diferente, es que ese mecanismo, *ex artículo 1756 CC*, de retribución económica del mutuo sin pacto de intereses, predisuesto por el legislador, sea raquíntico –es difícil que se den en la práctica todos los requisitos del artículo 1756 CC– y frágil –pues depende, por completo, de la iniciativa espontánea del mutuatario a título gratuito–.

Pero desde que el legislador, en vez de presumir oneroso el mutuo, exigió el pacto de intereses compensatorios para que éstos fuesen debidos, era inevitable que, aun queriendo establecerla en alguna medida, la remuneración económica del mutuo sin pacto de intereses sólo pudiera obtenerse por vías marginales. Como ya se dijo, el artículo 1756 CC es una pieza coherente del anacrónico régimen del Código civil para los intereses compensatorios en el contrato de mutuo.

B) Interpretación del artículo 1756 CC: Requisitos en él establecidos –delimitación, positiva y negativa, de su ámbito de aplicación– y efecto legal derivado de su concurrencia

Empezaré la exégesis del artículo 1756 CC, por el estudio de cada uno de los *requisitos* en él exigidos para producir el efecto que dicha norma establece.

La importancia de estos requisitos es evidente: delimitan el supuesto de hecho del precepto, y, por tanto, su ámbito de aplicación. En consecuencia, solamente su conocimiento exacto y completo permitirá deslindar, correctamente, los casos en que la norma es aplicable –aquellos en los que concurren *todos* los requisitos por ella exigidos–, de aquellos otros en los que no –por faltar uno o más de dichos requisitos–; consentirá distinguir, en suma, los supuestos en los que puede, de aquellos otros en los que no puede darse el

efecto predispuesto por la norma (para el solo caso de concurrir todos sus requisitos).

1) Al exigir el artículo 1756 CC un pago, por el mutuatario *solvens*, de intereses «*sin estar estipulados*», la norma nos dice, paladinamente, que sólo es aplicable en el ámbito de un contrato de mutuo en el que *falte todo pacto*, entre mutuante y mutuatario, que imponga al segundo la obligación de pagar intereses compensatorios. O sea, el supuesto de hecho del artículo 1756 CC exige un contrato de mutuo *gratuito*, en el que el mutuatario *no esté* contractualmente obligado a pagar, a su mutuante, intereses compensatorios del capital prestado⁵⁷. Lo anterior conduce, consecuentemente, a que el pago de intereses contemplado por el artículo 1756 CC es un *pago indebido*: pago de intereses compensatorios hecho por un mutuatario *solvens* que *no está* obligado (según los términos de su propio contrato de mutuo) a pagarlo.

Todo ello es, pues, suficiente para concluir que la relación entre los respectivos ámbitos de aplicación de los artículos 1755 y 1756 CC debe establecerse en términos de *recíproca exclusión*: *ex* artículo 1755 CC, donde existe un *pacto inequívoco* (expreso o tácito) de pagar intereses compensatorios, el mutuatario está obligado contractualmente a pagarlo, y es ese pacto, es esa obligación de él derivada, lo que justificará la irrepetibilidad de los *intereses debidos* conforme al contrato que se paguen por el mutuatario; en cambio, *ex* artículo 1756 CC, donde, por *no existir* un pacto inequívoco (expreso o tácito) de pagar intereses compensatorios, el mutuatario *no esté* contractualmente obligado a pagarlo, si, ello no obstante, llega a pagarlo en las condiciones exigidas por esta otra norma, ese *pago indebido*, pese a serlo, no será repetible, como efecto específico del artículo 1756 CC.

En resumen, el artículo 1756 CC sólo contempla un pago, por el mutuatario, de intereses compensatorios que *no sean* debidos contractualmente *ex* artículo 1755 CC (por no haberse pactado, entre mutuante y mutuatario, en las condiciones –de inequivocidad– exigidas por esta otra norma).

⁵⁷ *Vid.*, en sentido conforme, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 1.º, Barcelona, 1983 (7.ª ed.), p. 354; ID., *Derecho civil*, II, 2.º, cit., p. 347; LACRUZ, *Elementos*, II, 2.º cit., p. 178.

Aunque PRATS (*op. cit.*, pp. 133, 153, 154) parte, también, de la inexistencia, en el ámbito de aplicación del artículo 1756 CC, de todo *pacto* de pagar intereses compensatorios (y, consiguientemente, de toda *deuda* de intereses compensatorios a cargo del mutuatario), acaba por explicar (*ib.*, pp. 133 y 154) el efecto del artículo 1756 CC en virtud de un *pacto sobrevenido*, entre mutuante y mutuatario, de pagar intereses compensatorios (que generaría, desde luego, la consiguiente *deuda* a cargo del mutuatario), lo que choca, abiertamente, con el texto y sentido del artículo 1756 CC.

En contra del carácter indebido de los intereses a que se refiere el artículo 1756 CC, y en contra, por tanto, de la inexistencia de una obligación de pagarlos a cargo del mutuatario *solvens*, no puede argumentarse que la letra de dicha norma dice que el mutuatario los «*ha pagado*», y que todo pago o cumplimiento es indisoluble de una previa obligación que con él se extingue.

Pues, desde que la misma letra del artículo 1756 CC dice, también, que se trata de un pago de intereses compensatorios *no pactados*, es evidente, *ex artículo 1755 CC*, el carácter indebido de los mismos. O sea, el artículo 1756 habla, ciertamente, de un *pago* de intereses hecho por el mutuatario, pero, como el precepto claramente revela, se trata de un *pago indebido* (pago de intereses que el mutuatario *solvens* no debe en absoluto, no existiendo obligación suya de pagar intereses compensatorios a falta de un pacto inequívoco en tal sentido), y *no* del pago de una obligación preexistente, a cargo del mutuatario, de abonar –porque así inequívocamente se pactó– intereses compensatorios.

También en los artículos 1895 y siguientes habla el Código civil de «*pago*» para referirse a la atribución patrimonial de algo completamente indebido, también aquí, claro, se trata de un pago indebido, realizado al margen de la existencia de toda obligación previa a cargo del *solvens*.

El artículo 1756 CC exige, pues, la ausencia de todo pacto (inequívoco) en virtud del cual el mutuatario se obligue a pagar intereses compensatorios, y esa ausencia, como la propia norma señala, debe existir *en el momento en que el mutuatario solvens realiza el pago* al que el precepto se refiere.

No basta, por tanto, con que al tiempo de la celebración del contrato de mutuo no se pactase el pago de intereses compensatorios. Porque, si en un mutuo *inicialmente* gratuito, *sucesivamente* a la perfección del mismo (y antes, obviamente, de su extinción), sus dos partes pactan (*inequívocamente, sea en forma expresa o tácita*) la obligación del mutuatario de abonar intereses compensatorios, entonces, no cabe la menor duda:

i) Tanto, *ex artículo 1755 CC*, de que el mutuatario debe, desde el momento del pacto sucesivo hasta el de la extinción del contrato, los intereses pactados, y de que es ese pacto y la obligación de él derivada la razón de la irrepetibilidad de los intereses pactados que se paguen por el mutuatario (pago de intereses compensatorios por él *debidos* desde el tiempo en que el pacto sobrevenido de intereses es eficaz).

ii) Como que (precisamente porque el artículo 1756 CC exige la falta de todo pacto de intereses compensatorios al tiempo del pago del

mutuatario *solvens*, y, por eso mismo, su campo de aplicación y el del artículo 1755 CC son recíprocamente excluyentes –ya he dicho [*sub i*]) que al caso de que ahora se habla, es esta segunda la norma aplicable–) el artículo 1756 CC es norma aquí inaplicable respecto de todos los pagos de intereses compensatorios que, con arreglo a lo pactado, haga el mutuatario, desde el momento en que el pacto sucesivo de intereses sea eficaz hasta el de la extinción del contrato de mutuo.

El sentido específico de la norma del artículo 1756 CC es justificar/hacer irrepetible un pago de intereses compensatorios *a pesar* de su carácter *indebido* (de *no* existir obligación de pagarlos por el mutuatario *solvens*); donde, en cambio, el mutuatario pague intereses compensatorios que, *ex* artículo 1755 CC (por haberse pactado inequívocamente), sean por él *debidos* (desde el momento señalado en el pacto en que se acordaron, pacto simultáneo o no con el resto del contrato de mutuo), la norma del artículo 1756 es *ociosa* –y, por eso, *inaplicable*, según los términos en que ella misma define su propio ámbito de aplicación–: lo que justifica, entonces, la irrepetibilidad del pago de estos otros intereses (*debidos* por el mutuatario *solvens*) es, precisamente (desde que existe), la obligación de pagarlos.

El artículo 1756 CC exige, pues, para ser aplicado, un contrato de mutuo gratuito. Y ésta es, según ya he dicho, una de las razones que conduce a la muy escasa aplicabilidad del precepto, a la vista de la rareza práctica del mutuo no remunerado –la mayor parte de los contratos de mutuo que se celebran en el tráfico llevan anejo su pacto de intereses compensatorios, en las condiciones exigidas por la ley civil: de inequivocidad (art. 1755 CC), o por la ley mercantil: por escrito (art. 314 CCom)–.

Me propongo, a continuación, tratar, muy brevemente, algunas cuestiones relacionadas con este primer requisito del artículo 1756 CC.

a) Por lo que respecta al *contrato de mutuo mercantil*, puesto que, *ex* artículo 314 CCom., cabe, también –aunque sea prácticamente rarísimo–, el mutuo mercantil *gratuito* (lo es, legalmente, como sabemos [*retro*, en el texto que concuerda con la nota 22]), todo mutuo mercantil sin pacto escrito de pagar intereses compensatorios), a él, dándose los restantes requisitos del artículo 1756 CC, también es aplicable, conforme a los principios generales (arts. 2-I y 50 CCom.), dicha norma civil –que, conforme a su *ratio*, también consiente en el ámbito del contrato de mutuo mercantil *sin* obligación de pagar intereses compensatorios a cargo del mutuatario, la legítima percepción (eso sí, marginal, raquítica), por el mutuante a título gratuito, de alguna retribución económica de su mutuatario–.

b) A la pregunta de si un contrato de mutuo *con pacto inequívoco (expreso o tácito) de gratuidad* está, por ese solo dato, fuera del ámbito de aplicación del artículo 1756 CC, me parece que debe darse, sobre la base de lo que la propia norma dispone, respuesta negativa.

Lo único que, según el artículo 1756 CC y según su relación (de recíproca exclusión) con el artículo 1755 CC, excluye la aplicabilidad del primero de los preceptos, es un pacto (inequívoco) *de pagar intereses compensatorios*. No, desde luego, el pacto inequívoco –expreso o tácito– de gratuidad del mutuo: *de no pagar* esos mismos intereses compensatorios.

Puesto que la aplicación del artículo 1756 CC exige un contrato de mutuo *gratuito*, un contrato *sin obligación*, a cargo del mutuataro, de pagar intereses compensatorios, nos hallamos en el ámbito de aplicación de dicha norma, *tanto* cuando el contrato de mutuo está *desprovisto* de *todo pacto* inequívoco (expreso o tácito) *de pagar intereses compensatorios* –porque, entonces, legalmente, *ex artículo 1755 CC a contrario*, nos hallamos, desde luego, ante un contrato de mutuo gratuito, en el que el mutuataro no está obligado a pagar intereses compensatorios–; *como* cuando la *gratuidad* del contrato de mutuo está *pactada inequívocamente* (en forma expresa o tácita) –porque, también en este otro caso, ahora conforme a la voluntad contractual inequívoca de sus partes, nos hallamos ante un contrato de mutuo gratuito, en el que el mutuataro no está obligado a pagar intereses compensatorios–.

El pacto inequívoco (expreso o tácito) de gratuidad del mutuo es, pues, perfectamente compatible con la aplicabilidad del artículo 1756 CC, precisamente porque determina la gratuidad del contrato de mutuo al que se adjunta, la inexistencia, en él, de obligación, para el mutuataro, de pagar intereses compensatorios. Tal pacto, en suma, no impide que nos sigamos hallando ante el caso que el artículo 1756 CC contempla: un contrato de mutuo desprovisto de pacto inequívoco de pagar intereses compensatorios.

Conforme al artículo 1756 CC, los intereses compensatorios pagados por el mutuataro *solvens* son *indebidos* (intereses que dicho mutuataro *no* está obligado a pagar), y tan indebidos son los intereses pagados cuando en el contrato de mutuo falta todo pacto de intereses compensatorios, como los pagados existiendo un pacto inequívoco de gratuidad. En uno y otro caso, la concurrencia de los restantes requisitos del artículo 1756 CC hará, pese al carácter indebido del pago realizado, a éste irrepetible. O sea, la presencia de todos los requisitos de la norma aparejará su específico efecto.

Es coherente que quienes pretenden explicar el efecto del artículo 1756 CC sobre la base de una voluntad contractual (de

mutuante y mutuatario), tácita o presunta, de pagar intereses compensatorios, rechacen la aplicación del precepto allí y cuando exista una voluntad contractual inequívoca –particularmente, si es *expresa*– de gratuidad, de no pagar intereses compensatorios⁵⁸. Voluntad contractual inequívoca –en especial, insisto, la *expresa*– que impediría indagar otra, tácita o presunta, contraria.

Lo anterior, digo, es coherente. Pero no deja de ser equivocado, y en la misma medida en que lo es la premisa de que se parte. El efecto del artículo 1756 CC *no* se apoya en una pretendida voluntad contractual, tácita o presunta, de pagar intereses compensatorios, sino que, al contrario, la ley lo produce, únicamente, en los casos en que *falte* una voluntad contractual inequívoca de pagar intereses compensatorios.

c) Aunque, como queda ya dicho y repetido, el ámbito propio de aplicación del artículo 1756 CC es el contrato de mutuo gratuito, cabe, también, sostener, en conformidad con la *ratio* de la norma (y no ya con su estricto tenor literal), una limitada aplicabilidad de la misma en el ámbito del *contrato de mutuo oneroso*.

Me refiero, únicamente, al *contrato de mutuo oneroso de favor*, en el que, si bien se han pactado intereses compensatorios, ello se ha hecho en cuantía sensiblemente inferior a la que sería normal en el mercado para las mismas circunstancias del contrato de que se trate, y sin que esa rebaja del tipo de interés esté equilibrada por otras ventajas o compensaciones, económicamente valiosas, hechas, como contrapartida, al mutuante: o sea, sin otra razón para hacerla que el trato de favor al mutuatario.

En tales circunstancias, me parece que una interpretación finalista –conforme a su *ratio* (hay, en sustancia, un contrato de mutuo parcialmente gratuito, que consiente, por tanto, la aplicación del artículo 1756 CC en la parte, en la medida cuantitativa, en que la gratuidad existe)– y actualizadora (adecuándolo más a las circunstancias actuales del tráfico) del artículo 1756 CC, conduce a hacer irrepetible (e inimputable al principal) lo que el mutuatario, libremente y con plena conciencia de su carácter indebido –o sea, como se verá después, en las mismas condiciones que exige siempre el artículo 1756 CC–, pague, en concepto de intereses compensatorios, por encima de la (insuficiente, privilegiada) remuneración pactada.

⁵⁸ En concreto, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1996 (5.^a ed.), pp. 70-71, que explica el artículo 1756 CC sobre la base de una presunción legal de un pacto de intereses compensatorios entre mutuante y mutuatario, excluye la aplicación de dicha norma, de existir en el contrato de mutuo un *pacto expreso de gratuidad*. Y, por tanto, según este autor, el mutuatario que, en tal circunstancia, paga intereses compensatorios, nunca debe encontrar en el artículo 1756 CC un obstáculo legal para la recuperación de los intereses indebidos pagados.

Que esta interpretación extensiva sea conforme con la *ratio* del precepto, puede comprobarse en lo que expresamente disponía (en términos aún más amplios que los aquí auspiciados) una norma equivalente de nuestro artículo 1756 CC: el artículo 1830 del Código civil italiano de 1865⁵⁹.

Obsérvese que, del modo dicho, aumentan algo las, en cualquier caso muy limitadas, posibilidades de aplicación del artículo 1756 CC en el tráfico actual –donde el mutuo gratuito es muy raro, pero el mutuo oneroso de favor no tanto–.

2) El artículo 1756 CC exige, también, clara, literalmente, como elemento de su supuesto de hecho, un *pago*; o sea, una *entrega efectiva* de intereses compensatorios por el mutuatario al mutuante; y es respecto de ella que sanciona el efecto (consecuencia jurídica) de la irrepetibilidad e inimputabilidad al principal, efecto que, obviamente, no cabe respecto de un mero ofrecimiento de entrega que haya realizado el mutuatario sin llegar a consumar ésta.

i) Evidentemente, para que haya cualquier entrega efectiva, no basta con la iniciativa del sujeto *dans*, es precisa, además, la colaboración receptiva del *accipiens*.

También a propósito del artículo 1756 CC, para que el pago, la entrega efectiva del mutuatario *solvens* pueda consumarse, se necesita que dicha entrega sea *aceptada*, expresa o tácitamente, por parte del mutuante *accipiens* (o de quien esté, de algún modo, legitimado para actuar en su nombre).

Precisamente por tratarse de un pago de intereses compensatorios no debidos/no pactados, el mutuante *accipiens* es completamente libre en cuanto a su aceptación/no se le puede imponer su recepción: puede, si quiere, *rechazar legítimamente* la entrega de los mismos intentada/ofrecida por el mutuatario. Aunque, desde luego, por razones evidentes, será mucho más fácil encontrar mutuantes dispuestos a aceptar el pago indebido (ofrecido, como se verá después, por el mutuatario *solvens*, espontánea/libremente y con plena conciencia de su carácter indebido) que a rechazarlo.

ii) Si hay un mero ofrecimiento de pago de intereses compensatorios no pactados, y tal ofrecimiento del mutuatario es *rechazado* por el mutuante, es claro que dichos intereses siguen siendo indebidos *ex artículo 1755 CC* (respecto de ellos *no* hay pacto inequívoco, entre mutuante y mutuatario, ni inicial ni sobrevenido, de pagarlos), y que tampoco cabrá aplicar el artículo 1756 CC, preci-

⁵⁹ *Vid. retro, nota 32.*

samente porque esta otra norma exige el pago, la entrega efectiva de los intereses compensatorios indebidos/no pactados.

iii) Si hay un pago, entrega efectiva –en virtud del ofrecimiento del mutuatario *solvens* seguido de la indispensable conformidad del mutuante *acciens*– de intereses compensatorios no debidos/no pactados, ya está dicho que estamos en el ámbito de aplicación del artículo 1756 CC. Pero si el mutuatario en vez de limitarse a ofrecer *un pago*, lo que (*inequívocamente*) ofrece es *quedar obligado a pagar intereses compensatorios* (hasta la extinción del contrato de mutuo), y es este otro ofrecimiento el que resulta (*inequívocamente*) aceptado por el mutuante, ahora, en virtud de, y desde, este acuerdo sobrevenido –sobrevenido al contrato de mutuo– entre mutuante y mutuatario, y *conforme al artículo 1755 CC*, los intereses compensatorios son *debidos ex pacto (inequívoco) sucesivo*, y, precisamente por eso, nos hallamos –*aunque esos intereses compensatorios (debidos) se paguen, entreguen efectivamente al mutuante*– fuera del ámbito de aplicación del artículo 1756 CC, pues, como sabemos, esta última norma exige la falta de todo pacto (inequívoco), inicial o sucesivo, de intereses compensatorios, el carácter *indebido* de los intereses compensatorios efectivamente pagados por el mutuatario al mutuante. Ya se ha dicho que los respectivos ámbitos de aplicación de los artículos 1755 y 1756 CC son recíprocamente excluyentes: los intereses compensatorios debidos *ex artículo 1755 CC* nunca pueden ser los pagados *ex artículo 1756 CC*; y, viceversa, los intereses compensatorios que se pagan *ex artículo 1756 CC* nunca pueden ser los debidos *ex artículo 1755 CC*.

iv) Como ya anticipé [retro, en el texto que concuerda con la nota 14], el artículo 1756 CC *no exige*, en absoluto, para su aplicación, un pago reiterado, por el mutuatario, de los intereses compensatorios no pactados.

Es, pues, norma perfectamente aplicable a un pago *aislado, no repetido en el tiempo*, siempre que se den todas las condiciones previstas en la norma, entre las cuales, insisto, no figura la reiteración del pago por el mutuatario *solvens*.

Ni figura, ni tiene por qué figurar, pues, desde que el artículo 1756 CC exige la *falta de todo pacto inequívoco*, inicial o sucesivo, *expreso o tácito*, de pagar intereses compensatorios –si lo hubiera, estaríamos, en cambio, en el ámbito de aplicación del artículo 1755 CC: intereses compensatorios *debidos*, en tanto que *pactados (inequívocamente)*, cuya irrepetibilidad, una vez pagados, deriva, precisamente, (no del art. 1756 CC, sino) de la obligación que existía de pagarlos–, es completamente imposible, además de equivocado, justificar el efecto del artículo 1756 CC en un sobre-

venido *acuerdo tácito* (entre mutuante y mutuatario) de pagar intereses compensatorios; y solamente sobre la base de ese (equivocado) fundamento, puede exigirse, en orden a aplicar el artículo 1756 CC, reiteración, por el mutuatario *solvens*, del pago de los intereses compensatorios no (anteriormente) pactados.

3) Está implícito en el artículo 1756 CC –y es, además, conforme con sus antecedentes históricos remotos, según vimos *retro*, sub III., A.1) y A.3)– que el pago del mutuatario, a que dicha norma se refiere, lo realice éste de forma *voluntaria, libre, espontánea*⁶⁰; y es, asimismo, exigencia implícita del precepto que el mutuatario *solvens* haga tal pago *con plena conciencia de su carácter indebido* (sabiendo que los intereses compensatorios que voluntariamente paga *no* está obligado a pagarlos, no están pactados con el mutuante *accipiens*).

Exigencias, ambas, implícitas en el hecho, contemplado por el artículo 1756 CC, de haber el mutuatario *solvens* querido –por su libre iniciativa, pues–, pagando, compensar económicamente: retribuyéndole *en concepto de intereses*, a su mutuante, dentro de un contrato de mutuo *gratuito* –de cuya reglamentación no resultaba obligación alguna, para el mutuatario, de compensar económicamente al mutuante por la financiación recibida; reglamentación contractual que, como parte contratante, en la situación más normal y frecuente, es, obviamente, conocida por el mutuatario *solvens*–.

Por tanto, es suficiente para *excluir* la aplicabilidad del artículo 1756 CC –y, con ella, la irrepetibilidad del pago indebido realizado por el mutuatario *solvens* (o la inimputabilidad de su importe al del principal pendiente de restitución)–:

i) Que el pago de los intereses compensatorios no pactados haya sido realizado por el mutuatario a causa de cualquier género de *violencia* o *coacción*, física o psíquica (amenazas). Y a los efectos de excluir la aplicación del artículo 1756 CC, lo mismo da que el autor de la coerción sobre el mutuatario *solvens* sea el mutuante *accipiens* que un tercero. Pues es la perspectiva de la libertad/espontaneidad del mutuatario la única que interesa en dicho artículo: todo lo que la elimina, sea cual sea su proveniencia, excluye la aplicabilidad del precepto, precisamente porque éste exige, presupone esa libertad/espontaneidad en el pago.

ii) Que ese mismo pago haya sido realizado por efecto del *engaño* a que, con maquinaciones dolosas, fraudulentas, de mala fe

⁶⁰ *Vid. AUBRY/RAU, op. cit.*, p. 106, nota 6; DERRIDA, voz cit., núm. 15; HUET, *op. cit.*, p. 892; ROGRON, citado y transcritto *retro*, en el texto que concuerda con la nota 51.

(activas u omisivas), se ha visto sometido el mutuatario *solvens*. Y puesto que, desde la perspectiva del artículo 1756 CC, lo único decisivo sigue siendo que haya libertad/espontaneidad/voluntariedad en el pago indebido del mutuatario *solvens*, y, por eso mismo, si no la hay, ello es suficiente para hacer inaplicable el precepto, cualquiera que sea la causa que produzca tal efecto; también aquí, es completamente irrelevante que el engaño productor del pago (no espontáneo, no libre) sea imputable al mutuante *accipiens* o a un tercero⁶¹.

iii) Es inaplicable, asimismo, el artículo 1756 CC en todo otro supuesto en que no pueda hablarse de un pago voluntario/libre/espontáneo de intereses compensatorios no pactados por parte del mutuatario. Por ejemplo, y típicamente, cuando una entidad bancaria prestamista, *de forma unilateral* (por su sola iniciativa, y no por orden o con autorización del cliente) carga en la cuenta corriente bancaria de su cliente prestatario, el importe de los intereses compensatorios no pactados/no debidos⁶².

iv) Excluye, también, la aplicabilidad del artículo 1756 CC, un pago de intereses compensatorios no pactados que el mutuatario *solvens* haga por causa de *error* suyo: ignorando su carácter indebido/no pactado, creyendo, equivocadamente, que se debían/estaban pactados⁶³. Y precisamente porque el error del mutuatario *solvens* hace inaplicable al artículo 1756 CC, en tal caso lo indebidamente pagado por error es repetible conforme a los principios generales.

El artículo 1756 CC penaliza el arrepentimiento sucesivo de quien, mutuatario *solvens*, espontáneamente pagó *sabedor* de que no debía –dando a su mutuante una compensación económica que, a pesar de no estar pactada/no ser debida, a la ley le parece justa, y, por eso, la declara justificada, irrepetible, en determinadas condiciones–; pero no penaliza –no enerva la aplicación de los principios generales en cuanto al pago de lo indebido– a quien, mutuatario *solvens*, pagó lo indebido *creyendo erróneamente* que debía.

4) Por último, y tal como indica expresamente el artículo 1756 CC, el pago a que dicha norma se refiere, debe realizarse, por el mutuatario *solvens*, precisamente *en concepto o a título de intereses* (compensatorios), y no en concepto o a título distinto⁶⁴. O sea,

⁶¹ En concreto, a favor, también, de que el dolo o el fraude del mutuante *accipiens* excluye la aplicabilidad del artículo 1756 CC (o de la norma francesa equivalente: art. 1906 CC fr.): DERRIDA, voz cit., núm. 16; FÉRNANDEZ-ARIAS/FÉRNANDEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 299.

⁶² *Vid.*, en igual sentido, para el Derecho francés (art. 1906 CC fr.), HUET, *op. cit.*, p. 892.

⁶³ *Vid.*, para el Derecho francés (art. 1906 CC fr.), AUBRY/RAU, *op. cit.*, p. 106 y nota 6.

⁶⁴ *Vid.* DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1756, pp. 1632-1633; PRATS, *op. cit.*, pp. 133, 150, y 154.

como retribución o remuneración, al mutuante *accipiens*, del préstamo recibido (de la apropiación del capital prestado).

Pese a ello, el pago de intereses compensatorios *ex artículo 1756 CC* no es incompatible/contradictorio con el *carácter gratuito* –ausencia en él de todo pacto inequívoco de intereses compensatorios y, por tanto, de obligación, a cargo del mutuatario, de pagarlos– del contrato de mutuo en cuya ejecución se produce. Pues ya se ha aclarado que dicho pago se hace como *indebido*, y el artículo 1756 CC consiente retenerlo al mutuante *accipiens*/impide repetirlo al mutuatario *solvens*, no porque se deba lo entregado –en el contrato de mutuo de *quo*, insisto, no hay obligación de pagar los intereses compensatorios pagados, por no estar (inequívocamente) pactados–, sino *a pesar* de que *no* se debe: por una justificación específica, *ad hoc*, dispuesta por la ley (en el propio artículo 1756 CC).

Lo que hace que el pago/la entrega efectiva del mutuatario *solvens* deba entenderse en concepto o a título de intereses (compensatorios) es, naturalmente, la voluntad en tal sentido, expresa o tácita, con que dicho sujeto lo realiza.

Voluntad que existirá⁶⁵, bien porque al efectuar la entrega y para justificarla se emplea, por el mutuatario *solvens*, la palabra «intereses» u otra de significado equivalente (réditos, frutos/frutos civiles, rentas, retribución, remuneración, compensación), bien porque la conducta (también la omisiva, también la posterior al pago) del mutuatario *solvens* la revele de modo concluyente –por ejemplo⁶⁶, simultáneamente con su ejecución o una vez hecho el pago, el mutuatario *solvens* declara o da a entender que sigue debiendo la *totalidad* del capital o principal prestado pendiente de restitución al tiempo de tal pago: *sin* descontar el importe de lo pagado. Lo que necesariamente implica (no puede entenderse de otro modo) que el pago se hizo a título de intereses compensatorios–.

Puesto que, por hipótesis, los intereses compensatorios pagados por el mutuatario *ex artículo 1756 CC* no estaban pactados en el contrato de mutuo, es el propio mutuatario *solvens* quien determina *unilateralmente* su cuantía. En el (por obvios motivos) rarísimo caso de que la retribución fijada unilateralmente por el prestatario resulte *exorbitante* en su perjuicio –comparada con la que sería *normal* en el tráfico para un contrato de mutuo celebrado en las mismas circunstancias del caso–, parece posible obtener, a instancia del prestatario *solvens*, una reducción judicial de la misma, con la consiguiente restitución parcial (del exceso) a cargo del mutuante

⁶⁵ *Vid. DE ÁNGEL, op. cit., sub art. 1756, pp. 1632-1633.*

⁶⁶ *Vid. DE ÁNGEL. ibídem.*

accipiens (o con la consiguiente imputación parcial –de ese mismo exceso– al capital pendiente de restitución).

Dado que el artículo 1756 CC exige una atribución patrimonial hecha al mutuante en concepto de *intereses compensatorios*, como *remuneración* de la financiación de él recibida, es norma que resulta inaplicable allí y cuando sea una *donación* lo que el mutuatario realiza a su mutuante. Entonces, ciertamente, lo entregado al mutuante *accipiens* es, también, irrepetible, pero no por efecto del artículo 1756 CC, sino *ex causa donationis*⁶⁷. Esa atribución patrimonial sigue estando justificada, no carece de fundamento causal –por eso, no se puede repetir–, pero cambia su causa justificativa o fundamento causal: ya no la ley *ex artículo 1756 CC*, sino un contrato de donación (entre las mismas partes del anterior contrato de mutuo).

Y si bien en cuanto al efecto de la irrepetibilidad de lo entregado al mutuante el resultado, sea por la aplicación del artículo 1756 CC, sea por haber donación, es siempre el mismo; que la causa o el fundamento de esa atribución patrimonial sea uno u otro, no es, en cambio, indiferente a otros efectos: donde haya donación rigen las exigencias formales propias de ésta (en su caso, por la naturaleza mobiliaria de lo entregado, las que establece el artículo 632 CC, de facilísimo cumplimiento tratándose de donación manual); así como deberán observarse las condiciones de capacidad y legitimación dispositiva exigidas (al donante) para donar; o son aplicables los mecanismos específicos de protección de los acreedores y legitimarios del donante.

Nada impide, desde luego, al mutuatario que no está obligado, por el contrato de mutuo, a pagar intereses compensatorios, donar (y hacerlo manualmente, *ex artículo 632 CC*) a su mutuante. Y, entonces, como queda dicho, la atribución patrimonial hecha gratuitamente al mutuante, tendrá en el contrato de donación su justificación/fundamento causal, y será, por eso mismo, irrepetible. Pero, puesto que también se ha dicho que basta que haya donación del mutuatario para que el artículo 1756 CC resulte inaplicable (porque donde hay donación no hay remuneración a título de intereses compensatorios), la conclusión, evidente, es que el artículo 1756 CC únicamente es aplicable allí donde *ni* exista obligación contractual de pagar intereses compensatorios en el contrato de mutuo *ex artículo 1755 CC*, *ni*, tampoco, exista atribución patrimonial gratuita, en concepto de donación, por parte del mutuatario. Lo

⁶⁷ *Vid. LAURENT, op. cit., pp. 544-545; MANRESA, op. cit., sub art. 1756, p. 891; LACRUZ, «Las obligaciones naturales» cit., p. 9.*

que es perfectamente lógico y coherente: el artículo 1756 CC como causa (legal) distinta, específica, de justificación de la atribución patrimonial hecha al mutuante, sólo tiene sentido (y, consecuentemente, posibilidades de ser aplicada), allí donde esa atribución patrimonial carezca de una fundamentación o justificación jurídica diferente.

Si el mutuatario hiciera a su mutuante una donación –cuyo *objeto*, no hay que decirlo, no tiene por qué ser del mismo género que el capital objeto del mutuo: he aquí otra importante diferencia derivada del hecho de no ser un pago de intereses compensatorios–, *por causa del préstamo recibido sin interés/gratuitamente*, nos hallaríamos no solamente en el ámbito del contrato de donación, sino, más en concreto, ante una *donación remuneratoria* (del beneficio económico recibido del mutuante/donatario), con todas las consecuencias específicas que derivan de esa calificación –en orden, por ejemplo, a la (limitada) protección frente a los acreedores del donante, o a la (limitada) aplicabilidad del saneamiento–.

Dándose todos los requisitos vistos que exige el artículo 1756 CC, se produce el *efecto jurídico* predispuesto por tal norma para su supuesto de hecho: la legítima retención o irrepetibilidad de lo pagado (*soluti retentio*), la justificación legal de la entrega pese a su carácter indebido.

O sea⁶⁸, la ley dispone que el mutuante *accipiens* haga legítimamente suyos (y, por eso, no se le puede constreñir a que los restituya, ni, tampoco, descontar su importe del principal pendiente de restitución al tiempo en que se pagaron) los intereses compensatorios que el mutuatario *solvens* satisfizo sin estar pactados/sin ser debidos; o, lo que es lo mismo, el mutuatario *solvens* carece de acción para reclamar (del mutuante *accipiens*) la restitución de lo pagado en tal concepto, aun no estando pactado/no siendo debido.

Negativamente, el efecto del artículo 1756 CC es, pues, *impedir (legalmente)* toda reclamación restitutoria del mutuatario *solvens* que, nacida de un arrepentimiento suyo posterior al pago voluntario/espontáneo realizado, se apoye en el (innegable) carácter indebido/no pactado de los intereses compensatorios por él pagados a su mutuante. Y, así, se le niega tanto la *restitución directa* de la cantidad pagada en ese concepto; como descontar del importe de la obligación restitutoria afectante al capital prestado (o a la parte de él que esté pendiente de restitución en el momento en que los intereses indebidos se pagaron) la cuantía de los intereses compensato-

⁶⁸ Comp. PRATS, *op. cit.*, p. 131.

rios pagados y no debidos —que sería, evidentemente, una *manera indirecta de recuperar* el importe de lo indebidamente pagado—.

Ahora bien, ese *efecto negativo* del artículo 1756 CC es absolutamente inseparable (no es más que la otra cara) de su *efecto positivo*: si el mutuatario *solvens* no puede, ni directa ni indirectamente, recuperar lo indebidamente pagado al mutuante *accipiens*, es porque *la ley* declara *justificada*, con *fundamento causal* suficiente (*legal*: el propio artículo 1756 CC) esa atribución patrimonial, aunque no debida, hecha al mutuante *accipiens*.

Conforme a su misma letra, al hacer irrepetible el pago indebido del mutuatario *solvens*, el artículo 1756 CC excluye, ciertamente, para el caso contemplado en su supuesto de hecho (en el que concurran todos sus requisitos), la aplicabilidad de las normas generales del pago de lo indebido. Pero ya queda dicho que no se limita a eso; excluye *toda posibilidad de reclamación* del mutuatario *solvens* en relación a los intereses compensatorios pagados y no debidos: también, por ejemplo, una acción de enriquecimiento sin causa. Y si el mutuatario *solvens* no puede reclamar (y el mutuante *accipiens* puede legítimamente retener) los intereses compensatorios pagados y no debidos/no pactados, *pese a no* existir, en absoluto, *obligación* de pagarlos (pese a haber un *indébito objetivo* en cuanto a ellos), y *pese a no* existir *donación* en cuanto a los mismos, es, necesariamente (cfr. art. 1901 CC), porque hay *otra causa justificativa*, distinta de la obligación/pacto de intereses y de la donación, que (*legalmente*) *justifica, fundamenta* la atribución patrimonial hecha al mutuante *en concepto de intereses compensatorios, e impide, consiguientemente, su restitución como realizada sin justa causa: el propio artículo 1756 CC*.

Puesto que el pago *ex artículo 1756 CC* no es una donación, ni, tampoco, una atribución patrimonial gratuita asimilable a ella —sino un pago de intereses compensatorios, satisfechos como remuneración, retribución del préstamo recibido—, no puede ser tratado como tal por los acreedores y legitimarios del mutuatario *solvens*. Siendo, por eso mismo, evidente que la posición del mutuante *accipiens* nunca podría ser peor —argumento *a fortiori*— que la del donatario de una donación remuneratoria⁶⁹.

⁶⁹ Con ese mismo argumento *a fortiori*, sostuvo LACRUZ («Las obligaciones naturales» cit., p. 25), para todas las obligaciones naturales, la sustracción de su «cumplimiento» a los mecanismos de control, en interés de los acreedores del donante, propios de las donaciones.

Pero obsérvese que la validez del argumento respecto del artículo 1756 no pasa, necesariamente, por la consideración de esta norma como supuesto de obligación natural: basta con comprobar que se trata de una causa legal justificativa de una atribución patrimonial distinta de la donación y tampoco asimilable a ésta.

Finalmente, merece la pena señalar, que el efecto legal del artículo 1756 CC es un efecto disponible por la voluntad de los particulares. Esto es, que resulta admisible⁷⁰ el *pacto en contrario* por el que, dentro del contrato de mutuo, se acuerde que el pago voluntario/espontáneo, por el mutuatario, de intereses compensatorios no pactados/no debidos, no produzca el efecto previsto en la norma –y, por tanto, sí pueda ser repetido, o descontado del importe del principal pendiente de restitución–. La validez de tal pacto resulta del propio interés (meramente privado, disponible) que la norma, cuya aplicación se excluye, protege –la remuneración del mutuante a título gratuito, pese a no serle debida–. El pacto en cuestión es, pues, no tratándose de norma imperativa, plenamente conforme con los límites generales de la autonomía de la voluntad (arts. 1255, 6-2 y 6-3 CC). Recuérdese, por otra parte, que, incluso sin mediar tal pacto, el mutuante podría rechazar, legítimamente, el ofrecimiento de pago de intereses compensatorios no pactados que le haga su mutuatario.

IV. CÓMO QUEDA ESTABLECIDA LA RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 1755 Y 1756 CC, A LA LUZ DE TODO LO PREVIAMENTE EXPUESTO

A la vista de todo lo que antecede, resultaba muy fácil prever mi conclusión acerca de la debatida cuestión, de en qué términos debe establecerse la correcta relación aplicativa entre artículo 1756 y artículo 1755 CC.

En mi opinión, en contra de lo que con cierta frecuencia se dice⁷¹, *no hay contradicción alguna entre ambas normas*.

Mientras que el artículo 1755 señala en qué condiciones los intereses compensatorios son *debidos* (contractualmente) por el mutuatario: sólo cuando se pactan inequívocamente, sea en forma expresa o tácita.

En cambio, el artículo 1756 establece cuándo, a pesar de haberse pagado, por el mutuatario, intereses compensatorios que,

⁷⁰ Así, para el Derecho francés (art. 1906 CC fr.), DERRIDA, voz cit., núm. 15 (y allí, cita de jurisprudencia francesa en tal sentido).

⁷¹ *Vid. p. ej.*, MANRESA, *op. cit.*, *sub art.* 1756, pp. 889-890 («confrontados éste [art. 1756] y el anterior [art. 1755], descúbrese la contradicción entre ellos»); DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II, p. 401 («...dispone el artículo 1756... la contradicción formal con el artículo 1755 es patente»); PRATS, *op. cit.*, p. 132 («parece que los contenidos de los artículos 1755 y 1756 resultan antinómicos»).

conforme al artículo 1755, *no son* (contractualmente) *debidos* –por *no* haberse pactado inequívocamente, ni expresa ni tácitamente–, el mutuatario *solvens* no puede (ni directa, ni indirectamente) recuperarlos –y, por tanto, el mutuante *accipiens* puede, legítimamente, hacerlos suyos–.

Se trata, pues, de dos normas que no chocan entre sí: cada una de ellas tiene su propio y distinto ámbito de aplicación –el artículo 1755 CC se refiere al contrato de mutuo *con* pacto inequívoco (expreso o tácito, inicial o sobrevenido) de intereses compensatorios; el artículo 1756 al contrato de mutuo *sin* pacto (inequívoco) de intereses compensatorios, ni expreso ni tácito, ni inicial ni sobrevenido–; y es con referencia a su respectivo y distinto supuesto de hecho, que cada una de las dos normas establece un efecto jurídico también diferente –el artículo 1755 CC la *obligación*, a cargo del mutuatario, de pagar los intereses compensatorios pactados, y de hacerlo desde la fecha de eficacia del pacto de intereses (inicial o sobrevenido) hasta la extinción del contrato de mutuo; el artículo 1756 CC la legítima retención/irrepetibilidad de los intereses compensatorios pagados por el mutuatario *solvens*, a pesar (por *no* estar pactados en las condiciones exigidas por el artículo 1755 CC) de *no existir obligación* de pagarlos a cargo de dicho mutuatario–.

En particular, es completamente falso, según se ve, que el artículo 1756 señale unas *condiciones para el nacimiento*, a cargo del mutuatario, *de la obligación de pagar intereses compensatorios, distintas, no coincidentes* con las que, a ese mismo propósito, señala el artículo 1755, y, por tanto, necesariamente *en contradicción* con esta otra norma, que claramente dice que dicha obligación *únicamente* nace en las condiciones por ella misma señaladas. Pues, insisto, el artículo 1756 no dice cuándo debe intereses compensatorios el mutuatario, sino cuándo, habiendo pagado intereses compensatorios indebidos, no puede, sin embargo, recuperarlos.

El esfuerzo, de gran parte de nuestra doctrina, por justificar el efecto del artículo 1756 CC en un *pacto* (entre mutuante y mutuatario) de intereses compensatorios, y, por tanto, en una *deuda/obligación de pagarlos*, a cargo del mutuatario *solvens*, es tanto *contrario a la ley* –se pretende convertir en pactado/debido lo que el artículo 1756 dice textualmente que no lo es–, como completamente *innecesario* a efectos de dotar de coherencia/sentido al precepto: porque en el artículo 1756 CC *la ley* justifica la entrega/atribución patrimonial hecha al mutuante *accipiens*, *pese* al carácter indebido/no pactado de los intereses compensatorios pagados por el mutuatario *solvens*, y *no* por su carácter debido/pactado.

Respecto de los intereses compensatorios que, *ex artículo 1755 CC*, sean *debidos* (contractualmente), por haber sido (inequívocamente) *pactados* entre mutuante y mutuatario, expresa o tácitamente, inicial o sucesivamente, no hay, desde luego, duda alguna: es el pacto de intereses y la obligación de pagarlos de él derivada la justa causa, el fundamento de su atribución, cuando le son pagados, al mutuante *accipiens*.

Precisamente por eso, si, contraviniendo su expreso dictado, referimos, también, el artículo 1756 CC al pago de intereses compensatorios que han sido inequívocamente pactados (expresa o tácitamente, inicial o sobrevenidamente) entre mutuante y mutuatario, y que, por eso mismo, eran *debidos* por el mutuatario *solvens* al tiempo de pagarlos, así no sólo vulneramos el claro dictado de la norma, sino que la convertimos en *precepto redundante* con el artículo 1755 CC –que contempla el mismo supuesto de esta otra norma y que repite, respecto de él, el mismo efecto jurídico que ya se establece en ella–, y, en consecuencia, *completamente inútil*.

Lo único que da sentido, autonomía y vida propia al artículo 1756 CC es justificar (legalmente) un pago de intereses compensatorios que no esté ya justificado *ex artículo 1755 CC*: *ex obligación contractual/pacto de pagarlos*.

Y que el artículo 1756 CC haya podido sancionar la legítima retención/irrepetibilidad de algo pagado y no debido, se entiende perfectamente desde que resulta innegable, tanto que *i*) esa legítima retención/irrepetibilidad es un efecto jurídico que, como cualquier otro, puede ser libremente establecido por la ley en los supuestos en los que quiera producirlo; como que *ii*) la obligación, la deuda no es, manifiestamente, la única posible causa justificativa o fundamento de una atribución patrimonial, según se ve, por otra parte meridianamente, en el artículo 1901 CC.

En consecuencia, la justificación (y consiguiente irrepetibilidad) de la atribución patrimonial hecha por un sujeto (*solvens, tradens*) a otro (*accipiens*), es un efecto jurídico que el Derecho (la ley) *no* hace, *necesariamente*, depender de la existencia (preeexistencia) de un vínculo obligatorio entre ambos: de la obligación a cargo del sujeto atribuyente (*solvens, tradens*) de realizar la atribución patrimonial efectivamente realizada (obligación, obviamente, previa, anterior al momento de su cumplimiento, a aquél en que la atribución patrimonial *debida* se realiza). Y ello es particularmente evidente allí donde, como en el caso del artículo 1756 CC (o en el del artículo 1901 CC), la propia ley nos dice que no hay, en el sujeto *solvens/tradens*, obligación alguna de efectuar la atribución patrimonial efectivamente realizada al sujeto *accipiens*.

O sea, la ley puede, perfectamente, justificar una atribución patrimonial que el sujeto *tradens/solvens* no está (previamente) obligado a realizar.

Donde hay (previa) obligación de realizar una atribución patrimonial, la obligación, ciertamente, actúa como causa justificativa, fundamento de la misma –del desplazamiento patrimonial producido al pagarse lo debido–; pero donde *no* hay obligación de realizar la atribución patrimonial efectuada (obligación previa a la consumación de esta última), puede existir *otra distinta* causa justificativa o fundamento de la misma reconocida por la ley, compatible, por eso mismo, con el carácter no debido de lo atribuido.

El problema de la obligación previa (su existencia, o no, a cargo del sujeto *solvens/tradens*) y el de la justa causa de la atribución patrimonial (su existencia o no) son perfectamente separables: donde hay obligación previa ésa es, evidentemente, la justa causa de lo que se atribuye patrimonialmente en su cumplimiento; pero no toda atribución patrimonial que la ley declara justificada (y que, por eso mismo, es irrepetible) responde a una previa obligación de realizarla: la ley (como se ve, insisto, en los artículos 1901 y 1756 CC) puede, también, declarar justificada una atribución patrimonial no debida.

Y esto es, precisamente, como vengo repitiendo, lo que hace el artículo 1756 CC. Esta norma declara *justificada (legalmente)* la atribución patrimonial hecha (por el mutuatario *solvens* al mutuante *accipiens*) en virtud de un pago *indebido*: justificada *pese a no existir obligación de realizarla*.

La irrepetibilidad *ex artículo 1756 CC* se funda, pues, en la *justificación legal* (por el propio artículo 1756) de la atribución patrimonial hecha, por el mutuatario *solvens*, a título de intereses compensatorios, a pesar del carácter indebido de la misma, de la inexistencia de obligación, previa a la atribución efectuada, de realizarla. Y el precepto en cuestión deja igualmente claro tanto la justificación/irrepetibilidad de lo pagado por el mutuatario *solvens*, como –en combinación con el artículo 1755 CC, *a contrario*– que ese efecto no tiene que ver con la preexistencia de un pacto/una obligación de pagar intereses compensatorios.

El efecto del artículo 1756 CC, consiguientemente, no es convertir en debido por el mutuatario *solvens* lo que la propia norma (en combinación, repito, con el artículo 1755 *a contrario*) dice y presupone que *no* lo es; sino justificar legalmente (y hacer, por tanto, irrepetible) lo pagado aun no siendo debido. Dotar (legalmente) de justa causa, fundamento a una atribución patrimonial que, precisamente por su carácter indebido, no puede encontrarlos en la existencia de una obligación previa de efectuarla.

Contrariamente a lo que vengo sosteniendo, buena parte de nuestra doctrina, a la hora de interpretar/aplicar el artículo 1756 CC, lejos de distinguir, adecuadamente, los planos de la obligación (*previa*) y de la justa causa de la atribución patrimonial, los confunde. Y fruto de esa indebida confusión es la premisa –normalmente sólo implícita, no formulada expresamente, pero, a veces, incluso, explícitada⁷²–, premisa, como se ha visto, completamente *falsa*, de que *toda* atribución patrimonial efectuada (y, por tanto, *también* la que hace el mutuatario *solvens* ex artículo 1756 CC) únicamente puede estar jurídicamente justificada si existe una (*previa*) *obligación de realizarla* (a cargo del sujeto *solvens/tradens*), lo que lógicamente, a su vez, conduce *–abiertamente en contra* de lo dispuesto por el artículo 1901 CC – a que *ningún* pago indebido pueda quedar exento de su repetibilidad.

Razonando así (equivocadamente), si los intereses compensatorios pagados por el mutuatario *solvens* ex artículo 1756 CC son irrepetibles conforme a dicho precepto, ello *sólo* puede obedecer a que los intereses pagados eran (*previamente*) *debidos* según esa misma norma.

Por efecto de esa equivocada *preconcepción*, pues, la exégesis del artículo 1756 CC se afronta desde el *pie forzado* de *crear* en el precepto, *artificialmente*, en contradicción abierta con él, una (*previa*) obligación, a cargo del mutuatario *solvens*, de pagar intereses compensatorios –intereses compensatorios, en cambio, respecto de los cuales la ley (arts. 1756, y 1755 *a contrario*) dice, claramente, que, por no pactados (inequívocamente), no hay obligación de pagarlos, no son debidos⁷³.

La manera en que opera esa interpretación doctrinal *desvirtuadora, desfiguradora* del artículo 1756 CC, es explicar su efecto

⁷² *Vid.* PRATS, *op. cit.*, p. 132 («... condición necesaria para que una atribución patrimonial sea calificada por el ordenamiento jurídico como justamente realizada, es que haya de ser cumplimiento de un deber jurídico, emanado de una obligación preexistente»).

⁷³ Responden a esa orientación, que yo considero equivocada, por ejemplo, los siguientes autores: MANRESA, *op. cit.*, sub art. 1756, p. 890 («al declarar la ley [el artículo 1756 CC] que el prestatario no puede repetir los intereses que ha pagado sin previa estipulación, implícitamente decide que ha pagado *lo* [por él] *debido*... dedúcese de aquí la consecuencia que siendo *debidos* los intereses [pagados], lógico es no pueda el prestatario ni reclamarlos, ni imputarlos al capital, siendo ésta la justificación del artículo 1756»); DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos* cit., p. 70 («[art. 1756 CC] que, en el fondo, viene a decir que los intereses *se deben* también cuando, aun sin pacto expreso, el *deudor* [mutuatario] los *paga*»); PRATS, *op. cit.*, p. 133 («en ella [la norma del artículo 1756 CC] la entrega [por el mutuatario *solvens* de los intereses a que se refiere dicha norma] se considera *debida*... de este modo [en el artículo 1756 CC] nació y se extinguía la *deuda* de intereses. El cobro recibido por el mutuante resultaría *debido* y, en consecuencia, irrepetible»), p. 150 («el artículo 1756 CC presume *iuris et de iure* que no hubo error, que tal pago solucionó una *deuda* que existió y que, consiguientemente, es irrepetible... [los intereses pagados ex art. 1756 CC] siempre se considerarán *debidos*... y, en consecuencia, su entrega irrepetible»), p. 153

desde la existencia de un *pacto (inequívoco) de intereses compensatorios*, entre mutuatario *solvens* y mutuante *accipiens*: bien un *pacto tácito* (inicial o sobrevenido al contrato de mutuo) demostrado por el pago del mutuatario *solvens*, bien un *pacto sobrevenido* al contrato de mutuo, pacto *expreso o tácito*, concluido con ocasión del pago realizado por el mutuatario *solvens*⁷⁴. Pacto que, naturalmente, siempre crearía en el mutuatario la *obligación* (contractual) de pagar intereses compensatorios.

Por mi parte, ya he dicho que esta interpretación doctrinal del artículo 1756 CC convierte a tal norma en *inútil* (por redundante con el artículo 1755 CC), y, además, es completamente *contraria* a, *incompatible* con lo dispuesto en dicho precepto (el propio art. 1756 CC).

Contravención e incompatibilidad que se aprecia⁷⁵:

i) Tanto respecto del *supuesto de hecho* (y el ámbito de aplicación, por tanto) que el artículo 1756 CC claramente señala para su efecto jurídico, que es, únicamente, el contrato de mutuo *desprovisto de todo pacto* (inequívoco) de intereses compensatorios: expreso o tácito, inicial o sucesivo. Hay, pues [vid. *retro*, III. B, 1)], recíproca exclusión entre los respectivos ámbitos de aplicación del artículo 1756 CC y del artículo 1755 CC. Los intereses compensatorios pagados *ex artículo 1756 CC* son no pactados, no debidos por el mutuatario *solvens* (no pactados en las condiciones exigidas por el artículo 1755; no debidos conforme a este otro precepto).

ii) Como respecto del *efecto jurídico* que sanciona el artículo 1756 CC. Esta norma se limita a establecer la *legítima retención/irrepetibilidad* de los intereses compensatorios ya pagados por el mutuatario *solvens*, pero *no dice*, en absoluto, que el mutuatario *solvens* quede obligado a seguir pagándolos sucesivamente hasta el

(«cada una de las normas [art. 1755 y art. 1756 CC] hace referencia a un modo diverso de constitución de la *deuda* de intereses»), y p. 154 («así será bastante para entender [ex art. 1756 CC] que la *obligación* de pago existió y que los intereses recibidos por el prestatista [hay errata, dice prestatario] lo fueron en virtud de una *deuda* que se satisfizo con la entrega»); BLASCO, *op. cit.*, p. 75 («la norma del artículo 1756 CC se refiere a otras posibles y diversas formas de nacimiento de la *deuda* de intereses, entre ellas, sin duda, la forma tácita manifestada precisamente a través de su pago»).

⁷⁴ *Vid.*, en uno u otro sentido de los indicados en el texto, MANRESA, *op. cit.*, sub art. 1756, pp. 890-891 [autor que sigue muy de cerca lo sostenido por LAURENT (*op. cit.*, núm. 522, pp. 543-544) para el artículo 1906 CC fr.]; MARÍN, *Scaevola* cit. sub art. 1756, p. 219 [pero este autor, sucesivamente, cambió de opinión, *vid. sub nota 75*]; BLASCO, *op. cit.*, p. 75; PRATS, *op. cit.*, pp. 133 y 153-154; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, II, 2.º, p. 384; ROCA SASTRE (con la colaboración de Puig Brutau), «Doctrina de las obligaciones naturales», en *Estudios de Derecho privado*, I, Madrid, 1948, p. 285 ss., y allí, p. 291.

⁷⁵ Comp., especialmente, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 2.º cit., p. 347, y II, 1.º cit., pp. 354-355. Conformes con este autor: DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1756, p. 1632; LACRUZ, *Elementos*, II, 2.º, p. 178; MARÍN, *Comentarios Albaladejo* cit., sub art. 1756, p. 144.

momento de la extinción del contrato de mutuo⁷⁶. Y no lo dice, precisamente porque la norma, como ella misma manifiesta, sólo se refiere al pago de intereses no pactados, no contractualmente debidos *ex artículo 1755 CC*.

En cambio, allí y cuando exista *verdaderamente* un pacto inequívoco, entre mutuante y mutuatario, de pagar intereses compensatorios, pacto expreso o tácito, simultáneo con el contrato de mutuo o sobrevenido a la conclusión de éste –y la existencia de tal pacto es ya suficiente para que el artículo 1756 CC resulte norma inaplicable y nos encontremos, por contra, en el ámbito de aplicación del artículo 1755 CC–, es evidente que el mutuatario quedará obligado (inicial o sucesivamente) a pagar los intereses compensatorios pactados, desde el momento (inicial o sucesivo) de la eficacia de dicho pacto, hasta el de la extinción del contrato de mutuo.

Por lo tanto, sólo puede afirmarse que, *ex artículo 1756 CC*, el mutuatario *solvens* quede obligado en lo sucesivo (hasta la extinción del contrato de mutuo) a seguir pagando intereses compensatorios⁷⁷, sobre la base de un *doble error*, que afecta tanto al supuesto de hecho de la norma –del que está excluido un contrato de mutuo dotado, inicial o sucesivamente, de un pacto inequívoco, expreso o tácito, de pagar intereses compensatorios–, como a su consecuencia jurídica –que de ningún modo es imponer al mutuatario *solvens* obligación alguna de pagar intereses compensatorios–. Doble error que conduce directamente, como queda dicho, a confundir los supuestos contemplados y los efectos producidos, respectivamente, por el artículo 1756 y por el artículo 1755 CC.

Una cosa es no poder recuperar lo ya pagado, pese a no estar obligado a pagarlo (lo que, por supuesto, en todo caso, sí habría permitido *negarse a pagar*lo); y otra cosa diferente es estar obligado a pagar: lo que implica no sólo, desde luego, no poder recuperar lo ya pagado y debido, sino, también, *no poder negarse a pagar* lo debido mientras la obligación subsista. En el artículo 1756 CC hay una justa causa (legal) de la atribución patrimonial hecha a título de intereses compensatorios distinta de la obligación de pagarlos, y, por ello, compatible con la inexistencia de

⁷⁶ Lo que, para el equivalente francés (art. 1906 CC fr.) de nuestro artículo 1756 CC, ya advertía, correctamente, un intérprete de primera hora: ROGRON, *op. cit.*, nota 4, pp. 418-419 («le paiement d'intérêts non stipulés n'oblige pas l'emprunteur à en payer pour l'avenir»).

⁷⁷ Cosa que afirman, p. ej., DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II cit., pp. 401-402; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 291; MARÍN, *Scaevola* cit., sub art. 1756, p. 219 [pero este autor cambió de opinión sucesivamente, *vid. retro*, nota 75].

ésta (que la propia ley –art. 1756, y art. 1755 *a contrario-declara*), y también productora de efectos no totalmente coincidentes: sólo tienen en común ese carácter justificativo de la atribución patrimonial hecha, y, por tanto, eximiente de la restitución de lo atribuido.

Decía (y demostraba) al principio, que artículo 1755 y artículo 1756 CC son normas distintas, referidas a realidades diferentes, y que señalan efectos diversos para cada una de ellas. Ahora hemos comprobado que sólo una defectuosa interpretación del artículo 1756 –equivocada en cuanto a su supuesto de hecho y en cuanto al efecto que establece– permite llegar al resultado *injustificable* (y tan *equivocado* como el camino que conduce a él) de confundirlo con (absorberlo en) el artículo 1755 CC.

De forma en gran parte similar a lo hasta ahora dicho, a quien sostiene⁷⁸ que en el artículo 1756 CC habría una presunción legal, en base al pago realizado por el mutuatario *solvens*, de que, entre mutuante y mutuatario, ha habido un pacto de intereses compensatorios, replico:

i) Así sigue habiendo contradicción/incompatibilidad con el supuesto de hecho del artículo 1756 CC: ausencia de todo pacto de intereses compensatorios entre mutuante *accipiens* y mutuatario *solvens*. El efecto del artículo 1756 no descansa en una voluntad contractual, legalmente presumida, de pagar intereses compensatorios, sino, opuestamente, como se desprende de la propia norma y del artículo 1755 *a contrario*, en la falta de toda voluntad contractual inequívoca de pagar intereses compensatorios.

ii) Y sigue habiendo, también, contradicción/incompatibilidad en cuanto a la consecuencia jurídica del artículo 1756, pues los efectos del pacto legalmente presumido deberían ser, evidentemente, idénticos a los del inequívoco (expreso o tácito) que la ley presume, debiéndose, consecuentemente, por el mutuatario *solvens* intereses compensatorios sucesivamente al pago realizado hasta el momento de la extinción del contrato de mutuo, y ya está dicho que no es ése, desde luego, el efecto que establece el artículo 1756 CC.

iii) A la interpretación que ahora rebato, se le puede, además, reprochar, como elemento específico suyo, que choca abiertamente con el artículo 1755 CC, del que se deduce, precisamente, la *no* presunción legal de la obligación contractual de pagar intereses compensatorios en el contrato de mutuo [vid. *retro*, nota 7 y su texto concordante].

⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, en *Fundamentos* cit., pp. 70-71.

V. EL ARTÍCULO 1756 CC Y LA LLAMADA «OBLIGACIÓN NATURAL»

A la llamada «obligación natural» se la caracteriza, como es sabido, por las dos notas, de, por un lado, *i*) *no* ser jurídicamente coercible, *no* existir, a favor del sujeto activo, acción para imponer su cumplimiento, y, por tanto, *no* existir, tampoco, a cargo del sujeto pasivo, el *deber jurídico* (ni, consiguientemente, *verdadera obligación*) de realizar la prestación que tiene por objeto, prestación que, en cambio, se debe sólo *moral o socialmente*; y, por otro, *ii*) de que cumplido voluntariamente (ya está dicho que el cumplimiento no puede serle impuesto coactivamente), por el sujeto pasivo, ese deber meramente moral o social, la atribución patrimonial realizada, con tal fundamento, al sujeto activo, a pesar de ser *jurídicamente indebida*, está *jurídicamente justificada* (*ex art. 1901 CC*) y, por tanto, no puede el sujeto pasivo y *solvens* pretender recuperarla del sujeto activo y *accipiens*. O sea, el pago o cumplimiento voluntario de la «obligación natural» –deber moral o social– es jurídicamente *irrepetible* por el sujeto *solvens*.

Y siendo ello así, resultaba inevitable que la doctrina plantee y resuelva, en uno u otro sentido, si el artículo 1756 CC supone, o no, la consagración legal de un concreto supuesto de «obligación natural».

Lo que, respondido afirmativamente, significaría que los intereses compensatorios *no* pactados en el contrato de mutuo conforme a las condiciones exigidas en el artículo 1755 CC, *no* son, por eso mismo, jurídicamente debidos (el mutuatario, *ex art. 1755 CC, no* está obligado a pagarlos); pero que allí donde *no* exista, *ex artículo 1755, un deber jurídico* (y, por ende, una *genuina obligación*), a cargo del mutuatario, de pagar (al mutuante) intereses compensatorios, existiría, en cambio, un *deber moral o social* –si se quiere, ético-social: resultante de lo que, según los criterios imperantes en el tráfico actual, se considera justo o correcto– de pagarlos, *deber no-jurídico* cuya existencia consagraría indirectamente el artículo 1756 CC, al señalar el *efecto jurídico* de su cumplimiento voluntario: la irrepetibilidad de lo pagado, pese a su carácter jurídicamente indebido.

Por lo previamente dicho, saber si en el artículo 1756 CC hay, o no, un supuesto de «obligación natural», es algo que depende, *exclusivamente*, de si puede, o no puede, afirmarse la existencia, a cargo del mutuatario a título gratuito, de un *deber no-jurídico* (moral, social, ético-social) de pagar intereses compensatorios no pactados. Cuestión cuya resolución no es nada fácil para el jurista,

en la misma medida en que depende de factores extrajurídicos (que ni están en la norma del artículo 1756 CC, ni ésta –situada en el estricto terreno de lo jurídico– podría nunca ayudar a concretar o determinar).

Es sabido que, entre nosotros, lo mismo se incluye por unos al artículo 1756 CC entre los supuestos de la llamada «obligación natural» –porque se afirma que, en efecto, en el mutuo gratuito existe, a cargo del mutuatario, un deber no-jurídico (moral o social) de abonar al mutuante intereses compensatorios⁷⁹; como, de forma contraria, se rechaza por otros, tajantemente, que el artículo 1756 CC pueda ser explicado desde esa misma categoría de la «obligación natural» –y, precisamente, porque no puede sostenerse, en absoluto, la existencia, dentro del mutuo gratuito, de un presunto deber extrajurídico (moral o social), a cargo del mutuatario, de pagar intereses compensatorios no pactados⁸⁰.

El criterio –por lo antes dicho, meramente aproximativo, indirecto– que me parece más seguro para determinar si en el artículo 1756 CC existe, o no, consagrado un deber extrajurídico (moral o social) de pagar intereses compensatorios jurídicamente indebidos, es éste⁸¹: preguntarse si, *de no existir el artículo 1756 CC*, ese presunto deber moral o social está lo suficientemente vigente/generali-

⁷⁹ *Vid.*, en sentido afirmativo (no sin ciertos matices), ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 1.º cit., p. 354 y nota 3; DE ÁNGEL, *op. cit.*, sub art. 1756, p. 1632.

En LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1.º, Madrid, 1999 (nueva ed., a cargo de Rivero), p. 23, se sostiene que el artículo 1756 CC consagra un «cierto deber social», pero no moral, de pagar los intereses compensatorios no pactados; mas en otro lugar de la misma obra (*Elementos*, II, 2.º cit., p.178), se considera la asociación del artículo 1756 CC con la «obligación natural», como «sin excesivo fundamento».

Lo que en el estudio monográfico más reciente sobre la llamada «obligación natural» se dice, a este propósito, es lo siguiente (REALES, *La obligación natural en el Código civil*, Granada, 2000, pp. 44-45): «Por nuestra parte, independientemente de que dicho artículo [art. 1756 CC] pueda o no constituir una obligación natural, lo cierto es que la irrepetibilidad con que se sanciona el pago de los intereses no pactados, puede obedecer a una causa distinta a la existencia de una obligación natural, concretamente, a la existencia de un pacto tácito de pago de intereses que, con el pago, resulta probado» [lo que, según se ve, significa una opinión poco comprometida en cuanto a la existencia de la «obligación natural» en el artículo 1756 CC, y completamente equivocada, según se ha demostrado ya, en cuanto a la explicación que se ofrece como alternativa a la «obligación natural»].

En el Derecho francés, explica la norma equivalente de nuestro artículo 1756 CC (art. 1906 CC fr.) sobre la base de la «obligación natural», p. ej., DERRIDA, voz cit., núm. 15.

⁸⁰ *Vid.*, conforme a esta orientación negativa, LACRUZ, «Las obligaciones naturales» cit., p. 9; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos* cit., p. 70; DÍEZ-PICAZO/GUILÓN, *Sistema*, II cit., p. 401 [pero, en contra de lo que en este último lugar se sostiene, del artículo 1755 CC y de la consiguiente natural gratuitad del contrato de mutuo, no se sigue argumento *legal* alguno en contra de la existencia de un deber moral o social de pagar intereses compensatorios no pactados. El artículo 1755 sólo dice que *jurídicamente* no se deben intereses compensatorios si no se han pactado; pero *no dice* –ni podría decir, pues estamos ya fuera del terreno de lo jurídico, en un ámbito completamente ajeno a la norma– que, si no se pactan, tampoco exista deber *moral o social* de pagarlos].

⁸¹ Comp. LACRUZ, *Elementos*, II, 1.º cit., p. 23.

zadamente sentido en el tráfico actual, como para que los Tribunales considerasen su cumplimiento espontáneo como justa causa o fundamento jurídicamente suficiente para la adquisición de lo así entregado, *al amparo, entonces* (a falta de la, por hipótesis, inexistente norma particular del artículo 1756 CC), *de la cláusula general del artículo 1901 CC* (existencia de «otra justa causa», distinta de la inexistente obligación –deber jurídico– de efectuar la atribución patrimonial realizada, y de la también inexistente donación).

A mí, me parece, sinceramente, que esa comprobación por hipótesis conduce a la respuesta negativa o, cuando menos, a la mucha mayor probabilidad de ésta frente a la afirmativa. O sea, faltando el artículo 1756 CC, los Tribunales, no reconociendo el presunto deber moral o social de que se habla, darían curso a la repetición del mutuatario *solvens* que pagase intereses jurídicamente indebidos/no pactados, salvo en el único supuesto excepcional de que el mutuante *accipiens* demostrase (*ex art. 1901 CC*) que se trataba de una atribución patrimonial que le fue hecha a título de donación (remuneratoria y manual, en su caso).

Pero el artículo 1756 CC, ciertamente, existe, y es su existencia, precisamente, la que hace *completamente inútil* la discusión sobre si el mutuatario a título gratuito está, o no, social o moralmente obligado a pagar intereses compensatorios no pactados. Porque, siempre que concurran los requisitos del artículo 1756 CC, la atribución patrimonial hecha, por el mutuatario *solvens*, al mutuante *accipiens*, en concepto de intereses compensatorios, pese a no serle jurídicamente debida, estará *legalmente* (*ex art. 1756 CC*) *justificada –exista, o no,* deber moral o social de pagar intereses compensatorios no pactados–, será *legalmente irrepetible* pese a ser jurídicamente indebida (*y con independencia* de si existe, o no, un deber social o moral al respecto).

O sea, a efectos de aplicar el artículo 1756 CC, lo decisivo *no* es si existe, o no, un deber moral o social de abonar intereses compensatorios no pactados. Lo único que cuenta es si concurren, o no, en el caso de que se trate, los requisitos exigidos en la norma para que ésta produzca su efecto. Cuando concurren, como queda dicho, la atribución patrimonial hecha en concepto de intereses compensatorios estará legalmente justificada, será legalmente irrepetible, con total independencia de si existe, o no, un deber moral o social de realizarla; cuando no concurren, no existirá dicha justificación/irrepetibilidad legal *ex artículo 1756 CC*, también aquí completamente al margen de la presunta existencia del indicado deber moral o social. La correcta aplicación del artículo 1756 CC opera, pues, según se ve, prescindiendo por entero de ese supuesto deber extra-jurídico de pagar intereses compensatorios no pactados.

La ley, en el artículo 1756 CC, ha creado, concurriendo los requisitos fijados en dicha norma, una causa justificativa/fundamento causal, *legal* y *ad hoc*, que permite al mutuante *accipiens* adquirir legítimamente una atribución patrimonial, en concepto de intereses compensatorios, que *no* le resultaba debida por el mutuataro *solvens* (*a pesar del indebitum* objetivo –el carácter absolutamente indebido– que afecta a dicha atribución patrimonial).

Si ya tenemos en el propio artículo 1756 CC la justificación *legal* de esa atribución patrimonial que no es, por definición, ni objeto de obligación previa, ni tampoco de donación, ¿para qué necesitamos el presunto deber extrajurídico de pagar intereses compensatorios no pactados? Y mucho menos lo necesitamos desde que sabemos que el artículo 1756 CC –precisamente porque se trata de una justa causa legal: diseñada en la *ley* con los requisitos que ésta ha querido– prescinde totalmente de su existencia: *nunca* hay justificación/irrepetibilidad *ex* artículo 1756 CC cuando *no* se den los requisitos legales de dicha norma, y las hay *exclusivamente* donde *sí* concurren.

Puesto que la «obligación natural» –el presunto deber extrajurídico, moral o social, de abonar intereses compensatorios no pactados– no añade nada al artículo 1756 CC, a lo que la propia norma dice, en cuanto a sus requisitos y efectos: es completamente *superflua* en orden a su aplicación; lo mejor, a la vista de ello, me parece, es *prescindir*, por entero, de dicha categoría a la hora de explicar, interpretar y, consiguientemente, aplicar el artículo 1756 CC.

Es cierto que existe, a favor de la calificación del supuesto del artículo 1756 CC como de «obligación natural», un *argumento histórico*. Ya desde el Derecho romano tardío [*retro*, nota 47 y su texto concordante] se vinculó la irrepetibilidad de los intereses compensatorios jurídicamente indebidos, pagados espontáneamente por el mutuataro, a la categoría de la «obligación natural».

Pero, entonces, con esa calificación sólo se pretendía decir: *i*) que no existía acción para reclamar el pago de esos intereses por el mutuante (o, lo que es lo mismo, verdadera obligación de realizarlo a cargo del mutuataro); y *ii*) que, pese a lo anterior, pagados voluntariamente esos intereses jurídicamente indebidos por el mutuataro, éste no podía repetir el pago.

Efectos, ambos, que hoy, respecto de los intereses compensatorios no pactados y, por eso mismo, jurídicamente indebidos, se mantienen, ciertamente, en el artículo 1756 CC, pero que *no* pasan, en absoluto, por afirmar la existencia, a cargo del mutuataro *solvens*, de un deber moral o social –*lo que actualmente entendemos como «obligación natural»*– de abonar intereses compensatorios

no pactados. Intereses, éstos, que no hay (verdadera, genuina) obligación de pagar, precisamente porque no se pactaron en las condiciones exigidas por el artículo 1755 CC; y, si se pagan voluntariamente, no se puede repetir el pago, aunque (jurídicamente) indebido, porque la ley (el propio artículo 1756 CC, de concurrir sus requisitos) lo dice⁸², *aun de no existir, en modo alguno, deber moral o social, a cargo del mutuatario, de pagar intereses compensatorios no pactados.*

VI. EL ARTÍCULO 1756 CC Y LA ACCIÓN PARA RECUPERAR, POR QUIEN LO REALIZÓ, UN PAGO INDEBIDO

Para buena parte de nuestra doctrina, los intereses compensatorios cuyo pago hace irrepetible el artículo 1756 CC, son irrepetibles en tanto que *debidos* (por el mutuatario *solvens*), y debidos, precisamente, por *pactados* (de una u otra forma: más frecuentemente, se dice que tácitamente y sobrevenidamente a la conclusión del contrato de mutuo) entre mutuante y mutuatario.

Desde tal equivocado planteamiento –ya he dicho y justificado que el artículo 1756 CC sólo se refiere al pago de intereses *no debidos*, por *no pactados*–, para enervar la irrepetibilidad *ex artículo 1756 CC*, habría que demostrar –por el sujeto perjudicado por la misma: el mutuatario *solvens* que pretenda recuperar directa o indirectamente (por imputación al capital) lo por él pagado en concepto de intereses compensatorios– la falta del fundamento que (erróneamente) se le atribuye a dicho efecto legal. O sea, probar la inexistencia de todo acuerdo (expreso o tácito, inicial o sobrevenido) de pagar intereses compensatorios, entre mutuante *accipiens* y mutuatario *solvens*⁸³. Lo que, para algunos, constituirá la prueba contraria a una supuesta *presunción legal «iuris tantum»* de existencia de tal acuerdo, presunción que resultaría del propio artículo 1756 CC, y vinculada a todo pago de intereses compensatorios hecho por el mutuatario a su mutuante.

Por mi parte, sostengo, en cambio, como vengo reiterando y creo haber demostrado, que los intereses compensatorios a cuyo pago, por el prestatario *solvens*, se refiere el artículo 1756 CC, son

⁸² Comp. LACRUZ, «Las obligaciones naturales» cit., p. 9, y *Elementos*, II, 2.º cit., p. 178.

⁸³ *Vid.*, en tal sentido, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 402.

intereses *no* debidos, y lo son, precisamente, por *no* pactados en las condiciones exigidas por el artículo 1755 CC. El efecto legal del artículo 1756 CC es, pues, hacer irrepetible un *pago indebido* (de intereses compensatorios no pactados) *pese a serlo*: aunque *no* existía, a cargo del mutuatario *solvens*, obligación previa de realizar la atribución patrimonial, a título de intereses compensatorios, que efectivamente realizó a favor del mutuante *accipiens*.

Y esa irrepetibilidad legal expresamente sancionada en el artículo 1756 CC, significa, simultánea y necesariamente, que dicha norma dota de justa causa/fundamento jurídico a la atribución patrimonial no debida efectuada por el mutuatario *solvens* en favor del mutuante *accipiens*.

O sea, hay un pago indebido de intereses compensatorios por parte del mutuatario *solvens*, pero existe (*ex art. 1901 CC*) *otra justa causa –legal*: la creada, *ad hoc*, en el propio artículo 1756 CC–, distinta de la obligación preexistente de pagarlos y también distinta de la donación, que legitima jurídicamente (legalmente) la adquisición de lo así entregado al mutuante *accipiens*, y, consiguientemente, impide recuperarlo al mutuatario *solvens* por vía de la acción restitutoria propia del pago indebido.

Dándose los requisitos y, por tanto, el efecto del artículo 1756 CC, la existencia de una justa causa legal *ad hoc* (en el propio artículo 1756 CC) para la atribución patrimonial hecha, a título de intereses compensatorios, por el mutuatario *solvens* al mutuante *accipiens*, excluye, conforme al artículo 1901 CC y al propio dictado del artículo 1756 CC, toda posibilidad de repetición por parte del primer sujeto, a pesar de no existir obligación alguna suya de pagar los intereses compensatorios efectivamente entregados, a pesar del carácter indebido del pago realizado de los mismos.

Del artículo 1901 CC se desprende que cualquier justa causa reconocida por la ley, distinta de una obligación previa de realizarla y de la donación, sirve como enervante (legal) –porque (legalmente) justifica su atribución– de la restitución –de la aplicabilidad de la obligación legal restitutoria que nace del pago de lo indebido, pero *también* de la aplicabilidad de la acción general de enriquecimiento sin causa (precisamente, porque hay justificación/causa jurídicamente reconocida de la atribución patrimonial efectuada)– de lo que se paga sin ser debido y sin ser, tampoco, objeto de donación. Pues bien, respecto del supuesto contemplado en el artículo 1756 CC –*pago indebido* de intereses compensatorios, que *tampoco* son objeto de *donación*–, dicha norma actúa, a los efectos del artículo 1901 CC, como una *justa causa, legal y ad hoc*, distinta de la obligación preexistente de pagar intereses compensatorios y del

contrato de donación, con el consiguiente doble (e inseparable) efecto de legitimar la adquisición de lo pagado sin ser debido, y de impedir su recuperación por el *solvens*.

Con esos mismos fundamentos legales (arts. 1901 y 1756 CC), consecuentemente, resulta, *a contrario*, que procederá la reclamación restitutoria del mutuatario *solvens* (por vía de acción de pago de lo indebido, o, en su caso, por vía de acción general de enriquecimiento sin causa), siempre que, *no* concurriendo *todos* los requisitos del artículo 1756 CC, se realice, por el mutuatario *solvens* al mutuante *accipiens*, una entrega que *no* siendo de intereses compensatorios debidos/pactados, *no* constituya, tampoco, donación. Entonces, la procedencia de la recuperación, por el mutuatario *solvens*, de lo entregado, o de su valor, viene impuesta por el hecho de que *no* existe ninguna justa causa, legalmente reconocida –ni obligación previa de efectuarla, ni artículo 1756 CC, ni donación–, que justifique/fundamente jurídicamente esa atribución patrimonial.

En concreto, pueden enumerarse los siguientes supuestos en que, *no* siendo aplicable el artículo 1756 CC y *no* existiendo obligación previa de pagar a cargo del mutuatario *solvens*, cabe la repetición, por éste, del pago indebido efectuado al mutuante *accipiens*, salvo que este otro sujeto, *ex* artículo 1901 CC, excepcionalmente demostrase que existió, en su favor, donación de lo entregado por el mutuatario:

1) Cuando exista, entre mutuante *accipiens* y mutuatario *solvens*, *pacto* [ya he dicho que resulta posible y válido, *retro*, nota 70 con su texto concordante] de exclusión de la aplicabilidad del artículo 1756 CC.

Este primero es uno de los casos en que, excepcionalmente, el mutuante *accipiens* podría retener legítimamente lo que le fue entregado (*sin* serle debido, y *sin* que, tampoco, el válidamente excluido artículo 1756 CC justifique esa atribución patrimonial), demostrando (*ex art.* 1901 CC) que le fue donado por su mutuatario. Entonces, obviamente, hay una justa causa, distinta de la obligación preexistente y del artículo 1756 CC, que justifica jurídicamente la atribución patrimonial hecha al mutuante *accipiens*, y que, por tanto, le exime de restituirla.

2) Cuando el mutuatario *solvens* realiza a su mutuante un pago indebido *en concepto distinto de intereses compensatorios*⁸⁴ –lo que, como sabemos [*retro*, nota 64 con su texto concordante], es suficiente para que el artículo 1756 CC resulte inaplicable–.

⁸⁴ Cfr. DE ÁNGEL, *op. cit.*, *sub art.* 1756, p. 1633; PRATS, *op. cit.*, p. 150.

También en este otro caso, *ex artículo 1901 CC*, excepcionalmente el mutuante *accipiens* podría enervar la restitución de lo entregado por el mutuatario, dando la contraprueba de que existió donación.

3) Cuando el pago de los intereses indebidos/no pactados haya sido realizado por *error o equivocación* del mutuatario *solvens*⁸⁵. Pues, en tal caso, tampoco es aplicable el artículo 1756 CC, que exige, como sabemos [*retro*, notas 60 y 63 con su respectivo texto concordante], plena conciencia, en el mutuatario *solvens*, del carácter por él no debido, del carácter no pactado de los intereses compensatorios pagados a su mutuante⁸⁶.

En el supuesto de que ahora hablo, a falta de obligación previa de pagar lo entregado, y no siendo aplicable, por el error del mutuatario *solvens*, el artículo 1756 CC, el mutuante *accipiens* no podrá eximirse de restituir lo cobrado, contraprobando la existencia de una donación del mutuatario *solvens*. Pues el error de éste es manifiestamente incompatible con su voluntad de donar, y, por tanto, con la existencia de un contrato de donación del que él sea parte donante.

Puesto que hay un *pago indebido* (de intereses compensatorios no pactados, no debidos) –se trata, en concreto, de un *indebitum* objetivo o *ex re*: el mutuatario *solvens* paga lo que no debe en absoluto, ni al mutuante *accipiens*, ni a ninguna otra persona–, y que, además, se efectuó por *error* del sujeto *solvens*, no cabe la menor duda de que el régimen jurídico aplicable, en este caso, a la acción de repetición/restitutoria del mutuatario *solvens*, es, precisamente, el del pago de lo *indebido* (arts. 1895 ss. CC).

Un error acerca de las condiciones del contrato de mutuo en que se es parte (mutuataria) –en concreto, acerca de si se pactaron, o no, intereses compensatorios, de si éstos son, o no, contractualmente debidos– es, ciertamente, poco verosímil en quien lo sea originariamente (y, como tal, acordó, con el mutuante, el entero régimen del contrato), pero resulta más fácilmente concebible en quien, sucesivamente, sobreviene mutuatario en el contrato al que inicialmente era extraño (y, por tanto, cuyo régimen fue acordado no con su voluntad, sino la del mutuatario originario).

⁸⁵ *Vid.*, en igual sentido, LAURENT, *op. cit.*, núm. 523, pp. 545-546; AUBRY/RAU, *op. cit.*, p. 106 y nota 6; DERRIDA, voz *cit.*, núm. 15 [todos ellos, naturalmente, con relación al artículo 1906 CC fr., equivalente de nuestro artículo 1756 CC]; MANRESA, *op. cit. sub art. 1756*, pp. 891-892.

⁸⁶ Por ello, tiene razón, desde luego, LAURENT (*op. cit.*, núm. 523, p. 545), cuando justifica, respecto del Código civil francés, la posibilidad de repetir el pago (conforme al régimen general del pago de lo *indebido*), por el mutuatario *solvens*, en caso de error de éste, diciendo que tal caso *no es* el contemplado en el artículo 1906 CC fr. –como tampoco en su equivalente español: art. 1756 CC, según señala MANRESA (*op. cit., sub art. 1756*, p. 891), siguiendo muy de cerca al ilustre autor belga–.

De hecho, el ejemplo doctrinal⁸⁷ más frecuente de pago por error de intereses compensatorios no debidos –al que, por eso, no resulta aplicable el artículo 1756 CC, y sí la acción de pago de lo indebido–, se extrae de dicho filón: heredero (*ex art. 1257- I CC, mutuatario actual*) que paga al mutuante intereses compensatorios no debidos/no pactados, creyendo, equivocadamente, que ya los debía su causante, que éste los había pactado con el mutuante.

Como he dicho ya con anterioridad, el artículo 1756 CC penaliza el arrepentimiento sucesivo de quien, mutuatario *solvens*, espontáneamente pagó intereses compensatorios sabedor de que no debía al mutuante *accipiens* lo que le pagaba –dándole a éste una compensación económica que, a pesar de no serle debida, la ley (el artículo 1756 CC) declara justificada, con determinados requisitos–, pero esta norma no penaliza –no enerva, respecto de él, la aplicación de los principios generales del pago de lo indebido– a quien paga lo que no debe por creer equivocadamente deberlo.

Según señalaba ya Laurent⁸⁸, la inaplicabilidad del artículo 1756 CC (o de su equivalente extranjero, como es el caso del artículo 1906 CC fr., al que se refería el indicado autor belga), y la consiguiente procedencia de la repetición del pago indebido del mutuatario *solvens*, cuando éste lo realizó por error –y lo mismo podría decirse, ciertamente, por iguales razones, en los casos de dolo y coacción, de los que se hablará después–, es un resultado en el que coinciden distintas explicaciones doctrinales de la norma (que atribuyen, cada una de ellas, un diverso fundamento a su efecto).

i) Si se opina que lo que justifica la irrepetibilidad *ex artículo 1756 CC*, es la existencia de un pacto (más frecuentemente se dice que sobrevenido y tácito), entre mutuante y mutuatario, de pagar intereses compensatorios, pacto que bien el pago del mutuatario *solvens* prueba, o bien se perfecciona con ocasión de tal pago, porque donde hay intereses compensatorios pagados por error, no hay en el mutuatario *solvens*, verdadera voluntad de pagarlos o de obligarse a pagarlos, ni, por tanto, posibilidad alguna de pacto, entre mutuatario *solvens* y mutuante *accipiens*, de pagar intereses compensatorios.

ii) Si se piensa que lo que fundamenta la irrepetibilidad *ex artículo 1756 CC*, es la presencia de una «obligación natural» (deber moral o social), a cargo del mutuatario a título gratuito, de pagar intereses compensatorios no pactados, porque la irrepetibilidad de lo pagado en cumplimiento de una «obligación natural»,

⁸⁷ *Vid. AUBRY/RAU, op. cit., p. 106; MANRESA, op. cit., sub art. 1756, pp. 891-892.*

⁸⁸ *Op. cit.*, núm. 523, p. 546.

depende de la voluntariedad/espontaneidad del pago por parte del sujeto *solvens* –así lo exigen, expresamente, los artículos 1235-II CC fr.⁸⁹, 2034 C. civ. it.⁹⁰, y 403 CC port.⁹¹, por ejemplo–, voluntariedad/espontaneidad que, evidentemente, faltan si se ha pagado por causa de un error.

iii) Si se sostiene que lo que explica la irrepetibilidad *ex artículo 1756 CC*, es la existencia de una donación del mutuatario *solvens* al mutuante *accipiens*, porque la presencia del error en el primero excluye, por completo, su voluntad de donar, y, por tanto, hace imposible la existencia de un contrato de donación del que sea parte donante.

Si, por todo lo dicho, de existir un pago de intereses compensatorios no pactados, realizado por causa de un error del mutuatario *solvens*, no es aplicable el artículo 1756 CC, y cabe repetir ese pago indebido conforme al régimen general aplicable a todo pago indebido, nos queda por tratar, a propósito de la acción recuperatoria del mutuatario *solvens*, una importante cuestión práctica: cuál es el régimen legal de la *carga probatoria de dicho error*.

A este propósito, empezaré por recordar que el pago indebido contemplado en el artículo 1756 CC, es un *indébito objetivo (ex re)*: los intereses compensatorios no pactados que el mutuatario *solvens* ha pagado, no se debían por éste *en absoluto*, ni al mutuante *accipiens*, ni a ninguna otra persona.

Y, tratándose de un indébito objetivo –como, también, cuando se trata de un indébito subjetivo *ex persona creditoris* (pago, por el deudor, de lo que él debe, pero a sujeto distinto de su acreedor)–, nos hallamos, conforme al régimen legal de la acción de pago de lo indebido y según la que considero mejor interpretación del mismo⁹², en el ámbito de aplicación del artículo 1901 CC.

O sea, una vez que el mutuatario *solvens*, que pretenda su recuperación directa o su imputación al importe del principal pendiente de devolución, demuestre que los intereses compensatorios por él pagados no estaban pactados, no resultaban contractualmente debidos, la ley (art. 1901 CC) presume el error en ese pago indebido, lo que significa que, dándose ya todos los requisitos de la acción recu-

⁸⁹ Art. 1235-II CC fr.: «La répétition [del pago indebido] n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées».

⁹⁰ Art. 2034 C. civ. it.: «Non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali e sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace».

⁹¹ Art. 403 CC port.: «1. Não pode ser repetido o que for prestado *espontaneamente* em cumprimento de obrigação natural, excepto se o devedor não tiver capacidade para efectuar a prestação.

«2. A prestação considera-se espontânea, quando é livre de toda a coacção».

⁹² La de LACRUZ. *Vid.* LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, Barcelona, 1986 (2.ª ed.), pp. 618-619, y *Elementos*, II, 2.º, (1999), cit., p. 430.

peratoria (*indebitum* y error en el pago) ésta prosperará –con el resultado, ya dicho, de la devolución o imputación al principal de los intereses compensatorios indebidos que se pagaron–, a falta de la contraprueba específica prevista en el propio artículo 1901 CC, a dar, en este caso, por el mutuante *accipiens* [mientras no exista un error *definitiva, directamente probado*, sino *meramente presumido (iuris tantum)* por la ley (*ex art. 1901 CC*), lo indebidamente entregado pudo ser, en efecto, (no ya objeto de obligación previa de entregarlo sino) objeto de donación, pero ésta la ley (*art. 1901 CC*) no la presume, debe ser demostrada por el sujeto *accipiens*. En cambio, desde que se prueba definitiva, directamente el error, éste, como ya se dijo, es totalmente incompatible con la existencia de una donación].

Es, pues, al *mutuante «accipiens»* a quien la ley (*art. 1901 CC*) adosa la carga probatoria de la existencia a su favor de otra justa causa adquisitiva distinta de la inexistente obligación, a cargo del mutuatario *solvens*, de abonarle los intereses compensatorios pagados –inexistencia de tal obligación, ya probada por el mutuatario *solvens*–. Y, por eso, si invoca, como tal justa causa distinta de la inexistente obligación previa de pagarlos, el artículo 1756 CC, *es él* quien debe probar todos los restantes requisitos constitutivos de esta específica causa legal justificativa/adquisitiva, que vayan más allá de la ya comprobada (por la iniciativa probatoria del mutuatario *solvens*) inexistencia de la obligación de pagar los intereses compensatorios efectivamente abonados. Pues, evidentemente, probar que existe la justa causa legal específica del artículo 1756 CC, significa probar todos sus requisitos constitutivos que no hayan sido aún probados. Es, pues, por la razón dicha, el *mutuante «accipiens»* quien debe probar (porque también éste es hecho constitutivo de la justa causa específica *ex artículo 1756 CC* que él invoca para retener legítimamente –hacer suyo– lo que se le pagó sin serle absolutamente debido) que el mutuatario *solvens* pagó los intereses compensatorios no pactados sin error por su parte: con pleno conocimiento de que no los debía –sabiendo que no se había pactado, ni al celebrar el contrato de mutuo, ni sucesivamente a la conclusión de éste y antes del pago, la obligación de pagar intereses compensatorios–; y *no ya* el mutuatario *solvens* quien deba demostrar (para recuperar lo pagado o imputarlo al capital pendiente de restitución) su error al pagar lo que en absoluto debía –error que, precisamente por tratarse de un pago objetiva o absolutamente indebido, la ley (*art. 1901 CC*) presume–.

Con arreglo al artículo 1901 CC, pues, dado que los intereses compensatorios pagados y no pactados constituyen un supuesto de

pago objetiva o absolutamente indebido, al mutuante *accipiens* corresponde legalmente el riesgo probatorio de la existencia de cualquier otra justa causa distinta de la inexistente obligación previa de pagarlos, y, por tanto, siendo, precisamente, eso el artículo 1756 CC, de todos los requisitos de éste que (a diferencia del *indebitum*, una vez que el mutuatario *solvens* lo haya demostrado) estén aún pendientes de prueba.

Ahora bien, entre los medios ordinarios de prueba –de la ausencia de error en el mutuatario *solvens*, a nuestros efectos–, están, también, las presunciones simples o de hecho –*presunciones judiciales* en el lenguaje de la vigente LEC: art. 386–, y el pago *espontáneo, libre* de intereses compensatorios no pactados (ni expresa ni tácitamente, ni inicial ni sobrevenidamente) por quien originariamente es parte del contrato de mutuo, *por quien acordó y aceptó su contenido obligacional* (hecho indicio o base de la presunción judicial), permite, en mi opinión, presumir *vehementemente* su pleno conocimiento del carácter indebido de lo por él pagado a su mutuante (la ausencia de error en ese pago indebido).

4) Cuando el pago de los intereses compensatorios indebidos/no pactados haya sido efectuado, por el mutuatario *solvens*, por causa de haber sido víctima de *dolo o engaño* (bien sea del mutuante *accipiens*, bien de un tercero). Lo que, según sabemos [retro, notas 60 y 61 con su respectivo texto concordante], es, asimismo, suficiente para excluir la aplicabilidad del artículo 1756 CC, y, consecuentemente, consentir la recuperación (directa o indirecta) por el mutuatario *solvens* de lo indebidamente pagado⁹³.

Tampoco en este caso, faltando la obligación previa de abonar los intereses compensatorios pagados, y no siendo aplicable, por el engaño/dolo existente, el artículo 1756 CC, podrá el mutuante *accipiens* eximirse de restituirlos contraprobando la existencia de una donación del mutuatario *solvens*. Pues el engaño de que éste fue víctima, es manifiestamente incompatible con una voluntad de donar, y, consecuentemente, con la existencia de un contrato de donación del que él sea parte donante.

Igualmente en el supuesto de que ahora se habla, es difícil imaginar que se pueda engañar al mutuatario originario respecto de las condiciones del contrato de mutuo por él mismo acordadas/aceptadas, y más fácil a quien sucesivamente ocupa la posición del mutuatario originario, respecto de una reglamentación contractual que no ha sido por él acordada/aceptada.

⁹³ *Vid.*, en igual sentido, DERRIDA, voz cit., núm. 16 (para el Derecho francés); FERNÁNDEZ-ARIAS/FERNÁNDEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 299.

En cuanto al régimen jurídico, en este caso, de la acción recuperatoria del mutuatario *solvens*, puede sostenerse⁹⁴ tanto que, puesto que el pago indebido se efectuó por causa de un *vicio de la voluntad* del sujeto *solvens*, es analógicamente aplicable lo que el Código civil dispone para el realizado por *error* del *solvens* (arts. 1895 ss.) –solución que me parece preferible, y es aún más evidente en el caso de dolo/engaña, que significa, necesariamente, la existencia de un error en el *solvens*, error inducido por quien lo engaña–; como que, no existiendo propiamente error en el *solvens*, resulta aplicable no ya la acción específica prevista para ese supuesto, sino la acción general de enriquecimiento sin causa.

5) Cuando el mutuatario *solvens* haya realizado el pago de los intereses compensatorios indebidos/no pactados por causa de *coacción* (violencia, intimidación) ejercida sobre él (por el mutuante *accipiens* o por un tercero). Lo que, según sabemos [*retro*, nota 60 con su texto concordante y subsiguiente], vuelve a ser suficiente para excluir la aplicabilidad del artículo 1756 CC.

Igualmente aquí, no existiendo obligación previa de pagar los intereses compensatorios abonados, y no siendo aplicable, por lo dicho, el artículo 1756 CC, no podrá el mutuante *accipiens* eximirse de la restitución (directa o indirecta) de los mismos, contraprobando la existencia de una donación del mutuatario *solvens*. Pues, evidentemente, la coacción es incompatible con la voluntad de donar y, en consecuencia, con la existencia de un contrato de donación que tenga por parte donante al mutuatario coaccionado.

En cuanto al régimen jurídico de la acción recuperatoria, se vuelve a dar igual alternativa que la anteriormente vista⁹⁵: o aplicar analógicamente el mismo régimen legal previsto para el pago indebido realizado por error del *solvens* –puesto que existe, también aquí, un vicio en la voluntad del sujeto que paga–, solución que me sigue pareciendo mejor; o entender que, a falta de error en el *solvens*, es únicamente aplicable la acción general de enriquecimiento sin causa.

6) Es asimismo inaplicable el artículo 1756 CC y procede, consecuentemente, la recuperación, directa o indirecta, de los intereses compensatorios indebidos/no pactados cobrados por el mutuante *accipiens*, siempre que, por cualquier otra causa distinta de las vistas [*retro*, nota 62 con su texto concordante], no exista un

⁹⁴ *Vid. LACRUZ, Elementos*, II, 3.º (1986) cit., pp. 610-611; ID., *Elementos*, II, 2.º (1999) cit., pp. 426-427.

⁹⁵ *Vid. retro*, nota 94.

pago voluntario/libre/espontáneo de los mismos por parte del mutuatario.

Donde resulte inaplicable la acción específica de pago de lo indebido, la recuperación directa de lo cobrado indebidamente por el mutuante se actuará por vía de la acción general de enriquecimiento sin causa.

El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la asistencia sanitaria¹

MANUEL RIVERA FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. *La «unidad jurisdiccional»: Su dudosa implantación tras la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP).*—II. *Los tradicionales argumentos de la Jurisdicción Civil y su recusación en la actual legislación implantada por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y por la Ley 4/1999, de 13 de enero modificadora de la Ley 30/1992, de 6 de noviembre:* 1. La concepción reduccionista del concepto «servicio público» realizada por la Sala 1.^a del TS. 2. La indiscusión de la «continencia de la causa».—III. *Las quiebras del sistema:* 1. La exigencia de responsabilidad penal al funcionario o agente al servicio de la Administración Pública sanitaria. 2. La concurrencia de sujetos privados en la producción del daño. 3. El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias por parte de la Administración Pública.—IV. *La persistencia del Orden Social.*

I. LA «UNIDAD JURISDICCIONAL»: SU DUDOSA IMPLANTACIÓN TRAS LA LEY 30/92, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN (LRJAP)

Con reiteración se ha destacado como una de las novedades de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públ-

¹ Sobre la cuestión, con abundantes argumentos jurisprudenciales, GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa: Conflictos de jurisdicción*, Pamplona, 1997 y PANTALEÓN

cas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) el retorno al sistema de unidad jurisdiccional, en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el conocimiento de las pretensiones indemnizatorias contra la Administración Pública, con independencia de que los daños sean causados por el funcionamiento de los servicios públicos o por la actuación de la Administración en sus relaciones de Derecho privado².

Se volvía, con ello, al esporádico sistema, por su escasa duración, establecido en el año 1954 en los artículos 128 y 141 de la Ley y del Reglamento de Expropiación Forzosa, en los que se instauraba un sistema de responsabilidad extracontractual directa y objetiva de la Administración por los daños que a los particulares pudiera causar el funcionamiento de los servicios públicos, encomendándose a la jurisdicción contenciosa-administrativa la competencia para conocer de las pretensiones indemnizatorias que tales daños causaban. Sistema reafirmado por el artículo 3. b) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1956 en el que explícitamente se atribuía a dicha jurisdicción «*las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración*».

Es sabido que este sistema de «unidad jurisdiccional» quiebra con la aparición de los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (LRJAE) en los que se atribuía el conocimiento de las pretensiones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado a la jurisdicción contencioso-administrativa, siempre que tuvieran por objeto el resarcimiento de los daños causados por el «*funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*» (art. 40 LRJAE), mientras que se atribuía a la jurisdicción ordinaria o civil la competencia para conocer de las acciones resarcitorias frente a la Administración del Estado cuando los daños hubieren sido causados en el ámbito de las «*relaciones de Derecho privado*» (art. 41 LRJAE).

Explicaba el sistema establecido la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1991 (RJA 7068):

Ante esta ruptura de la unidad jurisdiccional impuesta por el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del

PRIETO, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985, y *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, 1995.

² GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo. II*, Madrid, 1998, p. 388 y MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, pp. 85-96 y «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *RAP*, núr. 150, sep.-dic. 1999, p. 346.

Estado, preciso resulta puntualizar que al reconocer tal precepto la competencia de la Jurisdicción Ordinaria cuando el Estado actúe en relación de Derecho privado, está señalando los efectos procesales de las distintas posiciones de las Administraciones Públicas ante el Derecho.

La pretensión de indemnización por daños y perjuicios frente a un Ente Público deberá, por tanto, deducirse ante una u otra Jurisdicción según el Derecho regulador de la actividad que causó el daño, por lo que ha de concluirse que si la Administración Pública cuando ocasionó el daño actuaba como cualquier otro sujeto de derecho, sujeta al Derecho privado, la pretensión de indemnización no podrá deducirse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y sí, por contra, deberá deducirse ante esta última cuando en aquel actuar la Administración Pública esté sujeta al Derecho público administrativo³.

Ciertamente, esta dualidad jurisdiccional sólo afectaba a la Administración del Estado, pero, como tradicionalmente se ha hecho

³ Aún hoy se ve obligado nuestro Tribunal Supremo a explicar el sistema previo a la reforma de 1992 al tener que resolver supuestos acaecidos con anterioridad a la misma, circunstancia que permite poner en duda la practicidad y eficacia de nuestro sistema procesal administrativo. Un ejemplo en la STS de 29 de junio de 2000 (Diario *La Ley*, núm. 5165, de 19 de octubre de 2000). Indica en su fundamento jurídico tercero: «*En el primer motivo del recurso, planteado por el Sr. Abogado del Estado, se formula al amparo del núm. 1.º del artículo 1692 LEC, pues, la sentencia incide en exceso de jurisdicción, por pertenecer el conocimiento de las materias relativas a la responsabilidad extracontractual de la Administración al orden jurisdiccional de lo contencioso administrativo. Y así debió intuirlo la propia Sala sentenciadora al invocar los artículos 40 y 41 LRJAE; que aplicando el principio general de derecho de tempus regit actum cuando acaeció el desgraciado evento que costó la vida a la niña de cuatro años estaba vigente la citada Ley de Régimen Jurídico; que ello no obstante siendo la educación, a todos los efectos un servicio público primario y tratándose de responsabilidad extracontractual no cabe deferir el conocimiento de la materia al orden jurisdiccional ordinario sino al de lo contencioso administrativo, constituyendo plena confirmación, aun posterior, de este criterio la nueva LRJAP y PAC de 26 noviembre 1992. El motivo plantea la cuestión de incompetencia de este orden jurisdiccional que, no ha de acogerse, por las razones, ya coherentes de una jurisprudencia constante, entre otras, la reciente de 10 abril 2000, que, incluso, condena al Ministerio de Educación por un supuesto análogo en que se aprecia negligencia del profesorado –aunque se absolvió al Director del Centro–, y, sobre todo, porque se ratifica en todo el recto razonamiento de la Sala de instancia en su FJ 4.º: “procede, por otra parte, establecer la responsabilidad directa del Ministerio de Educación y Ciencia por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1903 CC, puesto que, los padres delegan las funciones de control y vigilancia de los alumnos en el centro de enseñanza desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida ordenada, sin que conste alterada esta situación por la práctica de la salida complementaria que se llevaba a efecto como actividad escolar, siendo por tanto el Colegio Público X, del Ministerio de Educación y Ciencia, por medio de su personal, el que tenía exclusivamente a su cargo el deber tutivo de vigilancia sobre el alumnado, concretado en los profesores referidos, que debía de ser más exquisito sobre niños de tan corta edad, como la menor fallecida, lo que obliga a decretar también el progreso de la acción actuada, en aplicación de dicho precepto en relación a los artículos 106.2 CE y 40 LRJAE (SS 3 diciembre 1991, 15 diciembre 1994, atendida la fecha de producción de los hechos 12 noviembre 1990), y ello por cuanto independientemente de que el artículo 1903 CC, en su antigua redacción, ya hubiese perdido efectividad a partir de lo establecido modernamente en las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, lo cierto es que la más reciente y correcta interpretación del artículo 1903.5 CC,*

notar⁴, pronto se pudo comprobar que la jurisdicción civil la extendió sin excesivos problemas a la Administración Local y a la Administración Institucional, que no se veían afectadas por la regulación establecida en la LRJAE, y sí por el artículo 3.b) de la LJCA de 1956 en el que se establecía el sistema de «unidad jurisdiccional» a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa⁵.

Este conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas era particularmente complejo en el ámbito de la prestación de asistencia sanitaria, por cuanto que, a la tradicional disputa entre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el civil, se añadía, en este caso, el orden jurisdiccional social, e, incluso, el orden penal también introducía su particular visión en el debate.

No obstante, como se ha señalado, la aparición de la Ley 30/1992 (LRJAP), y muy especialmente, en cuanto al ámbito sanitario que aquí nos ocupa, del Reglamento de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial (aprobado por Real Decre-

en aquella su primitiva redacción que es la aplicable al caso, no es otra sino que el Estado responde de los daños causados por sus funcionarios, siempre que éstos actúen dentro del ámbito que les sea propio, pues a través de ellos ejerce sus funciones, razón por la cual el expresado artículo se refería in fine a que si el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior...". Es además rechazable la mención que se hace en el motivo de la reforma operada por la L 30/1992 de Responsabilidad jurídica de las AA.PP. y Procedimiento Administrativo Común de 26 noviembre 1992, amén de la posterior L 29/1998 de 13, julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en razón a que el accidente ocurrió en 12 noviembre 1990 y por eso, tal vez, se escribe en el motivo "plena confirmación aún posterior de este criterio en la nueva L 26 noviembre 1992 ..." (alusivo, pues, a la competencia de este orden). Este criterio ya está reiterado en la jurisprudencia de esta Sala, al exponerse que, la competencia de la jurisdicción civil en este caso viene determinada tanto por la naturaleza meramente civil de la acción, como por lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la derogada LRJAE de 26 julio 1957, vigente en la fecha del suceso originador de este pleito, todo lo cual es ratificado por esta Sala. Corresponde recordar la presencia de dudas en la práctica forense sobre la concreción del orden jurisdiccional correspondiente para substanciar las reclamaciones indemnizatorias contra la Administración, propiciadas, muchas veces, por los propios Tribunales, con la argumentación de que no existe una clara delimitación competencial en este espacio, pues, frente a la generalidad del artículo 3 b) de la LJCA (Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) de 27 diciembre 1956, se encuentra el alcance de la responsabilidad extracontractual contenida en el artículo 1902 CC, relativa a que el conocimiento del orden jurisdiccional civil, en materia de daños producidos por una Administración Pública, procede cuando ésta no ha ejercitado potestades soberanas y la del orden Contencioso-Administrativo en caso contrario».

⁴ LEGUINA VILLA, «Responsabilidad patrimonial de la Administración y unidad jurisdiccional», *Justicia Administrativa*, número extraordinario LJCA, 1999, p. 5 y GONZALEZ PÉREZ, «Orden jurisdiccional competente para conocer de las cuestiones de responsabilidad patrimonial en los supuestos de concurrencia de culpas de la Administración Pública y del administrado», *REDA*, núm. 89, 1996, p. 94.

⁵ En cuanto a la Administración Local, se tuvo que esperar a la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases de Régimen Local para la implantación de un sistema similar al vigente en relación a la Administración del Estado. Sobre la cuestión, MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1977, pp. 126-152.

to 429/1993, de 26 de marzo), daba a entender que la vuelta a la «unidad jurisdiccional», a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, quedaba nuevamente restablecida.

Es concretamente el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial (RD 429/1993, de 26 de marzo) el que incorporaba el dato normativo que, presumiblemente, sustraía principalmente a la Jurisdicción Civil, y en determinados supuestos a la Social, su posible competencia en la materia. Señala la Disposición Adicional 1.^a del Reglamento:

De conformidad con lo establecido en los artículos 2.2 y 139 a 144 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en dicha Ley y en el presente Reglamento.

A la vista del precepto, parece claro que la Jurisdicción competente para pronunciarse sobre responsabilidad exigida a la Administración Pública por los daños producidos en el marco de actuación médico-sanitaria no es otra que la contencioso-administrativa. Sin embargo, a la norma reglamentaria transcrita se le imputa el olvido de los principios de legalidad y de reserva de ley, al ir más allá de la específica potestad reglamentaria⁶.

En efecto, el artículo 117.3 de la CE establece una reserva legal en esta materia de atribución de competencias y, por ello, la necesaria existencia de una ley formal que así las establezca, nunca a través de disposición reglamentaria, hecho que vulneraría, por otro lado, lo establecido en el párrafo 5 del artículo 9 de la LOPJ. Incluso, manifiesta Campos Alonso⁷ con base en la sentencia del Tribunal Constitucional 224/1993, de 1 de julio, hay aquí una

⁶ Señala PANTALEÓN la inutilidad del precepto, ya que, una de dos, o lo allí dicho, ya se señalaba en la Ley 30/92, y entonces sobra, o no lo decía. Si no lo decía, es claro que un reglamento no puede entrar en materia reservada a la Ley. Sirve, eso sí, para explicarnos e informarnos de cuál es la voluntad de la Administración, pero en una materia reservada a la Ley la voluntad de la Administración es perfectamente irrelevante. PANTALEÓN, *Responsabilidad del personal sanitario*, obra colectiva, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 237.

⁷ CAMPOS ALONSO, «Responsabilidad derivada de la defectuosa dispensación de asistencia sanitaria a un beneficiario de la Seguridad Social», *La Ley*, 2 de julio de 1996 y MERCADER UGUINA, «La delimitación de competencias entre el orden social de la jurisdic-

reserva reforzada instituida por el artículo 81.2 de la Constitución, la de la Ley Orgánica del Poder Judicial, indisponible para el legislador ordinario, de modo que la ley ordinaria no puede excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica⁸. Y no faltan pronunciamientos de las Salas de lo Civil y Social del Tribunal Supremo que mantienen, con estos argumentos, su competencia en

ción y el orden contencioso-administrativo tras la nueva LJCA», *Cuadernos de Derecho Judicial, Competencia del orden social tras la Ley reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 367-368.

⁸ En este sentido, OLMEDA FREIRE, *La problemática delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Valencia, 2000, pp. 168-178 y 256. Sobre la cuestión el interesante Auto del Tribunal Constitucional de 22 julio de 1997 (RTC. 292): «1. *Consiste el problema capital que aquí se plantea por parte del Tribunal a quo en la contradicción entre la definición genérica del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que realiza el legislador orgánico (art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de un lado, y la previsión del legislador ordinario que se contiene en el cuestionado artículo 142.6 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de otro. De esa contradicción resultaría que el legislador ordinario habría violado la reserva de ley orgánica que prescribe el artículo 122.1 CE. De forma colateral, y en apoyo de la argumentación principal, el órgano proponente sostiene que el sistema resultante del artículo 142.6 de la Ley 30/1992 es contrario al artículo 24.1 CE (por generar un largo e inseguro "peregrinaje" del justiciable); arbitrario (por permitir que una controversia de naturaleza civil sea enjuiciada por el orden contencioso-administrativo y, en consecuencia, lesivo del art. 9.3 CE); y, por último, atentatorio del principio de legalidad (en la medida en que la norma reglamentaria que desarrolla el art. 142.6 de la Ley 30/1992 carecería de la suficiente cobertura legal).*

Para mejor centrar la cuestión planteada conviene tener en cuenta que el artículo 122.1 CE reserva a la ley orgánica la determinación de la "constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales". En su cumplimiento, y en lo que ahora importa, el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los juzgados y tribunales "del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias". Por último, el precepto cuestionado, el artículo 142.6 de la Ley 30/1992, previene que "la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa".

2. *La cuestión suscitada incurre en la causa de inadmisibilidad consistente en ser notoriamente infundada (art. 37.1 LOTC).*

Ha de recordarse que este concepto de lo "notoriamente infundado" (art. 37.1 LOTC) o la referencia a que la "cuestión aparezca como manifestamente inconstitucional", como se ha afirmado en jurisprudencia constante, encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen a la hora de apreciar la fundamentación de las cuestiones planteadas (entre tantas resoluciones reiteradas hasta nuestros días, p. ej., ATC 134/1995). Dentro de esa noción, cabrá entender incluidos, según las circunstancias, aquellos supuestos en los que sea evidente la falta de contradicción con el precepto constitucional invocado; se pretende de este Tribunal que opte por una interpretación entre las varias posibles; o se imponga manifiestamente, también según las circunstancias del caso, una interpretación conforme con la Constitución (con carácter general, vid. STC 222/1992 [RTC 1992/222], fundamento jurídico 2.b).

Pues bien, la falta notoria de fundamento de la cuestión suscitada (art. 37.1 LOTC) obedece a las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, porque a tenor del artículo 122.1 CE no está reservada a la Ley Orgánica del Poder Judicial la definición concreta y detallada del ámbito de cada una de

todos aquellos supuestos en los que se promueve una pretensión indemnizatoria por los beneficiarios de la Administración Pública sanitaria (Seguridad Social o Servicios de Salud Autonómicos) por

las jurisdicciones (cfr. STC 224/1993 [RTC 1993/224], fundamento jurídico 3); de ahí que difícilmente puede concluirse en invasión de la materia reservada por parte de un precepto como el aquí cuestionado.

En efecto, la STC 224/1993 (fundamento jurídico 3) postula una interpretación restrictiva de la reserva de ley orgánica a que se refiere el artículo 122.1 CE, de acuerdo con la cual, y en lo que aquí interesa, comprende la definición genérica del ámbito de conocimiento litigioso, razón por la que se estimó conforme con aquélla lo dispuesto por el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuya virtud los juzgados y tribunales “del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias”. Como concluye dicha STC 224/1993, “cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de tales órdenes, produciéndose, de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas –Ley Orgánica y Ley Ordinaria– que no obsta a la reserva establecida en el artículo 122.1 CE y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita” (fundamento jurídico 3).

b) En segundo término, porque si la cuestión radica en la “verificación del grado de acomodo de aquélla (la ley ordinaria) a ésta (la Ley Orgánica)... de modo que la ley ordinaria no pueda excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica” (cfr. STC 224/1993, fundamento jurídico 3), es también evidente que el artículo 142.6 de la Ley 30/1992 puede ser interpretado –nótese bien, de forma manifiesta, dato este capital en la fase de admisión– de conformidad con la Constitución y, en concreto, con la reserva de ley orgánica a que se refiere el artículo 122.1 CE, de acuerdo con la propia jurisprudencia constitucional y, desde luego, con el artículo 9.4 LOPJ. Es claro, en efecto, que el artículo 142.6 de la Ley 30/1992 (“La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa”), no contradice por sí mismo el enunciado genérico que contiene el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, antes transcrita. Nótese que este precepto no realiza una atribución jurisdiccional concreta sino que se limita a establecer que con esa resolución termina la vía gubernativa.

3. Por otra parte, a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad la sala proponente pretende articular y suscitar ante este Tribunal un problema abstracto de deslinde jurisdiccional, que no le corresponde resolver. El propio auto, en efecto, parece admitirlo cuando afirma que la opción del legislador ordinario (artículo 142.6 de la Ley 30/1992) supone atribuir por ley ordinaria a la jurisdicción contencioso-administrativa una materia que es dudoso que sea administrativa en todos los casos.

Debe subrayarse, como se ha reiterado, que la cuestión de inconstitucionalidad “no puede ser instrumentada al modo de un cauce consultivo mediante el cual la jurisdicción constitucional vendría a despejar las dudas del órgano judicial no ya sobre la constitucionalidad de un precepto legal, sino sobre cuál fuera, de entre las varias posibles, su interpretación y aplicación más acomodada a la Constitución” (cfr. 222/1992, fundamento jurídico 2.b; y, en la misma línea, STC 157/1990 [RTC 1990/157], fundamento jurídico 2).

4. Por lo demás, la discrepancia con la solución ofrecida por el artículo 142.6 de la Ley 30/1992 o la disconformidad con las dudas interpretativas que pudiera suscitar tampoco convierten al sistema en arbitrario (art. 9.3 CE) “por cuanto añade a la directa vía judicial civil el plus de agotamiento del expediente administrativo o vía administrativa previa, suponiendo el establecimiento de un privilegio sin justificación alguna a favor de las Administraciones demandadas” (cfr. fundamento jurídico 7 del auto de planteamiento). De acuerdo con cuanto antecede, carecen de fundamento constitucional –a la luz de nuestra jurisprudencia– tanto la afirmación de que se infringe el principio de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) en la medida en que algo que es –en opinión del órgano proponente– de naturaleza civil pueda ser enjuiciado por la jurisdicción contencioso-administrativa; como la pretendida infracción del principio de legalidad porque el reglamento

los daños causados con ocasión de la asistencia prestada en los centros de su titularidad⁹.

Por el contrario, no lo entendió así la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo que en Autos de 11 de diciembre de 1995 (RJA 9782 y 9783) vino a señalar que:

Esta Sala tiene declarado en Autos de 7 de julio y 27 de octubre de 1994 (RJ 1994/7998 y RJ 1994/10587) que la Ley 30/1992 «ha vuelto al sistema de unidad jurisprudencial que instaurara el artículo 3.º, b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1956/1890 y NDL 18435), mediante la doble vía de unificar tanto el procedimiento para reclamar la indemnización como la Jurisdicción y régimen jurídico aplicables», y ello por las razones que se recogen en la segunda de dichas resoluciones en los siguientes términos:

«a) El artículo 145.1, al establecer un procedimiento unitario, previo y obligado al planteamiento jurisdiccional de toda reclamación de la naturaleza de la aquí examinada, hasta el punto que ha desaparecido la posibilidad de la acción Jurisdiccional directa que la normativa derogada previa –art. 40, apartados 2 y 3 LRJAE–, procedimiento que no puede ser equiparado, reconducido o identificado con las vías administrativas previas a las reclamaciones judiciales civiles o laborales, toda vez que estas últimas tienen en la Ley una regulación específica –capítulos II y III de su Título VIII, artículos 122 a 126 inclusives– sujeta a trámites y principios diferentes de los que rigen los procedimientos arbitrados en materia de responsabilidad patrimonial a que se refieren, singularizadamente, los capítulos I y II de su Título X, artículos 142 y siguientes.

b) La derogación específica del artículo 41 de la precedente Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (RCL 1957/1058, 1178 y NDL 25852) –disposición derogatoria, párrafo 2.º, apartado a)– que al residenciar en los Tribunales del orden civil las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en los casos en el que el Estado actuase en relaciones de Derecho privado, había vuelto al sistema de dualidad o pluralidad jurisdiccional, y su sustitución por el artículo 142.6 de la nueva Ley, que prevé expresamente “la resolución administrativa” como término de los procedimientos de responsabilidad patrimonial “cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive”, resolución que, a mayor abundamiento y según dispone también el mismo precepto, “pone fin a la vía administrativa”. Estas subrayadas expresiones denotan, por sí mismas, la sumisión ulterior al enjuiciamiento de la cuestión por los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y más aún cuando el artícu-

habría infringido preceptos de rango legal, puesto que, de admitirse tal hipótesis, no sería la cuestión de inconstitucionalidad el cauce adecuado para su depuración».

⁹ SSTS 6 de junio de 1997 (RJA 4610) y 7 de marzo de 2000 (RJA 1508) y (Sala 4.º) de 10 de julio, 14 de octubre de 1995 (RJA 5488 y 7754), 9 de febrero de 1996 (RJA. 1008), 19 de abril (RJA 4528) y 10 de mayo de 1999 (RJA 6659) y 6 de marzo de 2000 (RJA 2600).

lo 37.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, precisamente modificado por la disposición adicional 10 de la meritada Ley 30/1992, textualmente determina que el recurso contencioso-administrativo “será admisible en relación con las disposiciones y con los actos de la Administración que hayan puesto fin a la vía administrativa, de conformidad con lo previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

c) El artículo 144, al prever, en materia de responsabilidad de Derecho privado, que cuando las Administraciones actúen en relaciones de tal naturaleza, además de responder directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre, “la responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda”, es decir, por el procedimiento general o abreviado y, por ende, con resolución administrativa que pone fin a la vía también administrativa, como se ha visto antes, “cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive” artículo 142.6.

d) La naturaleza puramente objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, vinculada exclusivamente al funcionamiento de los servicios públicos, incluso en condiciones de normalidad, como se desprende de su información constitucional –artículo 106.2 CE (RCL 1978/2836 y ApNDL 2875)– y, por tanto, sin necesidad de consideración alguna del carácter defectuoso de la prestación y con total independencia de cualquier valoración culposa o reprobable de la conducta causante del daño. Basta al respecto, como claramente determina el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, la mera inexistencia, en el particular lesionado, del “deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley”.

e) El carácter de Administración Pública de la Entidad originalmente demandada con arreglo a lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley, a la que son aplicables por consiguiente, los preceptos relativos a la responsabilidad patrimonial antes examinados, tal y como explica la disposición adicional 1.^a del Reglamento de procedimiento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que en este punto, al sujetar a la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en la Ley la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como la de las demás Entidades, Servicios y Organismos del Sistema Nacional de la Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, no añade ni hace ninguna atribución competencial que no estuviera ya claramente, aunque de modo implícito, establecida en la mencionada Ley»¹⁰.

Con mayor contundencia se manifiestan las SSTS (Sala 1.^a) de 16 de marzo (RJA 1840) y 19 de abril de 2000 (RJA 2977), si bien

¹⁰ Argumentación que sistemáticamente ha reiterado la Sala de Conflictos Jurisdiccionales. Así, entre otros, el Auto de 18 de junio de 1999 (RJA 6963).

con la ventaja de conocer el texto actualmente vigente del artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), la nueva redacción del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), así como la disposición adicional duodécima añadida a la Ley 30/1992 por la Ley de reforma 4/1999, de 13 de enero. No sucede lo mismo, sorprendentemente, en la STS de 7 de marzo de 2000 (RJA 1508).

La STS de 16 de marzo de 2000 (RJA 1840) manifiesta la incompetencia del orden jurisdiccional civil, a favor del contencioso-administrativo, en un supuesto acaecido con posterioridad a la reforma administrativa de 1992 de reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración Local por daños sufridos durante la celebración de unas fiestas, afirmado que:

como se viene recogiendo en las sentencias más modernas, esto es, las dictadas desde la entrada en vigor de la Ley últimamente citada y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, entendiendo que la vía procedente para hacer tales reclamaciones a las diferentes Administraciones Públicas, es la contenciosa administrativa, de acuerdo a los artículos citados de la Ley 30/1992, y para que no quedase duda de ello, en el preámbulo del propio Real Decreto que aprueba el Reglamento, se dice de forma expresa que es a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a la que con exclusión de otras, a la que corresponde dirimir las cuestiones que se susciten, en orden a exigir responsabilidad patrimonial a las diversas administraciones públicas, bien nazcan esas obligaciones de relaciones de Derecho público, ya lo sean en virtud de Derecho privado; consecuente con esta manifestación de intenciones del preámbulo, en la disposición transitoria del citado Reglamento se sanciona esta tesis, criterio de la sentencia recurrida que es el mismo que el mantenido por esta Sala en sentencia de 16-12-1998 (RJ 1998/9559), en la que claramente se pone de manifiesto este cambio de posición jurisprudencial, debido exclusivamente a las nuevas normas contenidas en la Ley y Real Decreto citados más arriba y que han sido dictadas para acomodarlas a las disposiciones europeas, en este particular, al sostener en la citada resolución que «después de la supresión del párrafo quinto del artículo 1903 del Código civil y la publicación de la reseñada Ley 30/1992, es evidente un cambio de panorama competencial en este campo, con la tendencia de la nueva legislación, de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas y el artículo 215 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (RCL 1994/81, 1659; RCL 1997, 917; RCL 1999, 2661 y LCEur 1992/2465), de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa». Por lo que es indiferente, a estos efectos que, en la organización del festejo taurino hubiese actuado el Ayuntamiento,

como si de una empresa privada se tratara, y no se viera en esa actuación municipal como el cumplimiento de una actividad que cubre un servicio público, concurra o no en esa responsabilidad extracontractual con otras personas o entidades particulares, porque la jurisdicción que se atribuye a los órganos contencioso-administrativos excluye del conocimiento a los órganos de la jurisdicción civil.

Menos explicaciones da la STS de 19 de abril de 2000 (RJA 2977) que se limita a señalar, tras declarar la incompetencia de jurisdicción del orden civil para juzgar un supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ante la defectuosa prestación de asistencia sanitaria, que:

Efectivamente, la pretensión de la parte actora, ahora recurrente, se basa en un presunto funcionamiento anormal de un complejo hospitalario psiquiátrico dependiente del Instituto Nacional de la Salud, que tiene su fundamento en una responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil.

Pues bien, para un mejor entendimiento del caso controvertido, hay que destacar que la señora R. se encontraba ingresada en el Hospital psiquiátrico, en cuestión para su tratamiento, ya que estaba aquejada de un cuadro psicótico.

Por todo ello es preciso afirmar que la referida señora estaba utilizando un servicio público de la Administración, lo cual excluye la aplicación del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957 (RCL 1957/1058, 1178 y NDL 25852) –la norma vigente para los actuales eventos– que establecía someter a los Tribunales de orden civil –Tribunales ordinarios según la dicción legal– la responsabilidad del Estado y demás Administraciones públicas, pero siempre que dichas personas públicas actúen en relaciones de Derecho privado. Y tiene, por ello, que estar acogida la pretensión en cuestión a lo que se dispone en el artículo 40 de dicha Ley, o sea, a ser dilucidada en la vía contencioso-administrativa.

Y del *factum* de la sentencia recurrida, se desprende que se estaba utilizando, en el caso presente, un servicio público como tal y por tener derecho a ello, lo que por otra parte no ha sido ni siquiera controvertido.

En conclusión, que ni el personal del centro hospitalario, ni el Insalud actuaba con carácter privado, lo que excluye que este orden jurisdiccional civil, sea el competente para conocer de la presente contienda judicial.

Pero, lo cierto es que las declaraciones ahora presentadas por las SsTS de 16 de marzo (RJA 1840) y 19 de abril de 2000 (RJA 2977) como fuera de toda duda, inequívocas y lógicas a la luz de la legislación aplicable al caso (en los casos allí planteados la Ley 30/92 de RJAP y el RD 429/1993, de 26 de marzo, sobre procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial), no constituyan la práctica habitual de nuestro Tribunal Supremo.

Al margen de los intentos poco efectivos en virtud de sus resultados de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo¹¹, la ausencia de una norma concreta y expresa con rango de Ley (orgánica u ordinaria, según la opción adoptada) que estableciera una clara atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa de la competencia para conocer de los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el marco de la prestación de servicios sanitarios había producido que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992 (LRJAP), se generara un sustancioso debate sobre la existencia o no de la tan reclamada «unidad jurisdiccional», acrecentado aún más desde el momento en el que, por regla general, el daño sufrido por el administrado al recibir la prestación sanitaria le ha sido infringido por la actuación del personal propio de la Administración o por los agentes de ésta, que también podrán ser demandados, y no quepa duda de que lo son, conjuntamente con la Administración Pública sanitaria. El conflicto, por tanto, seguía abierto.

Así, enfrentados a los problemas que plantea la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la prestación del servicio sanitario, lo primero que se observa es una complejidad, ciertamente especial, en materia de jurisdicción. Todos los órdenes jurisdiccionales (penal, civil, contencioso-administrativo y social) venían conociendo sobre supuestos relativos a la materia que nos ocupa y todos ellos se declaraban competentes para conocer sobre los mismos¹², seguramente, por razones de equidad, a fin de evitar lo que se conoce como *peregrinaje de jurisdicciones* y el

¹¹ Expícitamente la STS de 12 de junio de 2000 (RJA 5101) niega el carácter de jurisprudencia a las resoluciones de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales. En algún momento se deberá plasmar legislativamente el valor que debe atribuirse a los pronunciamientos de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales, ya que, no cabe duda, escaso acatamiento, y el tema aquí tratado es un claro ejemplo, generan en las distintas Salas de nuestro Tribunal Supremo. Cierto que sólo resuelven un conflicto concreto y tiene, indudablemente, eficacia entre las partes procesales intervenientes, pero no creo que sea suficiente. La Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo debe, con la composición orgánica adecuada, resolver eso: los conflictos jurisdiccionales que se planteen entre los distintos órdenes jurisdiccionales, no con la eficacia limitada que hoy presentan sus pronunciamientos, sino con eficacia *erga omnes*, sólo así se evitarán cuestiones como la aquí planteada. Sobre la cuestión, OLMEDA FREIRE, *La problemática delimitación de competencias...*, cit. pp. 328-341.

¹² Como muestra, un botón. La SAP de Valencia de 27 de noviembre de 1996 (*Actualidad Civil, Audiencias*, 1997, núm. 617) resuelve un supuesto en el que la parte actora entendía que la jurisdicción competente para conocer del asunto litigioso era la civil, las demandadas consideran que lo es la contencioso-administrativa, y el Ministerio Fiscal es partidario de que el conocimiento se atribuya a la jurisdicción social.

No sucede lo mismo en el ámbito del Derecho francés, caracterizado por el hecho de que la actividad médica desarrollada en la Administración Pública está sometida, generalmente, al Derecho administrativo y a los Tribunales del mismo orden jurisdiccional. Circunstancia que no evita que, en aquellos supuestos en los que el personal sanitario incurra

consiguiente retraso en la resolución del caso¹³. Es más importante, señalaba el profesor Lacruz, que se haga justicia que quien la haga¹⁴.

Justificaba esta situación la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 (RJA 4610) señalando que:

«aunque a partir de la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), se ha instaurado, en principio, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el sistema de la unidad jurisdiccional en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, sin profundizar en la cuestión, hay que afirmar para la presente contienda que la evitación del “peregrinaje procesal” es una de las consecuencias más claras del derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial efectiva, siendo esta razón la única y suficiente para dejar concretada la cuestión, en este aspecto procesal, y cumplir lo determinado en el artículo 24 de la Constitución Española»¹⁵.

No obstante, lo más relevante no era la existencia de esta confrontación de jurisdicciones, sino los distintos argumentos de Derecho material utilizados por éstas para resolver la cuestión de fondo ante supuestos esencialmente similares¹⁶. De este modo, planteada la cuestión ante el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, o Social¹⁷, se aplicaban, a los daños ocasionados en la actividad médica-sanitaria, el régimen propio de responsabilidad de las Administraciones Públicas establecido en los artículos 139 a 146

en culpa grave (*détachables du service*), éste pueda ser demandado ante los Tribunales ordinarios. En este último supuesto, si es demandada la Administración Pública y satisface la indemnización pertinente siempre cabría la acción de reembolso frente al personal a su servicio. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, París, 1996, pp. 48-59.

¹³ SSTS de 10 de febrero 2000 (RJA 845), 3 de marzo de 1998 (RJA 926), 6 de junio de 1997 (RJA 4610), 27 de febrero de 1995 (RJA 4077), 17 de julio de 1992 (RJA 6433), 25 de octubre de 1989 (RJA 6964) 1 de julio de 1986 (RJA 4559), 17 diciembre 1985 (RJA 6591) y 5 de julio de 1983 (RJA 4068).

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil. II. vol. 1.º*, Barcelona, 1985, p. 597, nota. 7.

¹⁵ Se mantiene esta argumentación en la STS de 3 de diciembre de 1999 (RJA 8532).

¹⁶ En este sentido, SERRANO ALONSO, «Sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil por daños personales causados a los beneficiarios de la Seguridad Social», *Actualidad y Derecho*, núm. 34, 1992, p. 4.

¹⁷ Frente a la STS (Sala 4.^a) de 26 de septiembre de 1990 (RJA. 7052) en la que se denegó la pretensión indemnizatoria por defectuoso funcionamiento por los servicios públicos sanitarios bajo el argumento de falta de concurrencia de culpa o negligencia exigida por el artículo 1902 del Código civil, es lo cierto que a partir de la STS (Sala 4.^a) de 5 de junio de 1991 (RJA 5131) no hay duda de la aplicación, por parte del orden social, de los criterios objetivos que rigen en la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho administrativo: «... dentro del derecho laboral y administrativo el principio de responsabilidad objetiva gana terreno día a día, y es consagrado constitucio-

de la Ley 30/1992 (LRJAP) que, como es sabido, establece un sistema de responsabilidad de naturaleza estrictamente objetiva¹⁸, con la particular causa de exclusión de la misma, constitucionalmente recogida (artículo 106 CE), de la fuerza mayor; por el contrario, presentada ante el Orden Jurisdiccional Civil, era el principio general de responsabilidad subjetiva por culpa establecido en el artículo 1902 del Código civil el que debía prevalecer¹⁹.

Esta diversidad de criterios originada por la dualidad (pluralidad) jurisdiccional ha incidido, e incide, desfavorablemente en dos pilares de nuestro Estado de Derecho: la igualdad y la seguridad jurídica.

nalmente en los daños causados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en apartado 2 del artículo 106 de la Constitución ... es claro que la asistencia sanitaria prestada por el INSALUD a los beneficiarios de la Seguridad Social, está englobada en el servicio público de protección a la salud, servicio público que como tal y, máxime si está regido por el principio de eficacia, es responsable de la lesión que por su funcionamiento normal o anormal sufra todo particular, lesión que ha de ser indemnizada salvo que sea debida a fuerza mayor, como previene el artículo 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en concordancia con el artículo 106.2 de la CE. Posicionamiento confirmado por las SsTS (Sala 4.) de 20 de abril y 6 de mayo de 1992 (RJA 2662 y 3511), 19 de abril de 1999 (RJA 4528) y 6 de marzo de 2000 (RJA 2600).

¹⁸ Señala la STS (Sala 3.) de 8 de octubre de 1996 (RJA 6992): «*El sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración que establecen los artículos 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la LRJ-PAC es un sistema de responsabilidad objetiva, independiente de la culpa o dolo de las autoridades, funcionarios y agentes del Ejecutivo, que exige la efectiva realidad de un daño o perjuicio que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa de causa a efecto, pero que aparece fundado en el concepto técnico de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico, que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar*». Igualmente, entre otras muchas, SsTS (Sala 3.) 1 de octubre 1999 (RJA 1395), 6 y 16 de febrero de 1996 (RJA 989 y 1199) y 28 de febrero de 1995 (RJA 1489).

¹⁹ Es conocida la transformación que ha sufrido la interpretación del artículo 1902 del Cc y el concepto de culpa en él contenido, bastando los denominados *poussières de fautes* (polvos de culpa) para declarar la responsabilidad y facilitar la reparación. De ÁNGEL YÁGUEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, 1995, p. 31, haciendo eco de lo expuesto por JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 17-19.

No obstante, no faltan autores que proponen restituir a la culpa el carácter de elemento general o principal, reivindicando para la responsabilidad civil, más que una función reparadora, sancionadora. BUSNELLI, «*La parabola della responsabilità civile*», *Riv. Crit. Dir. Priv.* 1988, pp. 643-ss y CENDON, «*Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*», en *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*, a cura di Paolo Cendon, Milano, 1994, pp. 71-80.

Indica la STS de 6 de julio de 1995 (RJA 6604): «*ni la Sala sentenciadora infringió el principio de la carga de la prueba, ni aplicó incorrectamente la teoría de la responsabilidad objetiva –que no tiene vigencia en el ámbito de la responsabilidad médica–, ni, finalmente, podía, como pretende la recurrente, estimar la existencia de caso fortuito ni de fuerza mayor, en un supuesto en el que, como sucede en el que nos ocupa, consta acreditada la negligencia, siquiera sea leve, del médico demandado*».

Explica la evolución jurisprudencial sobre el concepto de culpa la STS de 19 de junio de 1995 (RJA 4927): «*Evidentemente, el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 del Código civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsa-*

La jurisprudencia presenta múltiples supuestos de lo dicho. Baste señalar un ejemplo:

La STS (Sala 3.^a) de 31 de mayo de 1999 (RJA 6154) trata el tema del contagio del virus de la hepatitis C a través de transfusiones sanguíneas. La cuestión a resolver se concretaba en determinar si es responsable el INSALUD de los daños y perjuicios reclamados por el demandante como consecuencia de una intervención quirúrgica a la que fue sometido el demandante en el año 1984, con ocasión de la cual se le hizo una transfusión de sangre contaminada con el virus de la Hepatitis C; y, en concreto, si concurre la causa de fuerza mayor para poder ser exonerado de responsabilidad el organismo responsable de los servicios sanitarios de la Seguridad Social como consecuencia de cuya intervención sufrió el actor las lesiones que nadie había discutido.

El Instituto que recurre parte de una realidad jurídica cual es la del principio de que el INSALUD en cuanto órgano de la Administración sanitaria está sujeto a las reglas que sobre responsabilidad extracontractual objetiva rigen para cualquier Administración Pública en nuestro derecho, de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Acepta, por otra parte

bilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa, encontrándose en la línea jurisprudencial indicada, las Sentencias, entre otras, de fechas 29 marzo y 25 abril 1983 (RJ 1983/1652 y RJ 1983/2123), 9 marzo 1984 (RJ 1984/1207), 21 junio y 1 octubre 1985 (RJ 1985/3308 y RJ 1985/4566), 24 y 31 enero y 2 abril 1986 (RJ 1986/329, RJ 1986/444 y RJ 1986/1788), 19 febrero y 24 octubre 1987 (RJ 1987/719 y RJ 1987/7471), 5 y 25 abril y 5 y 30 mayo 1988 (RJ 1988/2652, RJ 1988/3277, RJ 1988/3879 y RJ 1988/4352), 17 mayo, 9 junio, 21 julio, 16 octubre y 12 y 21 noviembre 1989 (RJ 1989/3771, RJ 1989/4415, RJ 1989/5772, RJ 1989/6923 y RJ 1989/7897), 26 marzo, 8, 21 y 26 noviembre y 13 diciembre 1990 (RJ 1990/1731, RJ 1990/8534, RJ 1990/9014, RJ 1990/9047 y RJ 1990/10002), 5 febrero 1991 (RJ 1991/991), 24 enero 1992 (RJ 1992/207), 5 octubre 1994 (RJ 1994/7453) y 9 marzo 1995 (RJ 1995/1848), así pues, en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones quasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículos de motor».

Confirma lo expuesto la STS de 10 de noviembre de 1999 (RJA 8055) al destacar que: «es inquestionable que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la de esta Sala (1.^a), sobre todo la más actual, tiende hacia establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902 del Código civil, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical».

que el actor sufrió una lesión en sus intereses jurídicos, que esa lesión deriva de la transfusión de sangre de que fue objeto en el año 1984, y, por lo tanto, que hubo relación de causa a efecto entre la intervención administrativa y el daño, con lo que no se discute la concurrencia de los presupuestos esenciales sobre los que el artículo 139 citado sustenta la responsabilidad extracontractual de la Administración. Lo que únicamente se plantea es la cuestión acerca de si, reconocida la realidad de la lesión del actor y que la misma fue causada por una actuación administrativa, debe de apreciarse igualmente la concurrencia de causa única de exoneración de dicha responsabilidad cual es la apreciación de que el daño se produjo por fuerza mayor.

El argumento de fuerza mayor del recurrente lo sustenta sobre la precisión concreta de que la transfusión causante de todas las secuelas que sufre el demandante, se produjo en el año 1984, en un momento en el que era desconocida por la ciencia médica la forma científica de aislar el virus de la luego denominada «hepatitis C»; siendo por ello por lo que considera que era imposible para los servicios médicos del Instituto prever en aquel entonces que con la transfusión estaban causando un daño, considerando que tal circunstancia constituye un supuesto de fuerza mayor exonerante de aquella responsabilidad.

En relación con dicha cuestión, la respuesta de la Sala 3.^a considera como causa de fuerza mayor el hecho de que en aquel entonces desconociera la ciencia médica el virus en cuestión. En efecto, argumenta la referida sentencia:

«Si la fuerza mayor se conceptúa como un hecho imprevisible e inevitable, o también, como decía citando Sentencias de la Sala 3.^a de 2 de febrero de 1980 (RJ 1980/743), 4 de marzo de 1981 (RJ 1981/894), 25 de junio de 1982 (RJ 1982/4852) y 3 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8628) por “aquellos hechos que aun siendo previsibles, sean sin embargo inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motiva sea independiente y extraña a la voluntad del sujeto obligado”, la circunstancia de que en la época en que se hizo la transfusión fuera desconocida completamente por la ciencia médica la mera existencia de aquel virus, el hecho de que le fuera inoculado al paciente por una transfusión de sangre hace que la lesión que indudablemente se le produjo deba de calificarse de suceso ajeno a la posibilidad de evitarlo y por lo tanto justificativo de fuerza mayor... En relación con lo cual cabe añadir con palabras de nuestra Sentencia del año 1997, que, de aceptar la tesis de la responsabilidad en estos supuestos llevaría a la extraña situación de poder exigir responsabilidad al INSALUD en el futuro, por tratamientos actuales “que por su propia naturaleza tienen no sólo virtudes curativas sino también en muchos casos efectos perjudiciales, que en un futuro darían lugar a poder exigirle

responsabilidades, con la consiguiente indemnización compensatoria, si se descubren nuevas dolencias, tratamientos o efectos negativos de los medicamentos, como pueden ser efectos cancerígenos que pongan de relieve una actuación errónea a la luz de los nuevos avances científicos y que el momento del tratamiento era correcta, como ocurrió en el caso litigioso". A lo que cabe añadir, a los solos efectos de constatación de la voluntad legislativa sobre esta materia, que en la reforma introducida en el artículo 141 de la Ley 30/1992 se señala expresamente que "no serán indemnizables los daños que deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquéllos"».

Por el contrario, la STS (Sala 1.^a) de 3 de diciembre de 1999 (RJA 8532) en la que se demanda por inoculación del virus VIH, se rechaza la existencia de fuerza mayor que permita excluir la responsabilidad de la Administración Pública sanitaria.

En el caso se le practicó a la paciente una transfusión sanguínea heteróloga el día 27 de junio de 1982. Desde 1990 acudió en varias ocasiones al centro médico por encontrarse aquejada de diversos males que afectaban a su salud, que progresivamente se iba deteriorando, siendo objeto de diversos ingresos y altas, sin que se le hubiera detectado ni practicado prueba médica alguna al respecto sobre si padecía VIH positivo (SIDA), siendo el 7 de febrero de 1992 cuando al marido de la paciente se informa que padece dicha enfermedad por consecuencia de la transfusión de sangre practicada, falleciendo el día 31 de julio de dicho año.

La Sentencia recurrida, utilizando las presunciones que autorizan los artículos 1249 y 1253 del Código civil, alcanza la conclusión de que la transfusión de sangre fue la que determinó la contaminación vírica que causó la muerte de la enferma, ya que los primeros síntomas del mal surgieron a los seis meses de la transfusión, decretando la desestimación de la demanda en base a que en aquella época era desconocida la enfermedad, toda vez que su detección sólo se produjo en el año 1985, aunque ya en 1982 se conocían las transfusiones autólogas o autotransfusiones intraoperatorias, que no le fue practicada a la finada.

La Sala 1.^a del TS señala:

El Tribunal de Instancia viene por tanto a atender sólo a la fecha de la transfusión que se deja referida, y sin haber analizado otras posibles transfusiones posteriores. Este razonamiento escueto y aislado justifica el fallo absolutorio pronunciado que Nos no aceptamos, pues deja de lado la pasividad notoria, por resultar suficientemente acreditada, en que incurrieron los servicios hospitalarios, y conforma efectiva negligencia médica (artículo 1902 del CC),

ya que desde 1990, en que se tuvo la oportunidad de llevar a cabo examen directo de la enferma, por las diversas revisiones a que fue sometida, con el antecedente de haber sido sometida a transfusión de sangre no suficientemente controlada, en cuanto su procedencia, necesidad e inocuidad, no se le practicó analítica ni actividad médica alguna para averiguar las causas del progresivo deterioro que afectaba a su salud, cuando ya por entonces la enfermedad del SIDA era suficientemente conocida, al haberse detectado el primer caso en los Estados Unidos en el año 1981, contando ya con regulación positiva en nuestro país –Decreto 1995/1985, de 9 de octubre (RCL 1985/2582 y ApNLD 6746; LG 1985/3054), sobre la hemodonación y bancos de sangre, Ordenes de 4 de diciembre de 1985 (RCL 1985/2959, RCL 1986/207 y ApNLD 7051), 18 de febrero y 23 de julio de 1987 (RCL 1987/510 y 1919) y 3 de octubre de 1990 (RCL 1990/2099)–, con lo cual, a nivel científico e incluso popular, se tenía noticias suficientes de los síntomas y graves consecuencias del Sida, y de este modo a partir sobre todo del año 1985 ya disponían los centros hospitalarios de las técnicas precisas para combatir el desarrollo del virus y como dice la Sentencia de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10161) (sobre un caso análogo al que nos ocupa), no supone que haya de excluirse necesariamente la responsabilidad por los eventos acaecidos con anterioridad, pues la graduación de los conocimientos sobre la enfermedad y los cuidados para evitar tal infección están dentro del riesgo que configura la responsabilidad quasi-objetiva civil.

En este caso el riesgo instaurado hay que referirlo, sin dejar de lado la causa originaria del contagio del VIH por la transfusión del año 1982, a que se dejó desarrollar la enfermedad, no obstante conocerse debidamente padecimientos asociados, sin haber sido objeto de diagnóstico y tratamiento adecuado, que se imponía como necesario, por lo que la culpa médica hay que centrarla considerando el desarrollo creciente y progresivo de la enfermedad, que fue consentido por actuación omisiva negligente de los servicios médicos implicados del centro hospitalario donde se atendió a la paciente en repetidas ocasiones, ocasionando clara infracción de la *lex artis* de la medicina, ante unas patologías que se presentaban incrementadas y acentuaban la pérdida creciente de la salud, pues de haberse aplicado el tratamiento correspondiente y disponible a la enferma, hubiera acreditado la atención y diligencia que ha de exigirse a quienes asumen una de las más nobles y enaltecedas tareas humanitarias, cual es la de procurar la salud de las personas. De esta manera, al menos, se hubiera podido intentar la paralización o aminoración del desarrollo del virus a fin de remitir la sintomatología o que el avance se produjera con la mayor lentitud posible, lo que aquí no concurrió por la omisión suficientemente acreditada de medios, conforme al *factum*, ya que la muerte de la mujer se produjo pocos meses después de haberle diagnosticado la enfermedad, diagnóstico que resulta tardío, tratándose de un mal de los más intensos, pues la sangre infectada como declara la Sentencia de 11 de febrero de 1998 (RJ 1998/707), es un hecho gravísimo y opera por la prestación de unos servicios sanitarios insuficientes y más bien pasivos en el caso que nos ocupa.

El motivo procede y con ello el recurso y con mayor razón, como declaran las Sentencias de 11 de febrero de 1998 y 28 de diciembre de 1998, ya referidas, y las más recientes de 9 de marzo y 5 de octubre de 1999 (RJ 1999/1368), en base constitucional de los artículos 43 y 51 de la Constitución Española, al tenerse en cuenta que en la época en la que fue tratada la paciente de referencia ya regía la Ley de 19 de julio de 1984 (RCL 1984/1906 y ApNDL 2943) (General para Defensa de Consumidores y Usuarios), cuyos artículos 25, 26 y 28.1 y 2, proclaman el derecho que tienen los consumidores y usuarios de los servicios sanitarios y de productos farmacéuticos a ser indemnizados por parte de los que le suministren dichos productos o servicios²⁰.

Dos supuestos análogos, dos soluciones distintas con fundamentos jurídico-materiales diversos²¹.

Ciertamente, esta situación choca frontalmente con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Cons-

²⁰ No resistimos la tentación de señalar la importante controversia generada tras la aparición de la Ley 4/1999, modificadora de la Ley 30/1992, al incluir una mención expresa en el artículo 141.1 de la LRJAP relativa a los que convencionalmente se han denominados «riesgos del desarrollo»; esto es, daños producidos por actuaciones o utilización y suministro de cosas cuya peligrosidad se desconocía en el momento de su aplicación, debido a que el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en ese momento no advertía de la existencia de los riesgos. Señala el artículo 141.1: «*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes establecen para estos casos*». Se ha querido ver en dicho precepto un supuesto de fuerza mayor que, expresamente, la Ley excluye del ámbito de lo indemnizable, en contra de lo dispuesto en el artículo 106 de la CE. No creo que ése sea el ámbito de ubicación de la citada norma. Aún en contra de lo manifestado por la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, donde explícitamente se hace referencia al artículo 141.1 manifestando que «*se trata técnicamente de un supuesto de fuerza mayor*», creamos que verdaderamente su ubicación en el párrafo primero del artículo 141 lo sitúa en el marco de la antijuridicidad. Se trata, como muy bien ha manifestado el profesor López Menudo («Responsabilidad Administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 36, 1999), de la especificación de una causa de exoneración, o dicho de otro modo, de delimitación, hecha desde la propia Ley reguladora del instituto de la responsabilidad (como lo hubiera podido haber hecho cualquier otra) del campo de lo antijurídico para una suerte de daños. Por tanto, continúa López Menudo, puede decirse que, de acuerdo con la Ley, los particulares tienen el deber jurídico de soportar, y por tanto no serán indemnizables, los daños imprevistos o inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica.

²¹ Es interesante conocer que recientemente un Juzgado de Primera Instancia de Oviedo ha planteado al Tribunal Europeo de Luxemburgo una cuestión prejudicial sobre la aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios y la Ley de Productos Defectuosos en el contagio transfusional. La decisión del Juzgado se ha producido en un caso en el que un paciente demandó a una empresa suministradora de unidades de sangre por un contagio de VHC alegando la aplicación de los artículos 25 y siguientes de la LGDCU. La empresa considera que los preceptos de la LGDCU no son aplicables, al haber sido derogados por la Ley de Productos Defectuosos, aplicable en España tras la adaptación de la Directiva 85/374 del Consejo de Europa. Información extraída de *Diario Médico* de 1 de junio de 2000.

titución, ya que, como afirma Leguina Villa²², la tutela judicial efectiva obliga a dar un tratamiento jurídico unitario al conflicto que enfrenta a las víctimas de los daños administrativos con todos sus eventuales responsables y exige por ello que se pueda demandar a todos ellos ante un único orden jurisdiccional, con independencia de que finalmente resulten o no condenados a reparar tales daños.

II. LOS TRADICIONALES ARGUMENTOS DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y SU RECUSACIÓN EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN IMPLANTADA POR LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y POR LA LEY 4/1999, DE 13 DE ENERO MODIFICADORA DE LA LEY 30/1992, DE 6 DE NOVIEMBRE

Son múltiples los pronunciamientos de la Jurisdicción Civil en los que se afirma su competencia para conocer de las pretensiones indemnizatorias presentadas frente a la Administración Pública por daños causados con ocasión de la prestación de servicios sanitarios²³. La fundamentación de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo es variada, aunque, fundamentalmente, los argumentos con cierta solidez pueden reducirse a los siguientes:

2.1. La concepción reduccionista del concepto «servicio público» realizada por la Sala 1.^a del TS

La actuación de la Administración Pública, por lo que respecta a los actos médicos realizados en sus establecimientos sanitarios, no tiene lugar en virtud de sus facultades soberanas, como parte de la Administración del Estado, sino como entidad privada; se está, por tanto, fuera de la relación de Derecho público, de ahí la aplicación del, hoy derogado por la Ley 30/92 (LRJAP), artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Esto es, la Administración actúa como un empresario privado, fuera de su actividad pública o de un servicio público, cuando se habla de daños causados por culpa o negligencia de sus funcionarios o empleados,

²² «Responsabilidad patrimonial...», cit. p. 7.

²³ Entre innumerables sentencias, algunas recientes como las de 7 de marzo de 2000 y 10 de noviembre de 1999 (RJA 8055).

lo que sitúa el tema como propio del Derecho civil²⁴. Es más, no ha faltado la ocasión en la que se ha calificado la relación existente entre la Seguridad Social y sus afiliados de carácter contractual²⁵.

Sorprende que se mantenga este posicionamiento en la STS de 7 de marzo de 2000 sobre un supuesto en el que la demanda rectora

²⁴ SsTS de 5 de mayo y 21 de septiembre de 1988 (RJA 3879 y 6847), 27 de enero y 7 de abril de 1989 (RJA 135 y 2997), 30 de enero y 23 de noviembre de 1990 (RJA 74 y 9042), 30 de julio de 1991 (RJA 5429), 4 de noviembre de 1992 (RJA 9199), 15 de marzo y 21 de septiembre de 1993 (RJA 2276 y 6650), 27 de febrero de 1995 (RJA 4077), 8 de abril y 3 de septiembre de 1996 (RJA 2988 y 6501).

²⁵ Es opinión común entender que no existe ningún tipo de contrato entre los afiliados a la Seguridad Social y los centros dependientes de la misma donde reciba las prestaciones, ni con el profesional sanitario que le atienda. En este sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de septiembre de 1994 (AC 1994/1500) al afirmar que: «*La relación entre la Seguridad Social y el beneficiario de sus prestaciones, entre las que figura la asistencia médica sanitaria es completamente diferente a la mantenida por aquel Instituto y el personal a su servicio, siendo el enfermo un particular que se ve afectado en su patrimonio personal y privado, susceptible de sufrir daño por culpa o negligencia de quienes le atienden, generándose así una responsabilidad civil, cuya efectividad requiere el ejercicio de la acción culposa extracontractual amparada en el artículo 1902 del Código civil y, en su caso, en el artículo 1903 del mismo Texto*». Posición confirmada por la STS de 8 de abril de 1996 (RJA 2988): «*ningún contrato privado existe entre los beneficiarios de la Seguridad Social y los organismos administrativos de ésta*». Asimismo, las SSAAPP de Valencia de 15 de marzo de 1995 (AC 1995/1166) y Granada de 21 de junio de 1994 (AC 1994/990).

Sin embargo, no ha faltado ocasión en la que esta opinión mayoritaria ha sido puesta en duda. Así, la STS de 29 de octubre de 1992 (RJA 8178) opta por considerar que la relación existente entre los afiliados a la Seguridad Social y el centro hospitalario, que integraido en la misma le ofrece asistencia médica, tiene carácter contractual. Igualmente, la SAP de Alicante de 4 de junio de 1996 (AC 1996/1664) en la que se desestima la excepción de prescripción de la acción al considerarse la existencia de un vínculo contractual entre el asegurado y la sanidad pública, y la necesidad de reconducir el plazo de prescripción al general de 15 años establecido en el artículo 1964 del Código civil.

La referencia a la posible relación contractual con las entidades sanitarias públicas aparece de nuevo en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1993 (RJA 2276). En tal caso, justifica el Alto Tribunal la existencia de dicha relación contractual, ya que «*el demandante acudió al hospital, no como afiliado o beneficiario de la Seguridad Social, sino como particular ajeno a la misma*». En esta línea, parece que el Tribunal (*a sensu contrario*) estima el carácter extracontractual de la relación existente entre los afiliados a la Seguridad Social y la entidad pública. Tal vez, la libertad de elección del personal médico o centro hospitalario, en el cual deba ser atendido el afiliado a la Seguridad Social, modifique la posición tradicional. Es el caso presentado en la sentencia de 18 de febrero de 1997 (RJA 1240), en la que atendiendo a la libertad de elección ejercida por el sujeto destinatario de la prestación del servicio, dentro del marco legal de la obligada asistencia sanitaria, estima existente un *contrato de adhesión* entre el afiliado al régimen general de la Seguridad Social y la entidad gestora de la prestación de asistencia sanitaria (Institut Catalá de la Salut). Contrato de adhesión con un contenido típico determinado legal o reglamentariamente, en atención a la oferta pública que los centros hospitalarios, concertados o no, mantienen dentro de sus posibilidades.

No obstante, la falta de un sistema de resarcimiento específico, establecido en el estatuto del servicio, sobre los daños que resulten de una prestación sanitaria defectuosa, ni las que derivan de la realización del riesgo del servicio, junto con el carácter estatutario de la posición del usuario del servicio público sanitario, donde se definen sus derechos y obligaciones, nos hace inclinarnos por la inexistencia de dicha relación contractual (en este sentido, VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Barcelona, 1996, p. 66). Creemos que esa es la línea que subyace en la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 25 de noviembre de 1991, en la que se estima el rein-

se interpuso con fecha de 26 de febrero de 1993, ya entrada en vigor la Ley 30/1992 (LRJAP), y sobre todo, aunque ciertamente no era norma aplicable al caso, teniendo delante el texto vigente del artículo 2. e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA) y del nuevo texto del artículo 9. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) a los que más adelante nos referiremos. Argumenta la sentencia que dicha Ley aún estaba pendiente de desarrollo normativo y en el marco de una discusión doctrinal acerca de su verdadero alcance en relación con el Derecho precedente, razones por las que la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha mantenido su jurisdicción en supuestos análogos.

tegro de los gastos por asistencia médica originados a un paciente afiliado a la Seguridad Social que, ante la inatención del sistema hospitalario establecido, se vio obligado a acudir a otro centro de carácter privado (señalar que la jurisprudencia es constante al declarar que la posibilidad de acudir a la medicina privada no constituye una opción del afiliado a la Seguridad Social, sino que es excepcional y debe ser justificada por los beneficiarios (STS (Sala 4.^a) de 5 de marzo de 1991 [RJA 1829]). La existencia de la obligación de la entidad gestora de prestar asistencia médica a los beneficiarios de la Seguridad Social, junto con un mecanismo de reparación de daños de carácter específico acorde con los postulados constitucionales sobre responsabilidad por funcionamiento de los servicios públicos, hace pensar que la responsabilidad derivada en este tipo de supuestos, ahora sí, es de estricto carácter contractual.

Vuelve a plantearse la cuestión en la STS de 18 de junio de 1998 (RJA 5290), que resuelve en los siguientes términos: «El primer motivo del recuso interpuesto por el Instituto Catalán de la Salud se amparó procesalmente en el número 4.^o del artículo 1692 de la LECiv y denuncia infracción de la doctrina jurisprudencia de esta Sala que ha calificado la responsabilidad de la entidad Gestora de la Seguridad Social como extracontractual o aquiliana, basándose en la denominada *culpa in eligendo* o *in vigilando* de esa entidad, aunque reconoce que esta misma Sala «ha considerado que la responsabilidad en que pudiera incurrir por la defectuosa asistencia médica es de carácter contractual», pero afirmando que son «sentencias aisladas». Al efecto, señala que la relación de los beneficiarios de la Seguridad Social, hoy Instituto Catalán de la Salud, y los beneficios es efecto indirecto del contrato de trabajo, carece de acuerdo libre de voluntades, no se dan los requisitos del artículo 1261 del CC e, incluso, el abono de la cuota por parte del trabajador no es una prestación voluntaria, sino una obligación inherente al inicio de la actividad por cuenta ajena, pues desde tal inicio tiene obligación de cotizar, vieniendo la cuantía predeterminada en función de sus ingresos, por lo que se trata de un servicio público que no puede equipararse «ni siquiera a una relación análoga a la contractual, que también ha sido considerada como susceptible de ser exigida por los artículos 1101 y siguientes del CC», por lo que concluye que la responsabilidad sólo puede exigirse por los artículos, 1902 y 1903 del CC, propios de la culpa extracontractual, cuyo plazo prescriptivo es de un año (artículo 1968 del CC) que había transcurrido al presentarse la demanda, tal como reconocía el Juzgado en el fundamento cuarto de su sentencia, por lo que debe estimarse la excepción».

Frente a esta argumentación del recurrente, el TS desestima el motivo del recurso señalando que: «El motivo tiene que decaer, no ya por la interpretación restrictiva del instituto de la prescripción o de los criterios sobre unidad de la culpa civil y existencia de puntos coincidentes entre la culpa contractual y extracontractual, basados en el principio general de que quien causa el daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por el incumplimiento de una obligación pre establecida que cuando proviene de una culpa no referida a un vínculo antecedente, pues en ambos casos se impone a la actuación sanitaria (médica y hospitalaria) la procura de la salud, con los medios higiénicos adecuados; y es que, como ya se declaró en la Sentencia de 31 diciembre 1997 (RJ 1997/9493), cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual (o similar) y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y

Se basa el TS en la doctrina previamente establecida en las sentencias de 12 de junio (RJA 4769) y 18 de febrero de 1997 (RJA 1240):

«Sobre la cuestión en estudio existe una jurisprudencia reiterada y constante de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencias de 3 marzo 1973 [RJ 1973/898], 1 julio 1986 [RJ 1986/4559], 31 marzo 1987 [RJ 1987/1842], 5 mayo y 21 septiembre 1988 [RJ 1988/4016 y RJ 1988/6847], 30 enero 1990 [RJ 1990/74] y 30 julio 1991 [RJ 1991/5435], entre otras), según la cual cuando las Entidades Gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, bien sea el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), bien las que han venido a sucederle en las Comunidades Autónomas a las que se ha transferido la competencia en la materia –así, en Cataluña el Institut Català de la Salut– realizan actuaciones de atención médica-sanitaria respecto a los particulares no lo hacen en el marco de una relación jurídico-pública, pues ni se hallan dotadas de *ius imperium*, ni ejercitan actividad de prestación de servicios públicos, sino en el de una relación de Derecho privado, a modo de empresarios obligados a procurar la curación de un lesionado o enfermo, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, según el cual cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración».

extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos, todo en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible (ver también S. de 18 febrero 1997 [RJ 1997/1240]), ocurriendo en el caso que nos ocupa que no ha existido cambio de acción o pretensión, pues en el escrito rector del proceso, en la demanda, se citan las normas generales sobre las obligaciones (artículos 1088, 1089, 1090 y 1091 del CC), al tiempo que los artículos 1903 y 1964, reconociendo el recurrente la unidad de los requisitos con el artículo 1101, a más de que esta Sala ha aplicado al caso, en supuestos iguales, la culpa extracontractual, lo que sería suficiente para la desestimación del motivo, máxime cuando el Juzgado ya advirtió a la parte hoy recurrente del «ensanchamiento de la fuente de la responsabilidad contractual», que «supondrá una relación jurídica preexistente que ordinariamente será un contrato, pero que puede perfectamente ser una relación enmarcada en el área de cualquier servicio privado o público (SSTS 26 enero 1984 [RJ 1984/386]; 1 marzo 1984 [RJ 1984/1191] y 19 junio 1984 [RJ 1984/3250], entre otras)» y que la relación jurídica procedente puede no ser un contrato *stricto sensu*, bastando que sea «análoga al mismo», «incluso presunta e incluso una relación de Derecho público similar a un contrato de Derecho privado (STS 9 julio 1984 [RJ 1984/3802])». Es por cuento antecede que, aun reconociendo lo acertado de las alegaciones vertidas en el motivo, esta Sala ha de ratificar el criterio y, cual la Audiencia, mantener con el Juzgado que *prima facie* «entre el fallecido don Jesús F. M. y la Seguridad Social existía una relación jurídica previa, precisamente, en virtud de la cual fue posible su ingreso y la posterior asistencia sanitaria en el centro en el que falleció. No es posible entender, a sensu contrario, que ningún vínculo jurídico ligaba al usuario del servicio médico y asistencial de la Seguridad Social... y que el daño que sufrió... derivara pura y simplemente de una situación de hecho en la que por la infracción de la diligencia debida por parte de algún agente, aún materialmente no conocido, se causara vulnerando el principio general de *alterum non laedere*». Y al propio Instituto, por hechos ocurridos en el mismo Hospital, ya se le rechazaron iguales razonamientos, vertidos para impugnar la competencia del orden jurisdiccional civil».

«Resulta innegable que la actuación de la entidad pública demandada-recurrente, aunque se facilitase en virtud de una obligación legal, no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración Pública, sino como entidad privada para proceder a la asistencia de un enfermo que había sido ingresado para su curación, y, por tanto, el caso de autos no encaja dentro de las propias relaciones de Derecho público, sino en el previsto en el artículo 41 de la Ley de Régimen de la Administración del Estado, es decir, cuando actúa en relaciones de Derecho privado, supuesto en el que responderá ante los Tribunales ordinarios por los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, por más que se considere la actuación de los mismos como actos propios de la Administración, e incardinándose todo ello en el ordenamiento civil, a los efectos de la reclamación de la oportuna indemnización. En esta línea se encuentran, entre otras, las Sentencias de la Sala de 3 marzo 1973 (RJ 1973/898); 1 julio 1986 (RJ 1986/4559); 16 marzo 1987 (RJ 1987/10213); 5 mayo, 7 y 22 junio y 21 septiembre 1988 (RJ 1988/4016, RJ 1988/4825, RJ 1988/5124 y RJ 1988/6847); 7 abril 1989 (RJ 1989/2997) y 30 enero y 23 noviembre 1990 (RJ 1990/74 y RJ 1990/9042), y aunque las mismas recayeron en supuestos de culpa extracontractual, su doctrina es aplicable a todo género de culpa o negligencia, máxime, cuando lo dispuesto en el artículo 1903, apartado quinto, del Código civil, debe entenderse completado por el artículo 40.1 de la Ley anteriormente citada que permite exigir responsabilidad al Estado, o entidades públicas, por toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, norma la expresa que figura consagrada en el artículo 106.2 de la Constitución».

Nada más lejos de la realidad. No cabe duda de que la prestación de servicios médicos o sanitarios por los entes públicos, cualquiera que sea la Administración titular de los mismos (estatal o autonómica), cae dentro del concepto de *servicio público* plasmado en el artículo 106. 2 de nuestra Constitución: *el servicio público de protección de la salud* (STS de 19 abril de 2000 (RJA. 2977), (Sala 4.^a) 19 de abril de 1999 (RJA 4528) y STSJ de La Rioja de 22 de abril de 1996 [RJA 1261])²⁶. Concepto general e impreciso, pero que la jurisprudencia ha perfilado en materia de responsabilidad al señalar

²⁶ PEMÁN GAVÍN, «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, p. 288; PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica...*, cit. p. 20 y FERNÁNDEZ PASTRANA, *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Madrid, 1984, pp. 26-39.

Con carácter general, señala PARRA LUCAN en sus comentarios a la STS de 6 de julio de 1990 (RJA 5780), en la que se condena al hospital público a satisfacer una indemnización por el daño consistente en la *propia privación de la asistencia médica* y no en la muerte del paciente, no resulta sencillo precisar el contenido y efectividad del derecho a la protección de la salud. El Tribunal Constitucional ha tenido en cuenta el artículo 43 de la Constitución en algunos de sus pronunciamientos: así, en sentencias de 28 de abril de 1983 y de 30 de septiembre de 1986 para afirmar, de acuerdo con otros preceptos constituciona-

insistente que: *servicio público es toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa ejercida, incluso la omisión o la pasividad, cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado*²⁷. Se acepta una concepción amplia en la que se identifica servicio público, a efectos de responsabilidad, con todo el hacer y actuar de la Administración como actividad de gestión pública²⁸. Aún más, la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos, señala Beladíez Rojo²⁹, debe comprender: por una parte, a toda actividad de titularidad pública, tanto si la realiza un sujeto de Derecho público o de Derecho privado, y con independencia de que este último sea una empresa pública o no, pues la Administración también puede contratar con particulares su realización o prestación; y, por otra, a las actividades privadas que *objetivamente* puedan ser consideradas como actividad del servicio público.

Confirma lo expuesto la STS de 19 de abril de 2000 (RJA 2977) al indicar que:

Por todo ello es preciso afirmar que la referida señora estaba utilizando un servicio público de la Administración, lo cual excluye la aplicación del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957 (RCL 1957/1058, 1178 y NDL 25852) –la norma vigente para los actuales eventos– que establecía someter a los Tribunales de orden civil –Tribunales ordinarios según la dicción legal– la responsabilidad del Estado y demás Administraciones públicas, pero siempre que dichas personas públicas actúen en relaciones de Derecho privado. Y tiene, por ello, que

les, respectivamente, la exigencia de que exista un sistema normativo nacional de la sanidad y la competencia estatal en la materia como consecuencia de la necesaria protección del derecho a la salud de todos los ciudadanos. Pero, además, continúa PARRA LUCAN, el reconocimiento efectuado en el artículo 43 de la Constitución del derecho a la protección de la salud ha venido también *informando ya la práctica judicial* fuera del ámbito de la jurisdicción civil. Así, la Sala cuarta del TS, en sentencia de 12 de marzo de 1984 señala cómo el artículo 43 impone a los poderes públicos la adopción de procedimientos eficaces para defender la salud, desestimando el recurso interpuesto por una asociación empresarial contra una normativa reguladora del envasado de determinados alimentos. La misma Sala, en sentencia de 18 de diciembre de 1985 señala la obligación de los poderes públicos, como consecuencia de lo previsto en el artículo 43, de adoptar las medidas preventivas que resulten necesarias para proteger la salud, declarando de ésta forma ajustada a derecho la orden de un Alcalde de retirar del mercado carne en defectuoso estado sanitario. PARRA LUCAN, «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1990», *CCJC*, núm. 24, 1990, p. 867 y CARRASCO PERERA, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad contractual (1990-1992)», *Aranzadi Civil*, núm. 5, 1993, p. 11.

²⁷ SsTS (Sala 3.^a) de 14 de junio y 22 de noviembre de 1991 (RJA 5115 y 8844), 5 de octubre de 1993 (RJA 7196) y 18 de diciembre de 1995 (RJA 9408).

²⁸ STS (Sala 3.^a) de 16 de febrero de 1996 (RJA 1199). Sobre el tema, GARCÍA DE ENTERÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit. p. 375 y ARIÑO/DE LA CUÉTARA/MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑÍZ, *El nuevo servicio público*, Madrid, 1997.

²⁹ BELADÍEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1997, pp. 49-50.

estar acogida la pretensión en cuestión a lo que se dispone en el artículo 40 de dicha Ley, o sea a ser dilucidada en la vía contencioso-administrativa.

Y del *factum* de la sentencia recurrida, se desprende que se estaba utilizando, en el caso presente, un servicio público como tal y por tener derecho a ello, lo que por otra parte no ha sido ni siquiera controvertido.

En conclusión, que ni el personal del centro hospitalario, ni el Insalud actuaba con carácter privado, lo que excluye que este orden jurisdiccional civil, sea el competente para conocer de la presente contienda judicial.

En todo caso, la concepción reduccionista del concepto *servicio público* practicada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo carece hoy día de relevancia, desde el momento en que ya el artículo 144 de la LRJAP (reformado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, por la que se modifica la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) establecía un único cauce procedural, el administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa, para los expedientes de reclamación de indemnización frente a la Administración Pública, con independencia de que éstas se deban a relaciones de Derecho público o de Derecho privado³⁰.

Así, el artículo 144 establecía que:

Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio (...). La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda.

Esto es, de acuerdo con el procedimiento, común o abreviado, de exigencia de la responsabilidad de la Administración. Algo que reitera también el artículo 142.6 cuando señala que:

La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa.

Y, en consecuencia, la resolución es recurrible ante la jurisdicción contenciosa-administrativa³¹.

³⁰ SsTS 16 de marzo (RJA 1840) y 19 de abril de 2000 (RJA 2977), SAP de Palencia de 14 de marzo de 1995 (*Actualidad Civil, Audiencias*, 1995, núm. 1239), SAP de León de 7 de abril de 1995 (*Actualidad Civil, Audiencias*, 1995, núm. 1709), SAP de La Coruña de 20 de noviembre de 1996 (*Actualidad Civil, Audiencias*, 1997, núm. 210), SAP de Málaga de 10 de diciembre de 1996 (*Actualidad Civil, Audiencias*, 1997, núm. 823) y STSJ de Extremadura de 9 de enero de 1995 (RJA 6).

³¹ Si bien, y sobre la base de la propia LRJAP, no siempre se acepta dicha interpretación. En este sentido, la SAP de Málaga de 21 de abril de 1995 (*Actualidad Civil, Audiencias*, 1995, núm. 1709) y la SAP de Madrid de 22 de junio de 1995 (*Actualidad Civil, Audiencias*, 1995, núm. 220) no lo hacen.

El problema de fondo era otro, ¿la unidad preconizada por el artículo 144 era exclusivamente procedural o también de carácter sustantivo?

Un determinado sector doctrinal³² entendió que la remisión manifestada por el artículo 144 a los artículos 142 y 143 limitaba el sometimiento de las Administraciones Públicas, en sus actuaciones sometidas al Derecho privado, a los aspectos procedimentales y jurisdiccionales, pero en ningún caso al régimen material aplicable que debía seguir siendo el propio del Derecho privado. Por el contrario, otro sector doctrinal³³ entendió que la Administración que actuaba en relaciones de Derecho privado no sólo quedaba sometida al procedimiento administrativo de reclamación y a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también al régimen sustantivo de responsabilidad propio del Derecho administrativo descrito en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (LRJAP).

La cuestión parece haber quedado resuelta con la Ley 4/1999 (por la que se modifica la Ley 30/1992 de RJAP) al modificar el último inciso del artículo 144 estableciendo la remisión, ya no a los

cias, 1995, núm. 66) se desmarca de la posición mayoritaria al señalar que: «*A tenor del artículo 144 de la Ley 30/1992, cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo, actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, cuando proceda; más ello plantea la cuestión referente al orden jurisdiccional competente, si el contencioso-administrativo o el civil para resolver sobre estas indemnizaciones. La Sala, haciendo una interpretación teleológica de la norma, entiende que la remisión hecha, sólo se verifica respecto al procedimiento administrativo aplicable, sin implicar la existencia de un régimen unificador en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que se opondría frontalmente a lo previsto en los apartados 2 y 4 del artículo 9 de la LOPJ en la que con claridad se establece que los Tribunales y Juzgados del orden civil, conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no están atribuidas a otro orden jurisdiccional, y que los del orden contencioso administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos propios de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias. De ello puede deducirse que es al orden civil al que corresponde el conocimiento de las cuestiones de responsabilidad derivadas de las actuaciones de las Administraciones Públicas cuando actúen en relación de Derecho privado, que es para aquél "materia propia". Cabría no obstante oponer que a tal conclusión el artículo 142.6 de la Ley 30/92 cuando señala que la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial pone fin a la vía administrativa "cualquier que fuese el tipo de relación pública o privada de que derive", pero no impone que contra dicha resolución sólo quepa recurso contencioso administrativo ante los Tribunales de dicho orden jurisdiccional, puesto que precisamente tal previsión se hallaba en el artículo 139.5 del Proyecto del Gobierno, y fue suprimida en el Texto definitivo, con lo que quedaba sin efecto la atribución indiscriminada a la jurisdicción contencioso-administrativa de cualquier tipo de reclamación en esta materia».*

Insiste en la competencia de la Jurisdicción Civil la SAP de Alicante de 7 de marzo de 1997 (*Actualidad Civil, Audiencias*, 1997, núm. 864) y Soria de 3 de junio de 1999 (AC 1999/1311).

³² GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit. p. 386.

³³ MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España... », cit., pp. 50-53.

artículos 142 y 143, de manifiesto carácter procedural, sino a los artículos 139 y siguientes, esto es, también a aquellos preceptos que regulan los aspectos sustanciales y materiales, fundamentalmente el artículo 139, del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. De este modo la Administración Pública responderá siempre con arreglo a la LRJAP, tanto en los aspectos procedimentales, como en los sustantivos, siendo la jurisdicción competente la Contencioso-administrativa, ya actúe en relaciones de Derecho público o en relaciones de Derecho privado³⁴. La Jurisdicción civil ya no podrá basar su competencia en una interpretación restrictiva de la expresión funcionamiento de los servicios públicos, ya que, sea cual sea la interpretación de dicha expresión del artículo 139 LRJAP, esto es, sea cual sea el tipo de relación, pública o privada, de que derive la responsabilidad la jurisdicción competente es la contenciosa-administrativa y el derecho material aplicable el propio de la LRJAP³⁵.

No debía haber hecho falta tanto, la pretendida «unidad jurisdiccional», admitida sin discusión por algunos desde la Ley 30/1992 y negada por otros, presentaba explícito reconocimiento y refrendo, a favor de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) que en su artículo 2. e) declara que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con «*la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social*».

La Ley 29/1998 (LRJCA) ha solventado las dudas suscitadas sobre si la entrada en vigor de la Ley 30/1992 había venido a retornar al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo la competencia exclusiva para conocer de las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en todas sus facetas. Su Exposición de Motivos justifica la «unidad jurisdiccional» en los siguientes términos:

«En esta línea, la ley precisa la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo para conocer de las cuestiones que se susciten en relación no sólo con los contratos administrativos... (y) algo parecido debe decirse de las cuestiones que se susci-

³⁴ MIR PUIGPELAT, «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de la LRJPAC», *RJC*, núm. 4, 1999, p. 1021.

³⁵ MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», cit. p. 350.

ten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Los principios de su peculiar régimen jurídico, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal».

El nuevo marco de competencias jurisdiccionales generó, asimismo, la adaptación del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el que se diseña el cuadro competencial de todos los órganos jurisdiccionales. Si bien, en contra de lo que podía pensarse, el Auto de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1999 (RJA 6963) señala que no era necesario modificar del artículo 9 de la LOPJ, sobre reglas de competencia de los Órganos Judiciales, pues el Tribunal Constitucional por Auto número 292/1997, de 22 de julio (RTC 1997/292), con cita de la Sentencia del mismo Tribunal número 224/1993 (RTC 1993/224), ha declarado que:

«Cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de... (los) órdenes, produciéndose de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas –Ley Orgánica y Ley Ordinaria– que no obsta a la reserva establecida en el artículo 122.1 de la Constitución Española y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita... (y también es evidente) que el artículo 142.6 de la Ley 30/1992, puede ser interpretado... de conformidad con la Constitución y, en concreto, con la reserva de Ley Orgánica a que se refiere el artículo 122.1 de la Constitución Española, de acuerdo con la propia jurisprudencia constitucional y, desde luego, con el artículo 9.4 LOPJ. Es claro, en efecto, que el artículo 142.6 de la Ley 30/1992 (“la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa”), no contradice por sí mismo, el enunciado genérico que contiene el artículo 9.4 Ley Orgánica del Poder Judicial».

Sin embargo, la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, reforma el artículo 9.4 de la LOPJ, dándole una redacción acorde con las previsiones competenciales de la mencionada LRJCA, señalando en su párrafo segundo que los órganos judiciales de esta jurisdicción (contenciosa-administrativa) «*Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su*

servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional». Precepto éste que incluso aclara que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende también a supuestos en los que puedan concurrir sujetos privados.

Como se puede deducir fácilmente, se intenta, y posteriormente veremos si efectivamente se consigue, cerrar el paso a la Jurisdicción civil en el enjuiciamiento de cualquier supuesto en el que se vea involucrada la Administración Pública³⁶.

Definitivamente, y en lo que nos atañe, la cuestión sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en materia de asistencia sanitaria, ha sido resuelta en sentido favorable a la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Algo que reiteradamente venía estableciendo la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo ante supuestos en los que la reclamación se formuló en virtud de demanda presentada después de la vigencia de la Ley 30/1992 (LRJAP), y de su Reglamento de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial (RD 429/1993, de 26 de marzo). Así, en Autos de 7 de julio y 27 de octubre de 1994 (RJA 7998 y 10587), 11 de diciembre de 1995 (RJA 9782 y RJA 9783), 25 de octubre de 1996 (RJA 9128), 18 de marzo, 4 de julio, 17 de julio y 18 de diciembre de 1997 (RJA 1305 a 1312 y 1314 a 1318; RJA 1998/1322 y RJ 1998/1326 a 1331), 25 de marzo y 3 de noviembre de 1998 (RJA 7336 y 7979) y de 22 de marzo de 1999 (RJ 1999/3676) (conflictos de competencias números 58, 60, 67, 69 y 71/1998). Y lo viene a confirmar las últimas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo, en particular, las sentencias de 16 de marzo (RJA 1840), 19 de abril (RJA 2977) y 29 de junio de 2000 (Diario *La Ley*, núm. 5165, 19 octubre 2000). Señala esta última:

La normativa aplicable actualmente en este tema, parte de las disposiciones aprobadas por las respectivas Comunidades Autónomas, se encuentra en el artículo 106.2 CE, el cual establece que «los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»; en el artículo 149, apartado I, regla 18.^a, de la CE, que reconoce la competencia exclusiva del Estado para fijar la legisla-

³⁶ En este sentido, LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración y unidad...», cit., p. 10 y MARTÍN REBOLLÓ, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», cit., p. 350.

ción básica sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas; en el artículo 2 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que reconoce su competencia para conocer de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración; y en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollado en este aspecto por el RD 429/1993, de 26 de marzo. La publicación de las Leyes 30/1992 y 29/1998 evidencian un cambio del panorama competencial, con la tendencia en la nueva legislación, de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas y en el artículo 215 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, por razones de seguridad jurídica, conviene respetar los criterios competenciales precedentes para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo aludido, pues su quiebra ante un proceso iniciado previamente a la puesta en vigor de la comentada normativa, perjudicaría el principio de la tutela judicial efectiva y produciría indefensión, con clara vulneración del artículo 24.1 CE.

No obstante, visto lo visto y ante la insumisión de la Sala 1.^a de lo Civil y 4.^a de lo Social del TS³⁷, para que no se pudiera plantear duda alguna en cuanto a la «unidad jurisdiccional» en relación a la reclamación de daños sanitarios generados en el ámbito de la Administración Pública, la Ley 4/1999 añade a la Ley 30/1992 una nueva disposición adicional duodécima, en la que se establece que:

La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.

Ahora bien, hace notar Mir Puigpelat³⁸, con la nueva regulación del artículo 144 LRJAP y 2. e) de la LRJCA, la cuestión se traslada a la determinación de qué debe entenderse por «*Administraciones Públicas*». La conclusión a la que llega el citado autor puede esti-

³⁷ Dos nuevos ejemplos en las SsTS de (Sala 1.^a) 7 de marzo de 2000 (RJA 1508) y (Sala 4.^a) de 6 de marzo de 2000 (RJA 2600).

³⁸ MIR PUIGPELAT, «La reforma del sistema...», cit., pp.1021-1023. Asimismo, destaca MARTÍN REBOLLO, la importante novedad que representa la redacción de los artículos 142.6 y 144: «*Novedad que para significar algo, debería incluir la actividad privada de los entes públicos instrumentales ahora denominados "Entidades públicas empresariales", que son también Administración (inciso primero del artículo 2.2 de la Ley 30/92) y*

marse satisfactoria: «no cabe incluir dentro del concepto de Administración Pública manejado por el artículo 144 a los entes con fórmulas de personificación privadas creadas instrumentalmente por las Administraciones Públicas; pero sí, sustentado en el argumento que proporciona el artículo 2.2 de la Ley 30/1992 (LRJAP), junto a las denominadas Administraciones Públicas típicas (Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Entes Locales y Organismos Autónomos), deben incluirse los entes con formas de personificación pública y sometidos al Derecho privado».

2.2. La indivisión de la «continencia de la causa»

Con base en el carácter solidario de la responsabilidad reclamada, se argumenta sobre la necesidad de no dividir la continencia de la causa, que podría dar lugar a sentencias contradictorias, y apoyada en frecuentes referencias a los artículos 9. 2.º y 85. 1.º de la LOPJ, preceptos en los que se manifiesta una clara *vis atractiva* hacia la Jurisdicción Civil de estas materias, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo afirma su competencia para conocer de toda pretensión indemnizatoria que se articule *conjuntamente* frente a la Administración Pública (sanitaria) y el personal a su servicio³⁹.

No parecía que tras la Ley 30/92 se pudiera impedir esta constante práctica jurisprudencial (SAP de Alicante de 7 de marzo de 1997 [*Actualidad Civil, Audiencias*, 1997, núm. 864] y SAP de Palencia de 18 de abril de 1997 [*Actualidad Civil, Audiencias*, 1997, núm. 972]). No obstante, siempre cabría entender que después de la LRJAP, cuando el personal de las Administraciones Públicas actúa dentro de su cargo u oficio, en aquellos casos en que

que constituyen el instrumento a través del cual la Administración General del Estado o la de las Comunidades Autónomas propiamente dicha usan el Derecho privado. Si no, ¿qué supuestos relevantes existen de "relaciones de Derecho privado"? La Administración usa el Derecho privado básicamente a través de esos entes instrumentales –no a las empresas y sociedades de titularidad pública– a los que se les debe aplicar la previsión unificadora». MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad ...», cit., p. 348.

³⁹ SSTS de 7 y 22 de junio de 1988 (RJA 4825 y 5124), 1 de diciembre de 1987 (RJA 9170) y 20 de febrero de 1981 (RJA 564). Acepta esta posición, BERCOVITZ, «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1987», *CCJC*, núm. 13, 1987, pp. 4351-4372.

Manifiesta su oposición a tal posibilidad Pantaleón Prieto, ya que del número 2 del artículo 154 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se deduce con claridad la incompatibilidad del ejercicio en el mismo juicio de acciones cuyo conocimiento sea competencia de jurisdicciones distintas. PANTALEÓN, *Responsabilidad médica...*, cit., p. 23, *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, cit., pp. 103-104 y MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión...», cit., p. 89.

hay responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta sustituye a la del particular (personal sanitario) y sólo cabe posterior repetición⁴⁰. Responsabilidad exigible ante el orden Contencioso-Administrativo (artículo 144 de la LRJAP).

Varios eran los argumentos que podían avalar esta interpretación: 1) la dicción literal del artículo 145.1, según el cual los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio; 2) la derogación expresa del artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que permitía al perjudicado la reclamación directa contra las autoridades y funcionarios en los supuestos de culpa o negligencia graves; y 3) la propia discusión parlamentaria, en la que se rechazó una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en la que se pretendía añadir al artículo 145.1 el inciso final, sin perjuicio de su derecho a dirigirse directamente contra éstos⁴¹.

Esta es la argumentación que sustenta el ejemplificativo Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1998 (RJA 7336) y que, a pesar de su extensión, conviene reproducir en su integridad:

Del examen de los antecedentes se infiere que la cuestión suscitada se concreta en los siguientes hechos:

a) Ingreso el día 6 de noviembre de 1993 de don Manuel S. R. en el Servicio de Guardia de Urgencias del Hospital de la Princesa de Madrid, al que fue remitido desde San Fernando de Henares y en el que resultó inicialmente atendido por la doctora que se encontraba de guardia en dicho servicio de urgencias, doña María Jesús J., siendo el centro médico referido dependiente del Instituto Nacional de la Salud.

b) Tras el ingreso en el servicio de urgencias del Hospital, se produce la remisión a su domicilio, sin que dicho servicio se hiciera cargo del paciente, al descartarse, inicialmente, una patología urgente.

c) Posteriormente, el día 7 de noviembre de 1993, es conducido de nuevo al Hospital de la Princesa con la misma sintomatolo-

⁴⁰ En este sentido PANTALEÓN, *Responsabilidad médica...*, cit. pp. 55-61 y MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión ...», cit. pp. 93-96. No lo entiende así MUÑOZ MACHADO (*Responsabilidad del personal sanitario*, CGPJ, cit. pp. 228-229) quien estima que no es ésa la tesis que resulta de la práctica en estos momentos, ni de la interpretación de la Ley 30/92. Asimismo, PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudios, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid, 1993, pp. 453-454.

⁴¹ Sobre la elaboración parlamentaria del nuevo régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas, LÓPEZ-MEDEL BASCONES, *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tomo. II, Madrid, 1993, pp. 481-495.

gía precedente, ante la inminente gravedad de un infarto de miocardio, falleciendo, según los servicios médicos del centro, en la tarde del día 9 de noviembre de 1993 y descartándose la patología inicialmente diagnosticada por la doctora que atendió al paciente y que no era determinante de su ingreso en el centro médico.

d) Ante el evidente error de diagnóstico de la doctora J. y la defectuosidad de la organización de los servicios de urgencia del Hospital de la Princesa de Madrid al posibilitar que un paciente, cuyo ingreso en el centro venía precedido de un volante con un diagnóstico de posible infarto agudo de miocardio, fuera dado de alta a las pocas horas sin realización de las pruebas necesarias para descartar dicha dolencia, los familiares, después de iniciar un proceso penal y desistir de un proceso laboral, promueven una reclamación conjunta y solidaria contra la doctora J. H. y el INSALUD, de quien dependía orgánica y funcionalmente el Hospital de la Princesa, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 54 de Madrid.

e) La representación procesal del INSALUD promueve conflicto de competencia por inhibitoria ante la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, para que requiriera de inhibición al Juzgado de Primera Instancia núm. 54 de Madrid.

Con esos hechos el TS declara:

Segundo: Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha determinado el conocimiento de las cuestiones relativas a responsabilidad extracontractual fundamentadas en los artículos 1902 y 1903 del Código civil y en aplicación del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (TR 26 julio 1957 [RCL 1957/1058, 1178 y NDL 25852]), cuando se trataba de reclamaciones en las que la Administración actuaba en relaciones de Derecho privado, en las que la competencia era asumida por la jurisdicción ordinaria (sirvan de ejemplo, entre otras, las Sentencias de la Sala Primera de 5 de mayo y 21 de septiembre de 1988 [RJ 1988/4016 y RJ 1988/6847], 27 de enero y 7 de abril de 1989 [RJ 1989/135 y RJ 1989/2997], 30 de enero y 23 de noviembre de 1990 [RJ 1990/74 y RJ 1990/9042], 30 de julio de 1991 [RJ 1991/5435], 15 de marzo de 1993 [RJ 1993/2276] y 18 de febrero y 26 de mayo de 1997 [RJ 1997/1240 y RJ 1997/4115]), en materia de responsabilidad culposa, originada por actuaciones médicas.

Este mismo criterio se sigue en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1997 (RJ 1997/5208), que, entre otras resoluciones, fundamenta el Auto de 22 de octubre de 1997 del Juzgado de Primera Instancia núm. 54 de Madrid, para no acceder al requerimiento de inhibición formulado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Sin embargo, como reconocen los Fundamentos de derecho segundo y cuarto de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1997, concurrían en aquel supuesto las siguientes circunstancias:

a) Se trataba de un caso anterior a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992/2512, 2775 y RCL 1993/246), de Régimen

Jurídico de las Administraciones Pùblicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando no se había modificado la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 y reitera la referida sentencia que cuando la Administración lesiona bienes de carácter privado, es competencia de la jurisdicción ordinaria, apoyando dicho criterio jurisprudencial en las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5632), 1 de julio de 1986 (RJ 1986/4559), 31 de marzo de 1987 (RJ 1987/1842), 23 de noviembre de 1991, 11 de junio de 1993 (RJ 1993/4827), 8 de febrero de 1994 (RJ 1994/834), 23 de noviembre de 1990 y 3 de octubre de 1994 (RJ 1994/7443), entre otras.

b) Se estima en la sentencia que el Orden Jurisdiccional Civil era competente cuando la acción procesal se promueve contra médicos a título particular, abonando la solución a favor del Orden Jurisdiccional Civil, criterio mantenido en las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1994 (RJ 1994/6026), 8 de junio de 1994 (RJ 1994/4899) y 18 de mayo de 1994 (RJ 1994/4098), porque demandados los particulares y la Administración, entendía la Sala Primera que no puede desdoblarse en dos órdenes el conocimiento de la cuestión, haciendo quebrar la continencia de la causa, con el riesgo de resoluciones diferentes.

c) Finalmente, se señalan como criterios prevalentes el de la «vis atractiva» del Orden Jurisdiccional Civil y la evitación del peregrinaje de jurisdicciones, lo que, con anterioridad, se había manifestado en las Sentencias de 17 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6591), 14 de octubre de 1986 (RJ 1986/5788), 25 de octubre de 1989 (RJ 1989/6964), 24 de enero de 1990 (RJ 1990/20), 17 de julio de 1992 (RJ 1992/6433), 1 de febrero de 1993 y 20 de junio de 1994, todas ellas de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Tercero.—Los anteriores razonamientos no resultan de aplicación en el supuesto que se plantea en la presente cuestión de competencia, en la medida en que doña María Jesús J. no es demandada en el proceso civil como particular o médico particular, sino como específicamente se alude en el segundo de los hechos de la demanda «en su condición de facultativa que se encontraba de guardia en el Servicio de Urgencias del Hospital de la Princesa el día 6 de noviembre de 1993», por lo que es inaplicable la jurisprudencia de la Sala Primera, invocada anteriormente, como fundamento del conocimiento por parte de la jurisdicción ordinaria.

A mayor abundamiento, sobre este punto, como ha reconocido esta Sala de Conflictos en precedentes autos, los Médicos y Asistentes Técnicos Sanitarios son personal estatutario de la Seguridad Social al amparo del artículo 45.2 del Decreto 2065/1974, de 30 mayo (RCL 1974/1482 y NDL 27361), que establecía que era la Jurisdicción Social la competente para conocer de las cuestiones contenciosas entre las entidades gestoras y su personal, párrafo derogado por la disposición derogatoria primera, b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (RCL 1984/2000, 2317, 2427 y ApNDL 6595), que no afecta a los médicos, escalas sanitarias y asesores médicos, en la forma prevista en la disposición adicional decimosexta de la Ley 30/1984, habiendo dejado en vigor, de

forma expresa, el artículo 45 del Decreto 2065/1974 y la disposición derogatoria única, a.1 del Real Decreto 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994/1825).

Cuarto.—Tampoco resulta esencial para determinar la competencia del Orden Jurisdiccional Civil la invocación que se efectúa en el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 54 de Madrid de 22 de octubre de 1997 a la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de junio de 1994 (RJ 1994/5025), porque en dicha resolución se pone de manifiesto, en particular en el fundamento jurídico cuarto, que lo determinante a efectos de resolver el orden jurisdiccional competente está en el análisis de la actuación del particular demandado y su conexión con el funcionamiento del servicio público, que está en la causa del efecto lesivo producido y aplicando esa ponderación, resulta forzoso diferenciar en la cuestión examinada:

a) El caso de una convergencia eventual de la acción del particular y del funcionamiento del servicio público en la causación del resultado dañoso, extremo que no se produce en el caso examinado.

b) La posición del médico que se inserta en el propio funcionamiento del servicio, actuando de esta manera en la cuestión examinada, pues, en su condición, incide en la prestación del servicio público sanitario, dentro de la organización del ente administrativo codemandado, que es determinante del origen causal del daño alegado.

Quinto.—Por el contrario, sí resultan admisibles los razonamientos que se contienen en el Auto de planteamiento del requerimiento de inhibición dictado, con fecha 24 de julio de 1997, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que tiene en cuenta, entre otros, el precedente Auto de la Sala de Conflictos de 7 de julio de 1994 (RJ 1994/7998).

En efecto, en dicho auto se reconoció a favor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el conflicto positivo de competencia mantenido con el Juzgado de lo Social núm. 12 de Barcelona, en un supuesto derivado de indemnización por prestación incorrecta de asistencia sanitaria, por fallecimiento de una enferma a consecuencia de una transfusión sanguínea infectada del virus de inmunodeficiencia humana.

Sexto.—En el caso examinado, producidos los hechos el 9 de noviembre de 1993, la Ley 30/1992 establece el principio de unidad jurisdiccional en la materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pùblicas por una doble vía:

a) Unificando el procedimiento para la reclamación de indemnización.

b) Determinando, con carácter único, la jurisdicción y el régimen jurídico aplicable, terminando con lo que la Sala Primera gráficamente ha denominado «lamentable peregrinaje de jurisdicciones» (así en Sentencias de 5 de julio de 1983 [RJ 1983/4068] y 1 de julio de 1986 [RJ 1986/4559], entre otras).

El desarrollo de los indicados puntos permite constatar como criterios relevantes, de esencial aplicación en la cuestión examinada, los siguientes:

a) El procedimiento lo señala el artículo 145.1 de la Ley 30/1992, cuando dice que «Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio». Así, en la cuestión examinada, se produce una actividad prestacional por parte de la Administración en la que es indiferente, al amparo del artículo 142.6 de la Ley 30/1992, la naturaleza pública o privada de la relación de que deriva la responsabilidad.

b) El segundo aspecto plantea el problema de la unificación jurisdiccional a favor del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, habida cuenta de la derogación específica del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, del principio de responsabilidad directa de las Administraciones Públicas cuando actúan en relaciones de Derecho privado (artículo 144 de la Ley 30/1992) y de la responsabilidad exigible, en la forma prevista en los artículos 142 y 143 de dicho Cuerpo Legal.

Séptimo.—Este criterio legal viene precedido de algunos criterios jurisprudenciales en materia de reclamación de indemnización de daños y perjuicios por defectuosa asistencia médica, extraídos del análisis de algunos autos precedentes de la Sala Especial de Conflictos de Competencia.

Como ejemplo pueden citarse: El Auto de 8 de marzo de 1991 en el conflicto suscitado entre la Sala Tercera, Sección Primera, del Tribunal Supremo y la Sala Cuarta de dicho Tribunal, en el que se declaró improcedente el requerimiento de inhibición realizado por la Sala Cuarta, el Auto de 11 de diciembre de 1995, núm. 13/1995 (RJ 1995/9782), que resuelve a favor de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el conflicto planteado con el Juzgado de lo Social núm. 19 de Barcelona, en demanda de reclamación de indemnización contra el Instituto Catalán de la Salud, el Auto núm. 14/1995, de 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9783), que resuelve el conflicto a favor de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior del País Vasco, en relación con el conflicto mantenido con el Juzgado de lo Social núm. 8 de Bilbao, en demanda de reclamación de indemnización contra el Servicio Vasco de Salud, y el Auto de 25 de octubre de 1996, que resuelve el conflicto a favor de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía, con sede en Sevilla, en relación con el conflicto planteado con el Juzgado de lo Social núm. 2 de Cádiz, en demanda de reclamación de indemnización por prestación incorrecta sanitaria.

Octavo.—Finalmente, el Auto de la Sala Especial de Conflictos de 17 de julio de 1997, en un supuesto similar al examinado, derivado de un conflicto entre el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Córdoba, por reclamación en demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía y la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, resuelve el mismo a favor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

tivo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, aludiendo a dos criterios básicos, por su directa aplicación en la cuestión examinada:

a) El régimen jurídico unitario derivado de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RCL 1993/1394 y 1765), que aprueba el Reglamento de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, al unificar el conocimiento de esta materia por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las precedentes Resoluciones de 7 de julio y 27 de octubre de 1994 (RJ 1994/7998 y RJ 1994/10587) y 25 de octubre y 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9128 y RJ 1996/9130) de la Sala de Conflictos de Competencia.

b) La circunstancia de que la demanda civil se interpusiera no sólo contra el Servicio de Salud, sino también contra dos personas más, ya que éstas fueron demandadas en su calidad de personal al servicio de la Administración e incluidas en el ámbito de aplicación de este sistema de responsabilidad patrimonial, según determinan los artículos 142 y 145 de la Ley 30/1992 y el artículo primero del Real Decreto 429/1993, criterio mantenido en el Auto de la Sala Especial de Conflictos de 19 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9187) y en Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de junio de 1994, al diferenciar el caso de que los demandados actúen como tales particulares de aquellos en los que actúan como agentes de la Administración, en que resulta competente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Noveno.—Estos criterios, derivados del análisis de la aplicación legal y jurisprudencial, se completan con dos reflexiones, extraídas del análisis de los Proyectos de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

a) En el primero de los Proyectos se señala, en la Exposición de Motivos, que las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tienen cobertura constitucional y son de naturaleza pública, pues la ley impone que, en todo caso, la responsabilidad se exija a través de un tipo de procedimiento administrativo, unificando la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo los casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal. Así, en el artículo 2, apartado e) de dicho Proyecto, se señala «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandada aquélla por este motivo ante los Órdenes Jurisdiccionales Civil o Social» correspondiendo su conocimiento al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

Desde esta perspectiva, ya la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Superior, de 20 de junio de 1997, pone de manifiesto los

criterios de la progresiva objetivación de la responsabilidad en relación con el ámbito competencial de la Administración hospitalaria, teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, la propuesta de Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre la carga de la prueba en relación con la ausencia de culpabilidad, incumbiendo al prestador de los servicios sanitarios su acreditamiento.

b) En el Proyecto de Ley de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se contiene la previsión normativa que completa el contenido y alcance de la disposición adicional primera del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. En dicho precepto, de conformidad con lo establecido en los artículos 2.2 y 139 a 144 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se determinaba la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, fueran estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones que seguirían la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en dicha ley y en el Reglamento.

En el Proyecto de Ley, en la disposición adicional duodécima, se regula la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, con idéntica redacción, señalándose que «seguirán la tramitación administrativa prevista en esta ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al Orden Contencioso-Administrativo, en todo caso».

Los razonamientos expuestos conducen a la resolución del conflicto a favor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Con este tipo de pronunciamientos por parte de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo, de sólidos argumentos, escasas dudas debían subsistir sobre el orden jurisdiccional competente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en materia sanitaria.

Sin embargo, mayoritariamente se aceptaba que, de una interpretación sistemática de los artículos 145 y 146 de la LRJAP se deducía la vigencia de un «derecho de opción» en favor del particular para proceder a la reclamación contra la Administración o bien directamente contra las Autoridades y personal a su servicio⁴²: 1) el artículo 146, apartado 1.º (hoy reformado por la Ley 4/1999, de 13

⁴² LEGUINA VILLA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento*

de enero), en contradicción con lo expresado en el párrafo primero del artículo 145, al afirmar que *La responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente*, presuponía la posibilidad de reclamación directa al funcionario ante la Jurisdicción ordinaria⁴³ y 2) el artículo 145.2.º (igualmente reformado por la Ley 4/1999) al afirmar que, *La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubiere incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca*, daba a entender que cabía la posibilidad de que la reclamación no hubiese sido dirigida contra la Administración sino contra el propio agente público, sugiriendo un pago directo de éste al particular.

Hoy día, no hay lugar a la duda: ha desaparecido el derecho de opción que, presumiblemente, ostentaba el perjudicado por el daño que se le ocasionaba mediante la prestación del servicio público (sanitario). La redacción que presentan actualmente los artículos 2.e) LRJCA, 9. 4 LOPJ y 146.1 LRJAP, alteran sustancialmente el régimen establecido y, en principio, parece que disipan cualquier duda sobre el mismo.

Así, el artículo 146.1 suprime cualquier referencia a la «*responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas*» y sólo se hace mención a la «*responsabilidad civil derivada de delito*», siguiendo la tónica de la modificación introducida en el título del precepto que ya no reseña la «*Responsabilidad civil y penal*», sino sólo y exclusivamente «*Responsabilidad penal*».

De acuerdo con esta redacción dada al artículo 146.1 no se permitirá demandar, de forma aislada o junto a la administración, al funcionario o agente causante del daño para obtener de él indemnización por responsabilidad civil no derivada de delito⁴⁴. Esta afirmación concuerda con la redacción dada al artículo 9.4 LOPJ, en

Administrativo Común, Madrid, 1993, 407 y PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*, cit. p. 454.

⁴³ No lo entiende así PANTALEÓN («La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria», en la obra colectiva *Responsabilidad del personal sanitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 171-172) quien considera que la responsabilidad civil exigida en el artículo 146 debe entenderse referida a la actuación del funcionario fuera del servicio, en el ámbito exclusivamente privado.

⁴⁴ MIR PUIGPELAT, «La reforma del sistema...», cit. p. 1027 y ASUA GONZÁLEZ, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Madrid, 2000, pp. 186-190 y en «Responsabilidad sanitaria», en Ponencias del Congreso de la asociación de profesores de Derecho civil desarrolladas en Santiago de Compostela, 1999, p. 7.

virtud de la LO 6/1998, de 13 de julio: «*Los del orden contencioso-administrativo... conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o del tipo de relación de que se trate. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional*».

Ha desaparecido el tradicional derecho de opción de la víctima consistente en poder demandar, bien a la Administración (sanitaria) correspondiente, bien al personal a su servicio, o a ambos conjuntamente. Aunque nos parezca difícil de entender que no sea posible demandar al efectivo productor del daño (personal sanitario), sobre la base del criterio de imputación de la responsabilidad plasmado en el artículo 1902 del Código civil, es lo cierto que actualmente, con la actual legislación, sólo podrá exigirse la responsabilidad civil derivada del daño ocasionado por la prestación de la asistencia sanitaria de carácter público directamente a la Administración Pública⁴⁵.

Si bien, aún se podría entender que el artículo 9.4 LOPJ, al hacer referencia a «*las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio*», permite la demanda conjunta, ante el orden contencioso-administrativo, de la Administración Pública correspondiente y del personal a su servicio, evitándose, de este modo, pronunciamientos contradictorios dictados por órdenes jurisdiccionales distintos: contencioso-administrativo, en relación a la Administración Pública y civil, en lo que respecta al funcionario o empleado público causante material del daño. No parece ser esta la intención del legislador.

Como se ha señalado, la actual regulación permite afirmar que, en lo sucesivo, ningún médico de la sanidad pública debe ser juzgado por su actuación profesional ante un Tribunal civil. Es intrascendente debatir sobre si el personal o funcionario al servicio de la Administración Pública sanitaria es, además, un sujeto privado que obligue a exigir sus responsabilidades ante el orden jurisdiccional civil, en su caso el artículo 9.4 de la LOPJ lo impediría: «*Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá tam-*

⁴⁵ Explica CASINO RUBIO: «*Si la conducta dañosa se produce en el ámbito del desempeño de sus funciones la responsabilidad del funcionario se “publifica” y se traspasa por entero a la Administración, que responderá directamente de acuerdo con el régimen general que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración*». CASINO RUBIO, «*El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración*», *Documentación Administrativa*, núm. 254-255, 1999, p. 371.

bién frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional». De ahí que, presentada una demanda contra aquél, ante la jurisdicción civil, el juez deberá inhibirse a favor de la jurisdicción contenciosa.

Claro está que esto no significa decretar la total irresponsabilidad e impunidad patrimonial de los funcionarios o agentes públicos que, no debe olvidarse, son los que, normalmente, intervienen en la producción del daño efectivo cuya reparación se pretende. Su responsabilidad se va a dilucidar en otro ámbito, tradicionalmente inoperativo pero que tras la entrada en vigor del nuevo texto del artículo 145.2 LRJAP (establecido por la Ley de reforma 4/1999) debe desplegar toda su eficacia: la acción de regreso de la Administración Pública frente al funcionario o personal a su servicio responsable.

Dice el artículo 145.2: «*La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca*». No obstante, por mucho que la Ley diga, si no se establecen mecanismos que impongan a la Administración Pública el ejercicio de la acción de regreso, ésta parece destinada a permanecer en paradero desconocido⁴⁶.

De lo expresado en el artículo 146.1 LRJAP se puede deducir que, al día de hoy, sólo subsisten dos supuestos en los que cabe accionar directamente contra el personal sanitario en el ejercicio de sus funciones públicas, agente o funcionario, causante del daño que da lugar a reparación⁴⁷:

1) Cuando se le impute al funcionario o agente la comisión de un delito o falta y, consecuentemente, sea un juez de lo penal el que vaya a dilucidar su responsabilidad, también civil.

⁴⁶ «La única forma eficaz, destaca BARCELONA LLOP, de asegurar que la acción de regreso sea utilizada es facilitando que la Jurisdicción contencioso-administrativa obligue a una Administración Pública a ejercerla si concurren los requisitos y condiciones que la Ley establece. Y, hoy por hoy, no parece que ello sea posible con carácter general. En la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1998 el requisito de la legitimación procesal individual sigue teniendo un marcado componente subjetivo que es altamente improbable que concorra si lo que se pretende es que un Tribunal condene a la Administración a activar la acción de regreso. Y si se entiende, puesto que el artículo 145.2 de la Ley dice que la Administración correspondiente *exigirá de oficio* de sus empleados la responsabilidad en que hubieran incurrido, que de ahí se sigue que no cabe solicitud alguna de persona interesada, es notorio que nada se puede conseguir en caso de inactividad administrativa. Por ello, una previsión como la que se commenta está llamada al enclaustramiento si la Ley no habilita la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial por el que se obligue a la Administración a realizar lo que la norma quiere», BARCELONA LLOP, «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», REDA, núm. 105, enero-marzo, 2000, p. 46.

⁴⁷ En este sentido, MIR PUIGPELAT, «La reforma del sistema...», cit. p. 1028.

- 2) Cuando el perjudicado, sustentado en el artículo 109.2 del Código penal, haga reserva de las acciones civiles derivadas del ilícito penal, una vez que le ha imputado al funcionario o agente la comisión de un delito o falta.

III. LAS QUIEBRAS DEL SISTEMA

3.1. La exigencia de responsabilidad penal al funcionario o agente al servicio de la Administración Pública sanitaria

No cabe duda que el personal sanitario al servicio de la Administración Pública puede ser demandado ante la jurisdicción penal respecto de su participación en la comisión de un ilícito penal, delito o falta, en el desempeño de sus funciones. Y no debe olvidarse que la condena penal acarrea, en todo caso, la declaración sobre responsabilidad civil, tal y como señalan los artículos 109 y 116 del Código penal.

La posibilidad de demandar directamente al personal sanitario ante una jurisdicción más ágil y rápida como es el orden penal, frente al interminable proceso contencioso-administrativo, y, consiguientemente, el poder obtener una indemnización de daños y perjuicios, bien directamente del propio personal condenado, bien subsidiariamente de la Administración Pública sanitaria correspondiente, ha originado que, en muchas ocasiones, se constituya en la vía preferida por la asistencia letrada de las víctimas, utilizándose, ciertamente en más ocasiones de lo que sería aconsejable, de forma excesivamente forzada ante la inexistencia del menor indicio de infracción penal cometida por el facultativo. Las ventajas que puede presentar, como puede ser la, ya mencionada, mayor celeridad en el procedimiento, o un razonable incremento en las posibilidades de probar y fijar determinados hechos que concurren en la producción del daño, o el hecho de que haya podido transcurrir un año desde la producción del daño, circunstancia que haría prescribir la acción civil (artículo 1968.2.^o del Código civil), pero no la penal, subsistente hasta que no transcurra el plazo de prescripción de la infracción penal, e, incluso, como se ha señalado en alguna ocasión⁴⁸, la satisfacción del perjudicado de

⁴⁸ SISO MARTÍN, «El enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial. Nueva regulación. Especial mención de la responsabilidad sanitaria», *Revista del Poder Judicial*, núm. 54, 1999, p. 475.

ver al personal sanitario en el banquillo de los acusados, todos estos condicionantes, decíamos, hacen que la vía penal sea frecuentemente elegida con el único objetivo de lograr un rápido, dentro de lo que cabe, resarcimiento por parte de la víctima.

La elección de la vía penal puede plantearnos diversos supuestos que podrían dar al traste con la pretendida «unidad jurisdiccional», a través de la cual se intenta cegar cualquier posibilidad de condena de la Administración Pública a resarcir los daños ocasionados en la prestación del servicio público en un orden jurisdiccional que no sea el contencioso-administrativo. A saber:

1) Ejercicio de la acción penal, sin reserva de acciones de responsabilidad civil por parte del perjudicado, en la que es condenado el funcionario o agente al servicio de la Administración Pública por la comisión de un ilícito penal, delito o falta.

En este supuesto, ante la insolvencia del personal sanitario declarado penalmente responsable, en virtud de la exigencia establecida en el artículo 121 del Código penal, y con carácter subsidiario, deberá repercutirse la indemnización declarada en la sentencia penal frente a la Administración Pública correspondiente⁴⁹. En efecto, señala el artículo 121 del Código penal: «*Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario*». Exigida la responsabilidad civil en el proceso penal, se nos presenta una situación de *litisconsorcio pasivo necesario* que obliga a demandar, no sólo al personal público causante del daño indemnizable, sino a la Administración Pública correspondiente con carácter subsidiario. Otra cosa no quiere decir el artículo 121 CP al señalar que: *deberá dirigirse simultáneamente*.

Podríamos poner en tela de juicio la eficacia de la utilización de esta vía penal, desde el momento en el que la Administración Pública no debería responder, aún subsidiariamente, de acuerdo con la redacción del artículo 121 CP, cuando la infracción imputada al personal sanitario sea tipificada como falta, lo más habitual, y no como delito. Sin embargo, es conocida, en este ámbito, la interpretación dada al precepto por parte del Tribunal Supremo de carácter extensivo de la responsabilidad de la Administración a los supuestos de falta. Así, las SSTS de 11 enero (RJA 1128), de 26 de sep-

⁴⁹ No son pocas las voces que abogan por el establecimiento de una responsabilidad directa y no subsidiaria de la Administración Pública en sede penal, al igual que sucede en el ámbito contencioso-administrativo. CASINO RUBIO, «El Derecho sancionador...», cit. pp. 381-385.

tiembre (RJA 6366) y 24 de octubre de 1997 (RJA 7290) han declarado explícitamente que:

Si bien es cierto que el mencionado artículo 121, referido a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos, sólo habla literalmente de «delitos» y no de «faltas», no es menos cierto que ello no implica necesariamente su exclusión a esos efectos, pues el vocablo delito ha de entenderse como sinónimo de «infracción penal», y así lo considera el Código vigente en varios de sus preceptos como, por ejemplo, los números 4.º y 5.º del artículo 130, en relación con el 639, y los artículos 80.4 y 86, existiendo también el argumento de que si se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse las faltas dolosas. 2.º) Se puede contra-argumentar (siguen dichas sentencias) que esa interpretación del precepto, aunque lógica, tiene un carácter extensivo que prohíbe la hermenéutica penal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que aunque las cuestiones sobre responsabilidad civil nacida del delito, tanto las directas como las indirectas, estén reguladas o ubicadas por tradición legislativa (técnica no exenta de reproches) en el Código penal, su naturaleza jurídica es puramente civil, de ahí que no debe extrañar que las normas que las regulan puedan interpretarse por analogía, no ciñéndonos al estrecho margen que imponen las normas puramente penales. O lo que es lo mismo, y según hemos dicho, el vocablo «delito» que emplea el artículo 121 hay que entenderle, en pura lógica, como «infracción penal», comprensivo, tanto de los delitos *stricto sensu*, como de las faltas.

En el caso de que no haya condena penal, lógicamente, no podrá exigirse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Pública, pues ésta es inexistente en relación al acusado, personal dependiente de la Administración Pública sanitaria. Circunstancia que no impide dirigir un posterior procedimiento contencioso-administrativo frente a la Administración Pública correspondiente en el que se le exija, ahora directamente, el resarcimiento del daño ocasionado en la prestación del servicio público, pues no debe olvidarse: la Administración Pública responde de los daños ocasionados en el funcionamiento *normal o anormal de los servicios públicos* (SsTS (Sala 3.ª) 7 de marzo (RJA 2900) y 4 de abril de 2000 [RJA 3258]). Claro está que, en caso de condena de la Administración Pública, la vía de regreso planteada en el artículo 145.2 LRJAP habrá quedado, por regla general, impedida por el pronunciamiento penal en el que se exculpaba al personal a su servicio; aunque, no cabe duda, el hecho de que la exención de la responsabilidad criminal no comprenda a la civil (artículo 118 CP)⁵⁰ permite

⁵⁰ STS de 31 de enero de 2000 (RJA 228): «*La sentencia penal absolutoria significa que la conducta no es sancionable de acuerdo con la Ley penal, no que la misma no pueda ser estimada como fuente de responsabilidad por la Ley civil*».

que algunos supuestos que eximen de responsabilidad penal de los descritos en el artículo 20 del CP no eximan de la posible concurrencia de culpa o negligencia grave que posibilitan la acción de regreso de la Administración Pública contra el funcionario o agente a su servicio; por ejemplo, el supuesto expuesto en el apartado 2.º, artículo 20 del CP: «*El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos...*».

En este ámbito, debe destacarse la polémica suscitada por la regulación contenida en el artículo 146. 2 de la LRJAP: «*La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesario para la fijación de la responsabilidad patrimonial*».

La interpretación literal del precepto transcrita llevará a que las Administraciones tiendan a computar el plazo de un año para reclamar desde el instante en el que se produjo el hecho lesivo, y no desde que hubieran concluido las actuaciones penales dirigidas contra el personal a su servicio⁵¹. Se establece, en opinión de Parada Vázquez⁵², la regla de independencia de los procesos penales de los procedimientos de la Administración para la exigencia de su responsabilidad patrimonial.

De este modo, el perjudicado, aún habiendo exigido responsabilidades penales, podría ver como la acción interpuesta ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo podría ser calificada de extemporánea, a pesar de haber sido presentada dentro del plazo de un año desde la notificación del archivo de la causa penal⁵³. Por ello, será preciso ejercitar las dos acciones (penal y administrativa) de forma separada y simultánea, para evitar la prescripción⁵⁴.

El Consejo de Estado ha abordado la cuestión en su dictamen 2124/1996, de 11 de julio, llegando a una flexibilización de lo

⁵¹ No lo considera en este sentido MARTÍN REBOLLO quien considera que el plazo para reclamar en vía administrativa cuando media la intervención de la justicia penal comienza a partir del auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria. MARTÍN REBOLLO, «*Ayer y hoy de la responsabilidad...*», cit., pp. 358-359.

⁵² PARADA VÁZQUEZ, «*Responsabilidad patrimonial de los funcionarios y de la Administración*», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas* (Xornadas y Seminarios, núm. 22, EGAP), 1999, p. 42.

⁵³ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «*¿Interrumpe el ejercicio de acciones penales el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración?* Sobre el alcance del artículo 146. 2 de la Ley 30/1992», *RAP*, núm. 141, 1996, p. 266.

⁵⁴ PEMÁN GAVÍN, *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 303, nota. 34.

expuesto en el artículo 146. 2.º, por la vía de la interpretación de la excepción a la no interrupción descrita en el precepto:

Cuando la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesario para la fijación de la responsabilidad patrimonial. Afirma el Consejo de Estado: debe interpretarse (el artículo señalado), con el señalado espíritu, en el sentido de que la excepción será operativa cuando la determinación de los hechos sea necesaria o pueda razonablemente serlo (aunque finalmente se demuestre que no ha sido así) para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

Por tanto, no toda acción penal interrumpe el plazo de prescripción para reclamar de la Administración, pero sí, tal y como señala García Trevijano⁵⁵, aquella acción penal cuyo objeto está en conexión directa con la pretensión ejercitada en vía administrativa.

2) Ejercicio de la acción penal, con reserva de acciones de responsabilidad civil por parte del perjudicado, en la que es condenado el funcionario o agente al servicio de la Administración Pública por la comisión de un ilícito penal, delito o falta.

El artículo 109.2 establece: «*El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción civil*». No hay duda, el perjudicado podrá reservarse el ejercicio de la acción civil de responsabilidad a ejercitarse ante la jurisdicción de dicho orden. En el mismo sentido, el artículo 121, párrafo segundo del CP.

Podemos ver como se presenta una evidente contradicción con el sistema jurisdiccional establecido en los artículos 2.e) LRJCA, 9.4 LOPJ y la Disposición Adicional duodécima de la LRJAP (introducida por la Ley 4/1999), en el que la pretensión indudable es que la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración debe ser ejercitada ante el orden contencioso-administrativo, tras el correspondiente proceso administrativo.

¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer de la acción de responsabilidad civil que el perjudicado se ha reservado?, ¿civil o contencioso-administrativa? No hay solución concluyente.

En opinión de Díaz Alabart⁵⁶ la jurisdicción competente debe ser la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que la única excepción de jurisdicción competente cuando se demanda a la Administración por su responsabilidad patrimonial es la penal. Sin embargo, no se ve el verdadero fundamento del porqué se debe atri-

⁵⁵ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «*¿Interrumpe el ejercicio...*», cit., p. 270.

⁵⁶ DÍAZ ALABART, «*La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad*», en Ponencias del Congreso de la asociación de profesores de Derecho civil desarrolladas en Santiago de Compostela 1999, p. 33.

buir a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia en este tipo de casos. El CP es diáfano: «*El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción civil*».

No hay cuestión si la acción de responsabilidad civil *reservada* se exige exclusivamente al personal sanitario, el orden competente debe ser el civil. Podría señalarse que es ciertamente arriesgado el acometer esta vía, ante la posible insolvencia del sujeto privado, teniendo a la Administración Pública en la recámara de posibles denunciados, bien directamente (ante el orden contencioso-administrativo), o subsidiariamente (en la vía penal en la que ha existido esa reserva de la acción de responsabilidad civil); pero no siempre es así, la existencia de un seguro privado que garantiza el resarcimiento de los daños ocasionados por el personal sanitario en el ejercicio de su actividad puede hacer más efectiva la vía planteada, incluso para los facultativos, que ven como sus responsabilidades pueden verse solventadas con mayor prontitud, y con menor coste de prestigio y credibilidad profesional, que en el siempre tedioso y duradero proceso contencioso-administrativo.

Tampoco existirá cuestión alguna si se exige la posible responsabilidad exclusivamente a la Administración Pública, en aplicación del artículo 145.1 LRJAP debe ser el orden contencioso-administrativo el competente.

Pero, ¿qué sucede cuando se pretende acumular a la acción contra el personal al servicio de la Administración, la acción de responsabilidad subsidiaria contra dicha Administración Pública? Por más que se intente buscar la solución en el marco normativo existente, no se encuentra. Dos opciones: 1) La mencionada por la profesora Díaz Alabart que atribuye la competencia a la jurisdicción contenciosa-administrativa, ya que la LRJCA en su artículo 2.e) excluye la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se trate de cuestiones «expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social...», y, precisamente, en responsabilidad civil derivada del delito existe dicha atribución al orden jurisdiccional penal, pero no al orden civil. 2) Atribuir al orden jurisdiccional civil, como señala el artículo 109.2 CP, la competencia a la hora de exigir la responsabilidad civil derivada del ilícito penal, previamente reservada por el perjudicado.

Creo más razonable la opción presentada por la profesora Díaz Alabart, ya que el legislador (de 1998 en la LRJCA, y el reformador de 1999 de la LRJAP, no debe olvidarse) ha pretendido que cualquier caso de acumulación de acciones, contra la Administración Pública y el personal a su servicio, se vislumbre en el orden

contencioso-administrativo, nunca en el orden civil o social, tal y como manifiesta el artículo 9. 4 de la LOPJ en el caso extremo en el que a la producción del daño concurre, no ya el personal al servicio de la Administración Pública, sino un tercero, sujeto privado que debe ser demandado ante el orden contencioso-administrativo: «*cuando en la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional* (contencioso-administrativo)». Con mayor razón cuando el que concurre a la producción del daño es, precisamente, el funcionario o personal al servicio de la Administración en el ejercicio de sus funciones públicas.

Con ello, se intenta, en todo caso, que la Administración Pública no vea dilucidada su responsabilidad patrimonial en un orden jurisdiccional distinto al contencioso-administrativo.

3.2 La concurrencia de sujetos privados en la producción del daño

Constituye una importante novedad la acumulación de acciones establecida en el último inciso del artículo 9.4 LOPJ: «*Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional* (contencioso-administrativo)». Sujetos privados que, como afirma la Exposición de Motivos de la Ley 6/1998, son aquellos que no están al servicio de los poderes públicos actuantes, ya que, la responsabilidad de los que sí lo están se exigirá en los términos establecidos en la Ley 30/1992 (LRJAP).

Así, en los casos de concurrencia de sujetos privados en la producción del daño ha quedado establecida definitivamente la «unidad jurisdiccional» a favor del orden contencioso-administrativo. Serán estos Tribunales los que deban decidir sobre la responsabilidad de dichos sujetos, y no debe ser obstáculo alguno el que sean aplicables respecto a ellos, lógicamente, las reglas y criterios de imputación de la responsabilidad propios del Derecho privado. Deben desecharse viejas conductas judiciales, en las que se ponían reparos a la aplicación de normas presumiblemente ajenas al orden jurisdiccional en el que se estaban enjuiciando los hechos⁵⁷. No existe impedimento alguno para que un Tribunal contencioso-adminis-

⁵⁷ El ejemplo más cercano a la materia aquí tratada lo encontramos en la negativa, sustentada durante excesivo tiempo por la Sala 1.^º del TS, a aplicar la LGDCU en el ámbito

nistrativo aplique el artículo 1902 del Código civil o el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos y resuelva correctamente, en cuanto a los sujetos privados que concurren a la producción del daño, el supuesto planteado.

A nuestro juicio, el problema no se encuentra en las normas de derecho material que deban aplicar los Tribunales contencioso-administrativos en función de los sujetos enjuiciados, Administración Pública o particulares. La duda se nos presenta en la propia consideración de la jurisdicción contencioso-administrativa como auténtica jurisdicción ordinaria en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Se ha hecho notar⁵⁸ que, «si la vis atractiva y la continencia de la causa han operado hasta ahora a favor de la jurisdicción civil para que ésta pudiera condenar a la Administración a la reparación de daños administrativos, no puede escandalizar a nadie que a partir de ahora sea la jurisdicción contenciosa-administrativa la que, en aras de esos mismos principios tuitivos de las víctimas, enjuicie la responsabilidad de los particulares que eventualmente hayan participado en la producción de tales daños junto a la Administración Pública, mediante una valoración conjunta de todas las conductas y circunstancias concurrentes». Pero, ¿verdaderamente es posible considerar que el procedimiento contencioso-administrativo representa un marco procedimental en el que todos los intervenientes se mueven en un plano de igualdad (ver, por poner un ejemplo, la regulación de las costas procesales en el artículo 139 LRJCA)?, ¿la Administración Pública y los particulares, demandados o demandantes, tienen a su alcance las mismas armas en el procedimiento? Que por el hecho de que a la producción de un daño concurra la Administración Pública, junto con sujetos privados, sea obligatorio defender las respectivas posiciones en el procedimiento contencioso-administrativo se acerca a la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española y al derecho a la tutela judicial efectiva allí contemplado.

Un solo dato puede clarificar esta opinión.

Es conocida la doctrina jurisprudencial, hoy con refrendo legal en la disposición adicional 1.^a seis, 27 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, por la que se modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa

sanitario. Así en la STS de 22 de julio de 1994 (RJA 6581). Hoy día, es conocido que no acontece así. Por ejemplo, SsTS (Sala 1.^a) 5 de octubre de 1999 (RJA 7853) y 24 de septiembre de 1999 (RJA 7272).

⁵⁸ LEGUINA VILLA, «Responsabilidad patrimonial...», cit., p. 13.

de los Consumidores y Usuarios, por la que se declara la nulidad de pleno derecho de la cláusula de renuncia al propio fuero, al considerarse abusiva y generadora de un grave desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor. La renuncia al propio fuero constituye, en opinión del TS, un claro freno al ejercicio de acciones judiciales, pues se obliga a litigar al afectado en lugar distinto al de su domicilio, constituyendo, en la práctica, una auténtica renuncia tácita al posible litigio que se pudiera entablar frente al vendedor o prestatario del servicio, causando, con ello, un perjuicio injustificado al consumidor.

La STS de 14 de septiembre de 1996 (RJA 6715) manifiesta que:

La cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión, ciertamente es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios... distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad (prestadora de los servicios)..., que, no obstante tener negocios en numerosas poblaciones, cómodamente centraliza sus reclamaciones judiciales en la capital de España, donde, con un evidente ahorro económico, tiene garantizada su asesoría jurídica.

Pues bien, esta consideración de nuestro TS en el ámbito contractual privado, quiebra notablemente cuando nos enfrentamos a un supuesto de responsabilidad extracontractual en el que, directa o indirectamente, aparece involucrada la Administración Pública; ya que, como se ha señalado, el artículo 9.4 LOPJ obliga a que la reclamación se presente ante el Tribunal contencioso-administrativo correspondiente, y es sabido que éstos, de antigua imposición y de novedosa implantación, no se residencian en la generalidad de las ciudades de nuestro país (¿ocurre lo mismo con los Tribunales civiles de 1.^a Instancia? Nos parece que no) lo que obligará, por poner un ejemplo, a que un ciudadano residente en la ciudad de Arcos de la Frontera (Cádiz), ante un supuesto tal como puede ser el daño ocasionado por la caída de un muro de un edificio en construcción tenga que defenderse en la sede del tribunal contencioso-administrativo (en el mejor de los casos a más de 100 kilómetros de la ciudad en la que se produjo el daño, según la distribución de competencias, en la ciudad de Cádiz o en Sevilla, sede del Tribunal Superior contencioso-administrativo), por el mero hecho de que el dañado contemple la posibilidad de poder involucrar a la Administración Pública Local que es quien, en definitiva, concede y controla la concesión de las licencias de obras. La situación descrita.

¿no supone un grave e injustificado perjuicio para el administrado?, mucho nos tememos que sí.

La demanda conjunta ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo puede dar lugar a que, en caso de ser estimada, la obligación de reparar recaiga sobre: 1) la Administración Pública; 2) la Administración Pública y el particular, en los términos y proporción que quede fijada en el procedimiento (artículo 71.1.d) LRJCA); o 3) exclusivamente, sobre el particular.

En nuestra opinión, a pesar del esfuerzo legislativo realizado, la cuestión de fondo se podrá seguir planteando: ¿se puede demandar al sujeto privado, que concurre a la producción del daño junto a la Administración Pública, ante el orden jurisdiccional civil? Creo que no hay impedimento alguno. A la vista del artículo 9.4 LOPJ, la acumulación de acciones ante el orden contencioso-administrativo se presenta siempre que exista tal acumulación, pero no cuando el perjudicado decide demandar exclusivamente al sujeto privado que concurre con la Administración Pública en la producción del daño. Que no será el supuesto normal, puede ser; pero, resultaría ciertamente extraño que, de producirse la demanda contra un sujeto privado y a resolver de acuerdo con las normas sustantivas del Derecho privado (fundamentalmente, 1902 y siguientes del Código civil) se resolviera ante un Juez del orden contencioso-administrativo.

Creo que es claro el sistema en lo que respecta a la Administración Pública, ésta debe ser demandada ante el orden contencioso-administrativo, tanto si la demanda se dirige exclusivamente contra ella, como si se la demanda conjuntamente con los particulares (arts. 145 LRJAP, 2.e) LRJCA y 9.4 LOPJ). Incluso, creo que debe entenderse que, demandada la Administración Pública, una posterior demanda contra el particular que ha concurrido a la producción del daño con aquélla debe deducirse ante el orden contencioso-administrativo, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 9.4 LOPJ: *«Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional»*. De ahí que, presentada ante el orden civil, éste debe inhibirse a favor del órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo que estuviese conociendo de la demanda planteada frente a la Administración Pública.

Sin embargo, no queda clara la solución que deba darse cuando la demanda se plantea directamente contra el particular al que se le imputa la producción del daño y, posteriormente, se demanda a la Administración Pública. ¿Se deben paralizar las actuaciones y dar traslado de los autos al órgano jurisdiccional de lo contencioso que

comienza a conocer de la demanda frente a la Administración Pública?, ¿el órgano jurisdiccional de lo contencioso debe requerir al juez civil que está conociendo de la demanda frente al particular para que le remita las actuaciones, o viceversa?

No creo que la opción elegida por el dañado de demandar al particular, que presumiblemente ha provocado el daño, ante el orden jurisdiccional civil genere una renuncia a ejercitar con posterioridad la acción, ante el orden contencioso frente a la Administración Pública a la que también se le imputa la provocación del daño. De ser así, estaríamos cerca de vulnerar el artículo 24 de la CE⁵⁹.

Puede que la solución al presente conflicto venga dada por otra vía. A saber, el artículo 71.1.d) de la LRJCA al disponer que, admitida la pretensión del perjudicado, la sentencia «declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quien viene obligado a indemnizar», y excluir la aplicación incondicionada de la regla de la solidaridad en la responsabilidad concurrente, bien de varias Administraciones Públicas, bien de la Administración Pública y el particular, abre la puerta a la consideración de la existencia de un posible supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, que, en cualquier caso, y ante la necesidad de traer al procedimiento a la Administración Pública debe conllevar, necesariamente, la inhibición del juez civil a favor del orden contencioso-administrativo.

Ésta, no me cabe duda, ha sido la intención del legislador, si no fuera así dejaría en agua de borrajas todo el intento legislativo, manifestado por activa y por pasiva, de plasmar la «unidad jurisdiccional» en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

3.3. El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias por parte de la Administración Pública

Los términos en los que se ha entendido en los últimos tiempos el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha llevado a que, cada vez con mayor frecuencia, la Administración contemple la necesidad de asegurar su actividad. De este modo, es hoy práctica habitual el que los distintos Servi-

⁵⁹ Entiende DÍAZ ALABART que una interpretación literal del artículo 9.4 LOPJ no es suficiente para impedir la reclamación ante los Tribunales civiles de la indemnización debida por los particulares que concurrieron en la producción del daño con la Administración. DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes...», cit., pp. 28-29.

cios de Salud cuenten con pólizas de responsabilidad civil en las que los facultativos, fundamentalmente, figuran como beneficiarios de las mismas.

Esta práctica supone introducir, e institucionalizar, en el seno de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública una nueva figura: la compañía de seguros, que, precisamente es la que va a satisfacer al administrado, en su caso, la indemnización por el daño ocasionado en el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Varios son los problemas que suscita la aparición de este sujeto privado en las relaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, pero en lo que nos atañe, tres pueden considerarse los más relevantes⁶⁰:

1) La alteración de las competencias de las Administraciones Públicas en los supuestos de responsabilidad patrimonial⁶¹.

No debe olvidarse que el artículo 142 de la LRJAP establece el procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública correspondiente. Es la propia Administración la que tiene que resolver, con carácter previo a la interposición de demanda ante el contencioso-administrativo, si existe o no responsabilidad patrimonial que dé lugar a la indemnización. Al ser esto así, ¿qué sucedería cuando la Administración decide, en el expediente administrativo correspondiente, satisfacer la indemnización solicitada por el administrado y la compañía que cubre, precisamente, ese riesgo que se ha realizado en el daño indemnizable deniega el pago de la misma? ¿Es que la Administración Pública que tiene asegurada su actividad ha renunciado a ejercer sus competencias en materia de responsabilidad patrimonial?, ¿se ha privatizado el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas?

2) El artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro habilita al perjudicado la acción directa contra el asegurador, que, en opinión mayoritaria⁶², debe vislumbrarse ante la jurisdicción civil.

La Compañía de Seguros se limita a asegurar una actividad y se obliga, producido el daño, a indemnizar a la víctima. Pero, como ha puesto de manifiesto Díaz Alabart⁶³, el asegurador no concurre a la

⁶⁰ Sobre el particular, GAMERO CASADO, «Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas», *REDA*, núm. 103, 1999.

⁶¹ OTAOLA, «La privatización de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública», *Actualidad Administrativa*, núm. 29, 2000.

⁶² MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», cit., p. 354 y DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes...», cit., pp. 29-30.

⁶³ DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes...», cit., p. 29 y «Comentarios a la STS de 18 de octubre de 1999», *CCJC*, núm. 52, enero-marzo 2000, p. 316.

producción del daño, por lo que no se puede encuadrar en los términos previstos en el último inciso del artículo 9.4 LOPJ: «*Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional* (el contencioso-administrativo)», no es el «sujeto privado» al que hace referencia el precepto.

Ahora bien, si la aseguradora se ve obligada a resarcir es porque se ha originado un daño encuadrado en la cobertura del seguro contractualmente establecida, y si la acción directa se ejercita ante el orden jurisdiccional civil, será esta jurisdicción la que determinará la realidad del mismo, con lo que nuevamente encontramos a la Administración Pública, al desarrollo de su actividad y la corrección en la prestación de los servicios públicos enjuiciados por Tribunales ajenos al contencioso-administrativo, ante el orden civil. ¿No era eso, precisamente, lo que el legislador estaba intentando evitar? Ni la Administración Pública, ni el orden jurisdiccional contencioso-administrativo participan en la resolución de un supuesto en el que se ventila la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

El supuesto ya ha recibido una primera resolución judicial dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo en fecha 12 de junio de 2000.

La demanda tenía su origen en la acción instada por el actor, al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, frente a una entidad aseguradora que tenía concertado con el Ayuntamiento de Avilés un contrato de aseguramiento de la responsabilidad civil. El daño se había originado con motivo de la caída sufrida por el demandante en las dependencias de la Plaza Municipal de Abastos, a causa de la que resultó con lesiones que originaron la pretensión indemnizatoria entablada.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Avilés dictó sentencia en los siguientes términos: «Que estimando la excepción de falta de jurisdicción por corresponder al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de la cuestión litigiosa, debo de absolver y absuelvo en la instancia a la entidad aseguradora... sin entrar a conocer la cuestión de fondo». Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia, en este aspecto, declarando la competencia del orden jurisdiccional civil con los siguientes argumentos:

Segundo.– Ciertamente, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo viene defendiendo la competencia de la jurisdicción civil, en sentencias que mayoritariamente se refieren al ámbito de la prestación sanitaria, como las de 30 de abril de 1998 y

30 de diciembre de 1999, pero también en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, en otra clase de actuaciones (sentencia de 21 de junio de 1999, por ejemplo), aun cuando siempre circunscritas a la vigencia del artículo 41 de la antigua Ley de Régimen Jurídico.

Las reformas del ordenamiento administrativo tras la promulgación de la Ley de 1992 (artículo 137) y en especial la actual redacción del artículo 9-4.^º de la LOPJ, plantean la polémica de si en situaciones como la enjuiciada, el nuevo cuerpo normativo remite a la jurisdicción contenciosa en esta clase de litigios.

Tercero.— En primer término debemos atender a la dicción literal del último párrafo del artículo 9-4.^º de la Ley Orgánica, que señala textualmente: «Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional».

Lejos de obligar en demandas como la presente, dirigida frente a la compañía aseguradora que tiene suscrito con una Administración Pública un seguro de responsabilidad civil, a interponerla ante el orden jurisdiccional contencioso, la lectura del precepto aboca a la solución contraria, puesto que no cabe identificar a la entidad como un corresponsable en la producción del daño o persona de alguna manera intervintente o coadyuvante a su causación. Se limita la compañía aseguradora a responder, sin tener intervención en el evento, de sus consecuencias a virtud de la cobertura garantizada en la póliza, de manera que el precepto no autoriza a identificarla con los particulares a quienes se debe demandar en vía contenciosa por mandato de la Ley Orgánica.

Cuarto.— Otros argumentos complementarios al expuesto, surgen del análisis de la naturaleza del seguro suscrito y de la acción ejercitada. En efecto, la Ley de 13 de mayo de 1995, sobre Contratos de las Administraciones Públicas califica en su artículo 9 de contratos privados a los de seguro a que se refiere el artículo 207, entre los que se halla el que nos ocupa y subraya la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las cuestiones derivadas del contrato entre las partes. Con arreglo a este criterio, si se permite la contratación de un seguro de carácter privado, de responsabilidad civil entre una compañía aseguradora y la Administración, regido por la Ley del Contrato de Seguro, la remisión a la normativa privada lo es a la totalidad de dicha Ley y por tanto el artículo 76, sin que pueda parapetarse la aseguradora, ante la pretensión del perjudicado en la incompetencia de jurisdicción y por tanto en la procedencia de la reclamación en el orden jurisdiccional contencioso, que no rige entre las partes contratantes.

Por otro lado, el artículo 21 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa considera demandados a los particulares, tan sólo en cuanto pudieran ser afectados por la reclamación del demandante, es decir, que en este caso la aseguradora no goza de legitimación para ser parte única en el proceso contencioso, sino sólo en cuanto interesado en el litigio, en unión de la Administración causante del daño. La postura de la aseguradora, admitida en el fallo, obliga al perjudicado a demandar conjuntamente al Ayuntamiento y al asegurador, ya que no es concebible un proceso contencioso dirigido tan sólo

contra la compañía. Con ello se vulnera la esencia y contenido de la acción directa del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, que precisamente por su carácter directo y sustantividad propia, con régimen de excepciones incluso específico, permite a la víctima reclamar la indemnización frente al asegurador sin necesidad de llamar al litigio al autor del daño objeto de cobertura. La finalidad de esta acción, cuya fuente es el contrato instituido a favor de tercero (sentencias del tribunal Supremo de 10 de junio de 1991 y 31 de diciembre de 1992), es según la sentencia del tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998, evitar el calvario de las víctimas ante dilaciones de las compañías que garantizaban la responsabilidad civil, concediendo al perjudicado la posibilidad de dirigirse exclusivamente contra el asegurador en aras de obtener el pronto resarcimiento, dentro de un política normativa cada vez con más intensidad orientada hacia la tutela de los derechos de los perjudicados, en la que se han inspirado posteriores reformas, como la del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, impuesta por la Ley 30/95. Esta finalidad se ve frustrada si impedimos en estos supuestos, después de definir la naturaleza del aseguramiento de responsabilidad civil como un seguro privado sujeto a la Ley del Contrato de Seguro, el ejercicio del artículo 76, derivándolo a la jurisdicción contenciosa y con obligación de demandar de forma conjunta a la Administración y al asegurador privado. Finalmente y en último extremo, la duda que pudiera plantear esta cuestión, debe resolverse a favor de la fuerza atractiva de la jurisdicción civil, que sigue manteniendo el artículo 9.2.º de la LOPJ.

Podría hacer variar el pronunciamiento expuesto la consideración de que, tras la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el contrato de aseguramiento es un contrato administrativo de cuya conflictividad conocería la jurisdicción contencioso-administrativa, mas, como señala Martín Rebollo⁶⁴, la relación entre el dañado y la aseguradora sigue siendo privada, por lo que debe ser la jurisdicción civil quien contemple la resolución de los conflictos suscitados.

3) Satisficha la indemnización por parte de la compañía de seguros, ¿en qué queda la acción de regreso establecida en el párrafo segundo del artículo 145 de la LRJAP?

Dice el artículo 145.2: «*La Administración que haya indemnizado al lesionado exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubiesen incurrido por dolo, o culpa o negligencias graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca*».

La acción de regreso descrita exige dos presupuestos: 1) que la Administración haya indemnizado; y 2) la concurrencia de dolo o

⁶⁴ MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy de la responsabilidad...», cit., p. 354.

culpa o negligencia grave del funcionario o personal a su servicio sobre el que se va a repetir.

En el supuesto aquí planteado es claro que se adolece de uno de los presupuestos: la Administración no ha indemnizado, ha sido la compañía de seguros la que ha satisfecho la indemnización, de ahí que no pueda ejercitarse la reseñada acción de regreso frente al funcionario o personal al servicio de la Administración causante del daño.

Podremos decir, no hay problema: en el supuesto de actuación dolosa o con manifiesta culpa o negligencia grave del causante del daño (funcionario o personal al servicio de la Administración correspondiente), la compañía aseguradora, que es quien ha pagado, tiene abierta la puerta de la acción de regreso frente al mismo. Cierto, pero no del todo.

En efecto, el artículo 43 de la LCS señala: *«El asegurador, una vez pagada la indemnización podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse».* Imponiéndose ciertas limitaciones al derecho de subrogación en el párrafo tercero del artículo 43 que *«el asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato».*

A la vista del artículo 43 LCS no será posible la acción de repetición en aquellos supuestos en los que el propio causante del daño sea el sujeto asegurado, *«El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado»*, hecho frecuente en la Sanidad Pública donde los distintos Servicios de Salud suscriben sustanciosas pólizas de seguros donde los asegurados son su propio personal sanitario.

Pero, además, como hace notar Barcelona Llop⁶⁵, a la vista de la limitación establecida en el artículo 43 LCS, la aseguradora no

⁶⁵ BARCELONA LLOP, «La acción de regreso...», cit., p. 51.

podrá subrogarse contra el funcionario o personal al servicio de la Administración causante del daño indemnizado, ya que *«el asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley»*, salvo que, esté previsto en el contrato de seguro, o que la responsabilidad provenga de una actuación dolosa. Esto es, no podrá repetir en los supuestos en los que la actuación del agente causante del daño se haya desarrollado con culpa o negligencias graves, circunstancias que sí darían lugar a la acción de regreso ejercitada por la Administración Pública (artículo 145.2).

Como puede comprobarse, la alteración generada en el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la aparición de la compañía de seguros que satisface la indemnización solicitada por el administrado lesionado es, ciertamente, importante.

IV. LA PERSISTENCIA DEL ORDEN SOCIAL

La Jurisdicción Social ha venido afirmando su competencia para conocer de las pretensiones indemnizatorias ejercitadas por los beneficiarios de la Seguridad Social por los daños causados con ocasión de la asistencia prestada en centros de la misma⁶⁶. Para justificar su competencia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo argumenta que, si las reclamaciones indemnizatorias de daños se basan en los perjuicios causados con ocasión de un tratamiento médico-sanitario, irregular o innecesario, dispensado por los Órganos o Entidades de la Administración a los titulares y beneficiarios de la Seguridad Social, deben tener su encaje procesal adecuado en el marco del orden jurisdiccional social con exclusión de las jurisdicciones civiles y contencioso-administrativas, al recaer en esos casos sobre la Entidad Gestora la responsabilidad de hacer efectiva la prestación sanitaria (artículos 20, 28.1 y 98 de la Ley General de la Seguridad Social [RCL 1974/1482 y NDL 27361] hoy Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, por el que se

⁶⁶ SsTS (Sala 4.^a) de 5 de abril de 1990 (RJA 5458), 20 de abril de 1992 (RJA 2662), 10 de julio y 14 de octubre de 1995 (RJA 5488 y 7754) y 19 de diciembre (RJA), 24 de junio (RJA 6100) y 9 de febrero de 1996 (RJA 1008), 18 de septiembre de 1997 (RJA 9471), 16 de enero de 1998 (RJA 501), 19 de abril de 1999 (RJA 4528) y 6 de marzo de 2000 (RJA 2600). Sobre la cuestión, en extenso, GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa...*, cit., pp. 178-203.

aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social [RCL 1994/1825]), pues, como señala la STS 5 de junio de 1991 (RJA. 5131), exigir las consecuencias de una prestación asistencial deficiente, se equipara a la de exigir la prestación misma o el reintegro de los gastos ocasionados en los casos reglamentariamente autorizados por la utilización de los servicios ajenos a la Seguridad Social⁶⁷. Tales reclamaciones, y por consiguiente la responsabilidad, no pueden fundamentarse en la existencia de una culpa extracontractual sino en el desarrollo mismo de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, se trata de un pleito sobre Seguridad Social, cuya competencia asumirá ese orden jurisdiccional conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1990/922 y 1049) (hoy Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril [RCL 1995/1144 y 1563]), en relación con el apartado 5, del artículo 9 de la LOPJ⁶⁸.

No lo entendió así el fundamental Auto de 7 de julio de 1994 (RJA 7998)⁶⁹ de la Sala de Conflictos de Jurisdicción al afirmar que:

«una vez derogado el tan mencionado artículo 41 de la LRJAE y alumbrado un único sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas –quizá uno de los pocos aspectos positivos, técnicamente hablando, de la nueva Ley 30/1992–, resulta difícil sostener, sin un específico precepto que así lo establezca, que en materia de relaciones propias de la Seguridad Social y de daños causados en prestaciones sanitarias, la responsabilidad patrimonial de las instituciones correspondientes, que son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y vinculadas a la Administración del Estado y, por tanto, Administraciones Públicas a los efectos de la ley –artículo 2.º.2–, sea inexistente y quede diluida en la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Una excepción de tal importancia, además de chocar con la generalidad con que configura el artículo 106.2 de la Constitución el derecho a ser indemnizado por las lesiones derivadas del mero funcionamiento de los servicios públicos, exigiría una previsión específica de la ley a la que no puede equivaler lo establecido en su disposición adicional sexta que se refiere genéricamente a actos de la Seguridad Social y

⁶⁷ SsTS (Sala 4.^a) de 5 de junio de 1991 (RJA 5131), 10 de febrero, 20 de abril y 6 de mayo de 1992 (RJA 958, 2662 y 3511). No lo consideran así los Autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993 (RJA 10126) y 7 de julio de 1994 (RJA 7998).

⁶⁸ SsTS (Sala 4.^a) 20 de noviembre de 1982 (RJA 6848), 23 de septiembre de 1985 (RJA 4348), 6 de octubre y 12 de diciembre de 1989 (RJA 7119 y 8955), 24 de abril de 1990 (RJA 3486), 5 de junio de 1991 (RJA 5131), 20 de abril de 1992 (RJA 2662), 9 de febrero y 19 de diciembre de 1996 [RJA 1008 y 9807], 16 de enero y 18 de septiembre de 1997 [RJA 501 y 9471].

⁶⁹ Un sustancioso comentario en NOGUERA DE LA MUELA, «La unidad jurisdiccional y la reclamación de indemnización por prestación defectuosa de asistencia sanitaria de la Seguridad Social», *REDA*, núm. 88, 1995, pp. 597-606.

desempleo y no, por tanto, a pretensiones de responsabilidad patrimonial derivadas de lesiones causadas en la actividad prestacional de instituciones sanitarias de la Seguridad Social o del Sistema Nacional de la Salud. Por otro lado, resultaría igualmente anómalo que un particular no comprendido en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, ante una lesión derivada de una prestación sanitaria de alguna de sus entidades gestoras o servicios comunes, tuviera, por la mera prestación de esa actividad, claramente comprendida en la de servicio público, derecho a indemnización bajo el régimen jurídico propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre todo con su carácter objetivo, y, en cambio, de estar encuadrado en la referida esfera de aplicación, su derecho habría de ser ventilado dentro del ámbito de la función protectora y, consiguientemente, con supeditación a las nociones de culpa, defecto o insuficiencia en la prestación, o, al menos, de imputabilidad del daño al tratamiento médico, es decir, no exclusivamente por el mero funcionamiento del servicio y la ausencia del deber jurídico de soportar el daño. Quiere decirse que no se trata de que en el ámbito del derecho laboral gane terreno, día a día, como entendió, por ejemplo, la Sentencia de la Sala 4.^a de 20 de abril de 1992, el principio de responsabilidad objetiva impuesto por la exigencia de eficacia en la prestación sanitaria con arreglo al artículo 7.^º de la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986/1316), General de la Salud, sino que la jurisdicción social no podría nunca aplicar un régimen de responsabilidad objetiva puramente administrativo, aunque, en la práctica, la tendencia objetivadora de la responsabilidad se haya generalizado en el ámbito de las relaciones laborales.

Por otra parte, después de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, sólo un concepto amplísimo de reclamaciones en materia de Seguridad Social, no avalado por ningún texto legal concreto, permitiría incluir en él las reclamaciones de responsabilidad patrimonial y sustraerlas al régimen procedural y jurisdiccional unitario que ha reintroducido la nueva normativa. Adviértase, además, que el término prestación es un concepto jurídico inserto en el marco de los derechos y obligaciones específicos de la Seguridad Social y que tiene múltiples aspectos que afectan al nacimiento del derecho, a su obtención, a su amplitud, a sus condiciones de tiempo y lugar, a los requisitos de afiliación y cotización, etc., aspectos perfectamente distinguibles de la actividad de servicio público que sin discusión realizan sus instituciones, en lo que aquí interesa, sanitarias y que, por sí sola, es susceptible de generar una pretensión de responsabilidad patrimonial. Por todo ello y al no existir, en el ámbito institucional sanitario de la Seguridad Social, una previsión normativa específica sobre responsabilidad patrimonial por la mera prestación del servicio sanitario y para evitar la anomalía que supondría sostener la existencia de un espacio institucional inmune en esta materia, que sólo podría satisfacerse dentro del marco de la acción protectora que aquélla –la Seguridad Social, se entiende– desarrolla cuando se trate de sujetos a los que resulte aplicable el sistema, será lógico concluir que la regulación unificadora, en los aspectos procedimental y jurisdiccional, arbitrada por la Ley 30/1992, en punto

a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es aplicable a la que pueda exigirse a las entidades, servicios y organismos de la mencionada Seguridad Social por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la asistencia sanitaria. Por ende, la disposición adicional primera del antes citado Reglamento de Procedimiento, de 26 de marzo de 1993, al prever específicamente la aludida sujeción, no añade ni hace ninguna atribución competencial que no estuviera ya claramente, aunque de modo implícito, establecida en la mencionada Ley»⁷⁰.

La cuestión es otra. Acierta el profesor Serrano Alonso⁷¹ al ubicarla en la órbita del concepto *prestación de la Seguridad Social*, y lo desmesurado de su apreciación por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. La actividad que lleva a cabo la Seguridad Social es una actividad administrativa prestacional. Por tanto, si en el transcurso de una asistencia sanitaria se producen unos daños derivados de una prestación incorrecta, la responsabilidad en que se incurra será una responsabilidad derivada del funcionamiento de un servicio público, ya sea normal o anormal, exigible ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁷². Confirma lo dicho la STS (Sala 3.^a) de 3 de mayo de 2000 (RJA 5579) que, frente a la declaración de incompetencia jurisdiccional dictada por el Tribunal de lo Contencioso-administrativo a favor del orden jurisdiccional social, señala en su fundamento jurídico tercero que:

La cuestión planteada acerca de si la Sala de instancia ha incurrido en un defecto de jurisdicción al negarse a conocer de una acción por responsabilidad patrimonial de la Administración, a pesar de que el conocimiento de dicha materia viene atribuido por las respectivas normas orgánicas y procesales a este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ha sido ya resuelta en recientes sentencias por esta Sala.

Como hemos declarado, entre otras, en nuestras sentencias de 27 de noviembre de 1999 (RJ 2000, 1377) y 14 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9989), la resolución recurrida, por la que el Tribunal *a quo* se declara incompetente para conocer del proceso tramitado ante él por entender que su conocimiento corresponde a la jurisdicción del orden social, obedece a la falta de fijeza de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo. Ante el ejercicio de acciones por responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas, este Tribunal, en sus distintas Salas, se ha pronunciado de forma contradictoria. Esto ha determinado numerosos pronunciamientos de la Sala especial de este Tribunal para resolver conflictos de com-

⁷⁰ Auto que muy pronto fue contradicho por la Sala 4.^a del TS en sentencia de 10 de julio de 1995 (RJA 5488), a su vez seguidas por otras como las de 9 de febrero (RJA 1008) y 18 de mayo de 1996 (RJA 4477).

⁷¹ SERRANO ALONSO, *Responsabilidad del personal sanitario*, CGPJ, cit., p. 235 y «Sobre la jurisdicción competente...», cit., p. 6.

⁷² NOGUERA DE LA MUELA, «La unidad jurisdiccional...», cit., p. 604.

petencia constituida al amparo del artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En ellos se ha declarado la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de este tipo de acciones. La decisión se ha fundado en la aplicación de lo dispuesto por los artículos 3 b) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 27 de diciembre de 1956, 142 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 2 b) del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral

[...]

No obstante, y aun siendo conscientes de su carácter posterior al Derecho aplicable al objeto del presente proceso, conviene destacar la Disposición adicional duodécima sobre «Responsabilidad en materia de asistencia sanitaria», añadida a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece lo siguiente: «La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso».

Con ello vienen a despejarse algunos de los obstáculos que anteriormente eran opuestos doctrinal y jurisprudencialmente a la interpretación que creemos obligada sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual ha sido recogida en anteriores párrafos. Se trata de la objeción, de la que se hace eco el Auto impugnado, acerca de la posible ilegalidad de la Disposición Adicional 1.^a del Real Decreto 429/1993, atendido el rango reglamentario de esta norma, frente al carácter legislativo de la nueva disposición.

Aun así, lo cierto es que, tal y como ha apuntado Mir Puigpelat⁷³, la actual regulación no elimina el argumento fundamental que la jurisdicción social ha venido sosteniendo para considerarse competente: la reclamación de la víctima de la asistencia sanitaria pública no es una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino una reclamación de prestación de la Seguridad Social.

Una reclamación del tipo de las aquí contempladas no entraría en el supuesto de hecho descrito en los artículos 9. 4 LOPJ, 2.e) LRJCA, DA duodécima LRJAP o 145 y 146 de la LRJAP, principales preceptos en los que se manifiesta la atribución de la competencia jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en supuestos

⁷³ MIR PUIGPELAT, «La reforma del sistema...», cit., pp. 1035-1036.

de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, con expresa exclusión del orden civil y social; pero, claro está, cuando se plantean estos tipos de conflictos, relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (sanitaria), y esto es lo que precisamente no concibe el orden jurisdiccional social. Como ejemplo la STS de 6 de marzo de 2000 (RJA 2600), en la que se introduce un lógico y razonable voto particular en los siguientes términos:

Que formula el Excmo. Sr. D. José María Botana López, Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en relación con la sentencia de esta Sala de fecha 6 de marzo de 2000, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1902/1999.

Primero.– Mediante el presente voto particular expreso con todo respeto y en coherencia con lo mantenido por este Magistrado en la Sala de Conflictos, mi desacuerdo sobre competencia por razón de materia, con la precedente sentencia dictada conforme con el parecer mayoritario de la Sala. Las razones en que se apoya mi discrepancia se recogen en los fundamentos de derecho que seguidamente se exponen.

Segundo.– Los autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 22 de marzo (RJ 1999/3676), 18 de junio (RJ 1999/6963), 20 y 22 de octubre y 23 de diciembre de 1999 (conflictos de competencias números 45, 58, 60, 67, 69, 71 y 74 de 1998 y 2, 6, 8, 11, 15, 22, 28, 38 y 45 de 1999), han venido estableciendo la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de las demandas formuladas con posterioridad a la vigencia de la Ley 30/1992 (RCL 1992/2512, 2775 y RCL 1993, 246), sobre responsabilidad de la Seguridad Social por daños derivados en el ámbito de la asistencia sanitaria, por las siguientes razones:

1. La Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741), Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha solventado las dudas suscitadas sobre si la entrada en vigor de la Ley 30/1992, había venido a retornar al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, la competencia exclusiva para conocer de las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en todas sus facetas, sistema que previamente había sido instaurado por el artículo 3 *b*) de Ley de 27 de diciembre de 1956 (RCL 1956/1890 y NDL 18435) y modificado por el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (RCL 1957/1058, 1178 y NDL 25852), y que había suscitado pronunciamientos contrarios a los de la Sala de Conflictos y favorables al Orden Jurisdiccional Social, por parte de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias dictadas en casación para la unificación de doctrina (sirvan de ejemplo las de 10 de julio de 1995 [RJ 1995/5488] –Sala General–, 9 de febrero [RJ 1996/1008] y 19 de diciembre de 1996 [RJ 1996/9807], 16 de enero [RJ 1997/501] y 18 de septiembre de 1997 [RJ 1997/9471]).

2. La exposición de motivos de la Ley 29/1998, nos dice que «en esta línea, la Ley precisa la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo para conocer de las cuestiones que se susciten en relación no sólo con los contratos administrativos... (y) algo parecido debe decirse de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Los principios de su peculiar régimen jurídico, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal».

Por ello el artículo, 2 apartado e) de Ley 29/1998, dispone que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante las Órdenes Jurisdiccionales Civil o Social».

3. A tenor de lo expuesto, no era necesario modificar el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (RCL 1985/1578, 2635 y ApNDL 8375) del Poder Judicial, sobre reglas de competencia de los Órganos Judiciales, pues el Tribunal Constitucional por auto número 292/1997, de 22 de julio (RTC 1997/292 AUTO), con cita de la sentencia del mismo Tribunal número 224/1993 (RTC 1993/224), ha declarado que «cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de... (los) órdenes, produciéndose de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas –Ley Orgánica y Ley Ordinaria– que no obsta a la reserva establecida en el artículo 122.1 de la Constitución Española (RCL 1978/2836 y ApNDL 2875) y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita... (y también es evidente) que el artículo 142.6 de la Ley 30/1992, puede ser interpretado... de conformidad con la Constitución y, en concreto, con la reserva de Ley Orgánica a que se refiere el artículo 122.1 de la Constitución Española, de acuerdo con la propia jurisprudencia constitucional y, desde luego, con el artículo 9.4 Ley Orgánica del Poder Judicial. Es claro, en efecto, que el artículo 142.6 de la Ley 30/1992 (“la resolución administrativa de los procedimiento de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa”), no contradice por sí mismo, el enunciado genérico que contiene el artículo 9.4 Ley Orgánica del Poder Judicial».

4. Sin embargo, la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1735), reforma el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dándole una redacción acorde con las previsiones competenciales de la mencionada Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, señalando en su párrafo segundo que

los órganos judiciales de esta jurisdicción «conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional». Precepto este que incluso aclara que la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se extiende también a supuestos en los que puedan concurrir sujetos privados.

Tercero.- En consecuencia este voto particular sostiene, con el debido respeto a la posición mayoritaria, que el Orden Jurisdiccional Social no es competente por razón de la materia para conocer de la demanda formulada, por lo que debería haber sido declarada de oficio, con la correspondiente nulidad de actuaciones, haciendo saber a las partes que la competencia corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por ello, no es de extrañar que en lo sucesivo la Sala 4.^a de nuestro Tribunal Supremo se siga considerando competente para conocer de supuestos en los que se reclama indemnización ante el daño ocasionado por la actuación médico-sanitaria prestada por la Administración Pública, estatal o autonómica. Aún más, cuando, a lo sumo, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha dado a entender que, sólo está dispuesta a admitir su incompetencia jurisdiccional, a favor de la contencioso-administrativa, para aquellos actos acaecidos con posterioridad a la reforma procesal realizada en 1998. Eso parece deducirse de la STS de 19 de abril de 1999 (RJA 4528):

Para los hechos acaecidos con posterioridad al 14-12-1998, se ha producido una unificación por vía legal del orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones indemnizatorias de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria por parte de la Administración de la Seguridad Social asignándose a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así, en cuanto se refiere a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas:

a) El ya vigente artículo 9.4.II LOPJ (Ley Orgánica 6/1998 de 13-7 [RCL 1998/1735]) asigna al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento «de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional»;

b) Desarrollando este precepto, el artículo 2 e) LJCA/1998 (Ley 29/1998 de 13-7 [RCL 1998/1741]) establece expresamente

que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social», habiendo entrado en vigor este precepto el día 14-12-1998; y

c) En el ámbito del procedimiento administrativo, en el artículo 2.3 Ley 4/1999 (RCL 1999/114) (de modificación Ley 30/1992 de 26-11, de LRJ-PAC, BOE 14-1-1999), en vigor desde el 15-IV-1999, se dispone que «la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso».

Sevilla, noviembre de 2000

Responsabilidad civil en la práctica deportiva de riesgo: análisis de la respuesta legal y jurisprudencial

JUAN CARLOS REBOLLO GONZÁLEZ
Abogado

I. INTRODUCCIÓN

Después de varios años de querer subir a aquellos montes que vemos y de haber subido a unos cuantos y de haber leído, visto y algunas veces padecido accidentes, y dada mi condición de abogado, me encuentro con la situación extraña que cada vez que se habla del tema en la Sociedad de Montañeros a la que pertenezco, o entre el grupo de amigos y conocidos, todas las miradas se centran en mí a la hora de hablar de quién debe pagar, qué riesgos cubre el seguro, y un sinfín de preguntas que en más de un momento me gustaría haber sido miembro de cualquier otra digna profesión que no tuviese nada que ver con el mundo del Derecho.

El año pasado leyendo la presentación que realiza Tino Núñez¹ del número que la Revista *Desnivel* dedica al montañismo de invierno y de relatar cómo se encontraba con alguien en un momento delicado de la subida a cualquier montaña que sin conocimiento aparente de las técnicas básicas y sin mucho cuidado cuando siente el peligro se agarra a su cuerda y casi lo hace despegarse de la frágil unión con la montaña que está subiendo y lo manda por la cuesta abajo de forma un tanto alarmante, me pregunté qué pasa en esta ocasión, quién responde en este accidente, pero ahí lo dejé suponiendo que era más bien fruto de su imaginación que de la realidad. Pues que equivocado estaba cuando este año vi algo parecido y apareció en mi mente en un segundo la página de la revista donde lo había leído el año anterior.

¹ NÚÑEZ, Tino. Revista de Montaña *Desnivel*. Especial de invierno, 1998, p. 5.

En febrero, en el número de la misma revista antes citada, se dedicaban tres páginas a una sentencia que sobre un accidente en un curso de parapente, se había producido y en la cual establecía el Tribunal Supremo la no responsabilidad del profesor o monitor del curso, ni de las entidades organizadoras y sí de la alumna en cuestión². Quizás empujado por la curiosidad, quizás por sentirme contradicho en mis a veces excesivamente pesimistas afirmaciones sobre el asunto, me llevó a indagar sobre ello y una vez reunido el material me dije a mí mismo, por qué no hacer un estudio que recoja la existente jurisprudencia y la doctrina, realizando una interpretación de la misma que la acerque a la realidad de la montaña y de la práctica de los deportes de alto riesgo.

Desde luego esa reflexión se encontró en el camino con dos hitos muy importantes la aceptación cada vez más realista de que la práctica de estos deportes está cada vez más extendida, que cada vez se realizan más y más actividades, y por ende cada vez hay más organizaciones que se dedican a ello, y cada vez más en nuestras vacaciones nos gusta el traernos un recuerdo cada vez más importante que contar a los amigos y compañeros. Esto está unido a la cada vez más pujante actividad turística del ámbito rural donde hay que ofrecer unas cortas pero, cada vez más apasionadas vacaciones, y por otro lado nos encontramos con el hecho reciente de la regulación de la formación de los técnicos deportivos, que tanta falta hacía pero que en una coletilla de la propia legislación que no ha sido suficientemente observada por los expertos, abre la puerta a estas profesiones a cualquiera que las quiera realizar.

Otros elementos que entran en juego y que nos permiten fijar el escenario donde me voy a mover para realizar este estudio, es que la cada vez mayor profesionalización de las actividades que empezaron realizándose dentro del voluntariado o por relaciones de amistad. Cada vez se organizan más actividades que suponen un verdadero riesgo para la persona, cada vez aparecen más y mejores organizaciones dispuestas a realizarlas, profesionales, voluntarios, que arrastran a otros sin saber realmente los riesgos que corren, y en algunas ocasiones cerrando los ojos ante los problemas que se puedan presentar.

Quiero dejar claro, la realidad de estas nuevas actividades que sin duda alguna harán correr ríos de tinta en el futuro, pero quiero dirigirme a los profesionales del Derecho para que podamos tener un elemento de reflexión y juicio ante estos problemas que se pue-

² S. ACASO. «Responsabilidad profesional». *Revista Desnivel*. núm. 159, febrero 2000, Desnivel, Madrid, pp. 84 y 85.

den plantear y que ciertamente en los ámbitos jurisprudenciales se encuentran todavía en mantillas, de tal forma que son pocas las sentencias del Alto Tribunal que encontramos y he tenido que acudir a la jurisprudencia menor, como algunos autores han querido denominar, y abrir el campo de búsqueda no sólo a sentencias relacionadas con los deportes de riesgo, sino también a los deportes tradicionales, hay que analizar los elementos de la responsabilidad con el filtro de la realización de estas peculiares actividades, hay que ver cómo está la solución jurisprudencial o como se ha resuelto o se puede resolver los problemas que aparezcan y que en las leyes están todavía en cierres.

II. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LA NORMATIVA DE LA PRÁCTICA DEPORTIVA

La regulación de la responsabilidad no se ha realizado a través de ninguna de las normas específicas que regulan la materia, y que de boca del propio Tribunal Supremo³, hubiese sido muy bueno que respondiesen a este tema que va presentando no pocas cuestiones muy particulares y que debieran haber obtenido una respuesta legislativa, en aras a una mayor seguridad jurídica para los agentes intervinientes en las relaciones deportivas. La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, nace en una época en que preocupa más la ordenación del deporte al más alto nivel y del deporte espectáculo, que la realidad del deporte de base, por lo que en ese momento preocupa más asuntos como la conversión de los clubes de fútbol en Sociedades Anónimas Deportivas, la regulación de las ligas profesionales, etc., que el todavía naciente deporte de aventura o de riesgo, como eran el montañismo, el esquí, etc.

Para empezar la propia Ley del Deporte no ha impuesto la obtención de la licencia federativa, obligatoriamente para la realización de una actividad deportiva, salvo que se trate de una participación en una competición, así el artículo 32.4, establece la obligación de tener la licencia deportiva para participar en competiciones deportivas de carácter oficial. Por su parte en el artículo 7 del Real Decreto 253/1996, de Federaciones Deportivas Españolas, establece la obligación de obtener la licencia deportiva correspondiente para la participación de actividades y competiciones deporti-

³ *Vid.* la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992.

vas oficiales de ámbito estatal. Dejando claramente a la regulación de cada Comunidad Autónoma la posibilidad de exigir licencia para participar en las competiciones oficiales de carácter autonómico. Este artículo establece que dentro de la licencia se abonará la cantidad correspondiente al Seguro Obligatorio. En la Resolución de 20 de septiembre de 1993, por la que se aprueba por el Consejo Superior de Deportes, los Estatutos de la Federación Española de Montaña y Escalada, no establece ninguna causa de obligatoriedad para tener la licencia de Federado, por lo que habrá que acudir a las causas reguladas en la Ley del Deporte y normativa complementaria.

En el Título VIII, de la Ley del Deporte, en su artículo 59.2 se establece que con carácter obligatorio los deportistas federados que participen en actividades o competiciones oficiales, deben poseer un seguro que cubra los riesgos para su salud que se puedan desprender de la práctica del deporte en concreto. Este artículo ha sido desarrollado por el Real Decreto 849/1993, de 4 de junio que determina las prestaciones mínimas del Seguro Obligatorio Deportivo. Estas prestaciones no incluyen como básicas y obligatorias las que se deduzcan de responsabilidad civil extracontractual en ningún caso, centrándose en las prestaciones sanitarias y por accidente aunque resulte la muerte.

Por todo lo visto hasta aquí, la Ley del Deporte sí estableció la responsabilidad de los organizadores de actividades o competiciones deportivas, por actos violentos, pero no creo que pensara en ningún momento en regular tanto la responsabilidad en la práctica deportiva o en la formación deportiva, ni creo que en ese momento pensase en el auge e importancia de la práctica de determinados deportes que comportaban un riesgo para quien los realiza y para los demás.

Por lo tanto la regulación específica de esta actividad se ha de realizar a través de la regulación general contenida en el Código civil para la responsabilidad tanto contractual como extracontractual.

III. LA RESPUESTA JURISPRUDENCIAL A LA PETICIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA PRÁCTICA DEPORTIVA

3.1. La necesidad de individualización de la responsabilidad

Hay que poner de manifiesto en un primer acercamiento al estudio de la respuesta jurisprudencial que se ha producido en los casos

de daños en la práctica deportiva, que hay que individualizar cada uno de los casos que se presenten ante un Tribunal. No se puede y, de ello ha sido muy cuidadoso el propio Tribunal Supremo, intentar llegar a la objetivación total en estos casos. El Tribunal Supremo se ha encargado de hacer ver claramente que por muy cerca de la objetivación se estén analizando determinados casos como la responsabilidad por riesgo, no se puede hablar de una total objetivación de la respuesta, y por ello habrá que analizar cada caso de forma individual, estudiando la implicación de cada uno de los agentes intervinientes en la relación que dio lugar a un daño ahora pendiente de su correspondiente resarcimiento⁴.

Para poder apreciar la responsabilidad se exige en reiteradas sentencias por el Tribunal Supremo que se den todos y cada uno de los elementos configuradores de la responsabilidad. Se han presentado casos de muy diversa índole que teniendo como referente el hecho de producirse durante la práctica deportiva el Tribunal Supremo y los órganos jurisdiccionales menores han seguido una línea muy marcada en cuanto a este tema se refiere, y así se han presentado diversos casos y situaciones donde no se ha apreciado la existencia de responsabilidad.

Así, en el campo de actuación propio que nos ocupa, hemos de analizar la clara distinción entre los casos en los que se producen todos y cada uno estos elementos que configuran la responsabilidad extracontractual y aquellos en los que sólo se ha podido apreciar la existencia de algunos de ellos. Me refiero claramente a las situaciones en las que interviniendo dos partes una de ellas se configura como víctima, y por ello receptora del daño y la otra como agente o productora del mismo, pero sin embargo esto no resulta así de forma automática como vimos anteriormente ni aun cuando se apliquen teorías conducentes a una gran objetivación de la responsabilidad. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 17 de noviembre de 1995⁵, se establece que aunque se dan todos y cada uno de los elementos configuradores de la responsabilidad, el hecho originante del daño se produce por un hecho fortuito y recordando la respuesta jurisprudencial dice que esto no genera la obligatoriedad de resarcir. La Sentencia recoge una definición de hecho

⁴ Se pueden examinar las sentencias que tratan este tema, como es la de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1989, 11 de octubre de 1991, y de 24 de mayo de 1990. También en la misma línea se manifiesta la Sentencia de la Sección Civil de la Audiencia Provincial de Valladolid de 21 de septiembre de 1994.

⁵ En esta sentencia se analiza el caso de un accidente en una pista de esquí en la que el demandado, guardia civil de profesión, presta labores de socorro y al bajar por la pista esquiando se resbala y cae y en la caída produce una rotura de tibia a una persona que estaba practicando el deporte.

fortuito como aquel que no se puede predecir o siendo predecible, resulta inevitable y, por lo tanto, no aparece ninguna culpabilidad del agente productor del daño.

En la Sentencia de 30 de octubre de 1992, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se establece claramente ante la muerte de un niño durante la realización de una excursión en montaña organizada por una entidad a través de sus monitores, que la responsabilidad extracontractual se basa, en el sistema jurídico español, en el principio de la responsabilidad por culpa.

En otros de los casos analizados por la Jurisprudencia en los que se pudiese aplicar la responsabilidad por riesgo se exige que el nexo de causalidad se establezca de forma clara y no de acuerdo a conjeturas. Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 14 de febrero de 1997, cuando se examinaba un accidente acaecido en una atracción con castillos hinchables, la propia Sala establece que el riesgo no lo produce la propia atracción, sino la actividad que se realiza dentro de ella, de la que es responsable la propia víctima.

Pero incluso en casos que están fuera de la propia responsabilidad por riesgo, no se puede estimar que la relación entre dos personas que conduce a un daño, deba automáticamente nacer la obligación de resarcimiento, ya que se ha de establecer la existencia de una tipificación de la conducta del agente, al menos como negligencia⁶.

Otra de las manifestaciones a la hora de establecer el nexo causal es la concurrencia de la culpa de la víctima o perjudicado, siendo muy diferente la respuesta que se da desde la jurisprudencia dependiendo de la clase de concurrencia a la que nos estemos enfrentando. En primer lugar se exige para que podamos hablar realmente de concurrencia de culpas, de que si no concurre alguna de las dos no se puede producir el daño. La solución que se apunta desde la jurisprudencia no es la compensación de responsabilidades, sino la compensación de las consecuencias reparadoras normalmente pecuniarias.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1970, establece tres posibles situaciones distintas según sea la concurrencia de ambas culpas:

a) Que la culpa de la víctima por ser de tan pequeña entidad, sea asumida por la del agente.

⁶ Este problema ha sido analizado en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992, en la que se ventila un asunto en el que resultó dañado una persona durante la celebración de un partido amistoso de pelota con pala, y en la que se puede ver una respuesta que analizaremos más tarde de la exclusión de responsabilidad de aquellas actividades deportivas que implican riesgos que deben ser asumidas por el que práctica el deporte.

- b) La situación inversa a la anterior de que la del agente sea asumida por la de víctima.
 - c) El que ambas sean de similar magnitud.

En estas tres posiciones la solución ha de ser diferente, pero sólo estamos ante una concurrencia real de culpas cuando estamos ante la tercera situación.

En el campo de estudio, el de la práctica de deportes de riesgo, el Tribunal Supremo ha tratado en una ocasión este hecho en concreto en la Sentencia de la Sala de lo Civil de 14 de abril de 1999, al establecer que la responsabilidad es de la propia víctima por no seguir las indicaciones que se le habían suministrado en el curso de parapente durante el cual se accidentó, fallando que no cabe aplicar responsabilidad, ni al monitor, ni a la entidad organizadora del curso. Por su parte la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Gerona estableció en la Sentencia de 2 de febrero de 1996⁷, que la actitud y forma en que se practica el deporte es causa de producción de daño y por ello la responsabilidad es en exclusiva de la víctima.

3.2 La asunción voluntaria de los riesgos derivados de la práctica deportiva

Una de las más claras notas que ha establecido la jurisprudencia y que se repite en varias de las sentencias que han sido analizados, es la presunción de que quien practica un deporte conoce los riesgos que entraña y se expone a ellos de forma responsable, y si sufre daños sabe que éstos estaban en la esfera de lo posible y por ello se deben asumir, sin más.

La definición de esta constatación jurisprudencial de una realidad clara y contundente no sólo se aplica a las prácticas deportivas de alto riesgo, sino que se aplica a todas y cada una de ellas, de tal manera que las hemos visto reflejadas en accidentes por la práctica del esquí o bien de un juego de pelota con pala. Una definición de esta constatación la obtenemos de la Sentencia⁸ de 14 de abril de

⁷ En esta sentencia se ventilaba una demanda por responsabilidad extracontractual contra la empresa propietaria de unas pistas de esquí por un accidente producido en ellas. En la prueba practicada se desprende que las pistas se encontraban en un estado perfecto y que se produjo el hecho, por los propios riesgos de la práctica del esquí acompañados de un exceso de arrojo o bien por simple caída fortuita.

⁸ En esta sentencia se estudia una demanda por responsabilidad de una mujer que se accidenta durante un curso organizado por la Administración para aprender la práctica del deporte del parapente.

1999 del Tribunal Supremo en la cual se apunta «*Se trata de un curso que, como dice la propia parte en el motivo era sobre actividad “peligrosa por si misma”, curso al que se accede voluntariamente, aceptando los riesgos del aprendizaje y práctica....*». Así también en la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992, establece que a los jugadores les gusta el poder realizar jugadas lo más vistosas y adecuadas posibles, pero el resultado de las mismas no es el pretendido. Entenderlo de otra manera sería buscar en cada deportista un delincuente en potencia.

El propio Tribunal Supremo señala en varias ocasiones que las actividades humanas tienen riesgos claros, que deben ser conocidos por quien las practica y que sólo la prudencia de quien lo practica, permite a la persona el evitar el nacimiento de éstos y por ello eliminar el daño. Sin embargo, la jurisprudencia también ha señalado cuáles son los límites, su confusión con figuras afines o bien en qué casos queda más patente.

Dentro de esto último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, en su Sección 2.^a, de fecha 2 de febrero de 1996, señala que la persona que practica un deporte debe saber los riesgos que comporta dicha práctica y que su actitud al practicarlo puede conducir a que esos riesgos aumenten de forma considerable, por lo que todavía nos encontraríamos en un caso de compensación de culpas si se pudiese apreciar responsabilidad por el pretendido agente productor.

La jurisprudencia⁹ señala en este mismo sentido que «*En el caso presente hay que tener en consideración que el deporte del esquí implica un riesgo que debe ser asumido por la persona que lo practica y que puede dar lugar a situaciones de verdadero peligro, simplemente con su práctica, sin que sea preciso para sufrir daños corporales o materiales la acción de un tercero. Este riesgo se incrementa cuando la pista por la que se desliza tiene especiales dificultades que exige de la actuación personal un mayor control sobre los propios movimientos, y esto es lo que sucede en el caso de autos, en el que se hacía constar específicamente que la pista era tan sólo para expertos.*

Pero toda esta constatación de la realidad se debe enmarcar dentro de unos límites, pues si no, estaríamos abriendo campos a una desregulación de determinados supuestos que quedarían fuera de cualquier posible sanción. Me refiero en concreto al límite de la asunción de un riesgo, en la práctica deportiva, diferenciándola de

⁹ La Sentencia que se cita es la de la Audiencia Provincial de Huesca de su Sección Civil de 18 de febrero de 1997.

una actividad delictiva o al menos ilícita. Así aparece en la Sentencia ya citada del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992 en la que se establece textualmente «... *siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas. Lo que debe imperar por tanto en este tipo de actividades son las reglas de la prudencia que los jugadores deben seguir...*».

Sin embargo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1992, no se atiende el Tribunal Supremo a articular una solución sobre la base de deber aceptar determinados riesgos por los participantes en una ruta de montaña, debido sin duda alguna, a que los participantes y la víctima eran menores de edad y participantes en una actividad educativa. Ahondando más en esta falta, por parte del Tribunal Supremo, de atención de esta realidad, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Málaga en su Sentencia de 5 de diciembre de 1995¹⁰, establece que en las actividades de enseñanza deportiva, no se puede basar la exclusión de responsabilidad en la falta de pericia del practicante, ya que el riesgo debe ser previsto y evitado en lo posible, y esta solución la separa de las que se puedan dar en las actividades de competición.

La propia jurisprudencia se encarga de señalar la diferencia entre la asunción voluntaria de un riesgo por la práctica deportiva, con la responsabilidad por riesgo. Así la Sentencia anteriormente citada del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992, establece textualmente: «*el riesgo particular que del ejercicio de una actividad de ese género pueda derivar y va implícito en el ejercicio de la misma no puede equipararse a la idea de riesgo que como objetivación de la responsabilidad ha dado lugar a la aparición de una especial figura responsabilicia, en cuanto ésta se encuentra fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materia que si bien esencialmente peligrosos, el peligro que su puesta en funcionamiento lleva implícito se ve compensado en primer y fundamental lugar por el beneficio que como consecuencia de ello recibe la sociedad en general, y en cuanto al directamente explotador del medio, por los beneficios que a través de ello obtiene, nada de lo cual acontece con la práctica deportiva...*».

En la Sentencia de 21 de septiembre de 1994¹¹ de la Audiencia Provincial de Valladolid, se establece al recoger la sentencia citada

¹⁰ En esta sentencia se ventila una petición de indemnización por daños, que padeció una alumna durante un curso de Taekwondo, y de los que resultó responsable su profesora.

¹¹ Esta sentencia recogía el recurso de apelación sobre la sentencia de 1.^a instancia que luego dio lugar a la Sentencia de 14 de abril de 1999 del Tribunal Supremo, ya citada en este artículo y que puso fin al recurso de casación que se presentó por los demandados.

en el párrafo anterior que esta solución no es absoluta y que de su aplicación no se debe desprender que todo resultado lesivo en la práctica deportiva entrañe, una irrelevancia para el mundo del Derecho, pues habrá que analizar cada uno de los hechos desde el prisma del elemento subjetivo de la culpa del productor del daño.

Por lo tanto, claramente hemos de manifestar que la jurisprudencia sólo ha reconocido una realidad inherente a la práctica deportiva, es decir, ha reconocido los riesgos que van parejos a la misma, estableciendo no obstante sus límites y claramente su diferenciación de otras posibilidades que han iniciado un camino de objetivación en la petición de la responsabilidad.

3.3. La intervención de personas cualificadas

Parece que la más reciente práctica jurisdiccional nos ha ido creando el mito de que cuando encargamos a otros o nos sumamos a él para realizar cualquier acto y éste no sale como hubiésemos deseado o incluso resultamos dañados, debe el que lo organizó responder económicamente para ver satisfecho así el perjuicio recibido. Esto sólo es un mito y está más bien lejos de una realidad objetiva, debiendo estudiarse numerosos factores que hay que tener en cuenta antes de poder afirmar este mito o descalificarle por completo.

3.3.A) *Responsabilidad contractual versus extracontractual*

La responsabilidad civil tradicionalmente se ha clasificado en responsabilidad civil contractual y extracontractual. Como J. Castán¹², establece que, la diferencia fundamental entre estas dos categorías son que la primera no es más que un anexo a la obligación principal que ya estaba establecida y que algún acto u omisión ha truncado el cumplimiento pacífico de lo pactado en un contrato de acuerdo con la autonomía de la voluntad, mientras que en la responsabilidad extracontractual surge el deber de indemnizar de forma nueva y sustancial.

Esta distinción entre ambas clases de responsabilidad la tenemos que tomar como muy relativa, ya que también podemos afirmar que la obligación de reparar el daño, si surge, de una actuación anterior, pero una vez que así se decide, que surge la obligación de

¹² J. CASTÁN, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, Introducción y Parte General, volumen II, Reus, S. A., Madrid, 1984, p. 679.

reparar el daño esta se independiza de la causa que la vio nacer, y por lo tanto, se convierte en ambos casos en obligaciones nuevas y sustanciales. Por lo tanto podemos ver cómo los contratos se extinguen aun cuando queden algunas cuestiones como el resarcimiento del daño causado por algún incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato principal.

Hay autores como J. Peran y López Cobo¹³ que establecen una serie de notas diferenciadoras entre ambas clases de responsabilidad, aunque posteriormente tratan sobre la concurrencia de ambas. Las notas diferenciadoras se basan en una multiplicidad de cuestiones, como son el nacimiento, los sujetos que son responsables, el plazo de prescripción, la carga de la prueba, la existencia del tercero, la competencia judicial, la solidaridad en la obligación de resarcir, etc.

Pero antes de entrar a analizarlas no podemos olvidar que los elementos comunes entre ambas son claramente la existencia de un daño, un sujeto responsable, y el deber de reparar.

Repasando las notas diferenciadoras, la que más fuerza tiene son las relativas al hecho del nacimiento de la obligación de responsabilidad civil, ya que en la contractual se debe dar una relación jurídica previa y en la extracontractual nace del deber general de no dañar. La no existencia de tercero en la responsabilidad contractual es una de las reglas que marcan claramente la diferencia, ya que en la responsabilidad extracontractual, si existe este tercero. Pero a lo que denominamos tercero hace relación a que la responsabilidad extracontractual se deba a un daño producido por la relación entre dos sujetos, a un tercero que no tenía ninguna relación, pero esto no se produce en todos los casos ya que si bien es cierto que se puede dar, lo normal en el caso que nos ocupa es que exista una relación directa con la víctima del daño, como en el caso de que, por ejemplo, una persona al ascender una cascada de hielo y por su poca preocupación, causa daños a otro alpinista. La relación en este caso es directa no existe un segundo sino sólo un primero causante del daño y un tercero, víctima de ese daño.

Otra de las notas es que en el caso de la responsabilidad contractual han de ser responsables los que sean capaces de contratar, si bien en este caso se excluyen a los menores pues éstos no pueden dar consentimiento para contratar¹⁴, y en cambio en la extracontrac-

¹³ J. PERAN, *La responsabilidad civil y su seguro*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 62; LÓPEZ-COBO. *El seguro de responsabilidad civil. Fundamentos y modalidades*, Editorial Nacional de Reaseguros, S. A., Madrid, 1988, pp. 75 a 79; J. J. BLANCO, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, S.L.

¹⁴ Véase lo establecido en el artículo 1263 del Código civil y el 162 y concordantes.

tual es responsable cualquier persona por muy inimputable que sea. Si bien es cierto todo esto, puede ser sujeto de responsabilidad contractual el menor que haya contratado por representación de los padres como establece el artículo 162 del Código civil, o bien puede resultar responsable por alguno de los mecanismos establecidos, por ser propietario de una sociedad que deba responder, etc.

En cuanto a la carga de la prueba, si bien en la contractual la carga se reparte entre ambos sujetos en juego, uno demostrando la inexistencia de la obligación y el otro demostrando su existencia. Mientras en la extracontractual se debe probar el daño y su producción por quien ha sufrido como víctima. Aunque últimamente sólo se requiere por la jurisprudencia el probar el daño y se invierte la carga de la prueba como ya se ha comentado anteriormente, y el probable responsable debe probar que no produjo el daño o que hizo todo lo posible para que no apareciese.

No es necesario seguir mostrando la cada vez menor diferenciación entre ambas clases de responsabilidad de tal forma que la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997 establece una línea jurisprudencial iniciada en 1992 al manifestar «*lo que entraña un supuesto de yuxtaposición de ambos tipos de responsabilidades (contractual y extracontractual), que no impide que los motivos integradores del presente recurso puedan ser examinados bajo la perspectiva impugnatoria que contienen, como inserta en el ámbito de la culpa contractual, ya que es doctrina de esta Sala (Sentencias de 6 octubre 1992, 15 febrero 1993 y 27 septiembre 1994, entre otras), la de que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible*»¹⁵.

De esta forma es recogida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 2.^a de lo Civil, de 2 de febrero de 1996, al analizar el tipo de responsabilidad que nace del hecho de entregar por una empresa que explota unas pistas de esquí un pase personal a la persona que va a practicar el deporte del esquí en esas

¹⁵ También es de esta misma opinión FISCHER o ROCES, que señala cómo se construye doctrinalmente una teoría unitaria de la reparación del daño y se olvida la intención de diferenciar ambas clases de responsabilidad. FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928, pp. 277 ss.

pistas y establece el deber de mantener las pistas en su debido estado para un uso racional, aunque luego no encuentre pruebas de un mal estado de las pistas.

No siempre esto ha sido así en sentencias anteriores¹⁶ se establecía que ambas responsabilidades son distintas por tener notas características distintas y con ello se hacía en caso de yuxtaposición, preferencia por la contractual sobre la extracontractual. La realidad de esta elección sólo beneficia si en el contrato se establecen reglas que miden la responsabilidad de forma más beneficiosa para la víctima, o bien por los plazos de prescripción de las acciones judiciales, por ser más amplios.

Aunque parezca un solo ejercicio mental el asunto ha llegado hasta el Tribunal Constitucional, que zanjó la cuestión al establecer que en estos casos el juez competente viene obligado a seguir la acción ejercitada por la parte, ya que si no se priva de la posibilidad de defensa frente al tema *decidendi*¹⁷.

En el tema que nos ocupa la práctica de deportes que implican riesgo, y sobre todo en la práctica del montañismo, esta diferenciación es importante ya que en muchas ocasiones la responsabilidad va a derivar de un contrato o un cuasicontrato, es decir, se contratan los servicios de guías de montaña, o de empresas especializadas o se participa en las actividades organizadas por alguna de las asociaciones, escuelas o federaciones deportivas, aunque en muchas ocasiones sea difícil concretar una prueba de ello, pues se realizan de forma oral, o la prueba de la existencia del contrato es un simple billete de autobús, etc.

3.3.B) *La Regulación normativa de los profesionales cualificados*

En nuestro Estado hubo desde hace tiempo un ánimo de dejadez a la hora de poder desarrollar la regulación de las profesiones que tenían que ver con la práctica deportiva, y ello se mantuvo hasta 1997, momento en el cual se regula que la formación de los profesionales que van a poder operar en el campo de los deportes deben someterse a los principios ya consagrados en la Ley Orgánica 1/1990, más conocida como LOGSE. Hasta ese momento no tenían los cursos o actividades formativas que tenían que ver con el deporte la calidad de enseñanzas articuladas a través del Sistema

¹⁶ *Vid.* las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 30 de diciembre de 1980 y de 19 de octubre de 1995.

¹⁷ Sentencia 222/94 de 18 de julio del Tribunal Constitucional.

Educativo, debiéndose establecer toda la especialidad que sea necesaria eso sí, pero reconocidas como si fuesen una formación educativa más.

Pues bien y, aunque siempre es gozoso que se produzcan estas modificaciones y regulaciones concretas, normalmente cuando se hacen no se realizan de una forma adecuada a mi entender y respecto al campo de estudio que nos ocupa en estos momentos.

El primer paso a esta integración sobre todo dentro de la Formación Profesional específica, se produjo con el Real Decreto 1913/1997 de 19 de diciembre que regula la obtención de las titulaciones de técnicos deportivos. Este Real Decreto que establece una regulación general de esta materia tanto tiene que ver con deportes tradicionales como con las nuevas disciplinas deportivas que nacen dentro de los llamados deportes de riesgo, que es a los que nos referimos.

En este Real Decreto, en su disposición adicional segunda, se establece que la regulación que se realiza para la obtención de un título de Técnico Deportivo o de Técnico Deportivo Superior, no constituyen la regulación de una profesión titulada, es decir, que cualquiera puede desarrollar profesionalmente estas profesiones a las que de forma lógica preparan estas enseñanzas, aun cuando no tenga una titulación adecuada para ello.

No es hasta el 25 de marzo del año 2000 cuando ve la luz el Real Decreto 318/2000, de 3 de marzo, por el que se regulan los títulos de Técnico Deportivo y Técnico Deportivo Superior en las modalidades de Deportes de Montaña y Escalada, siendo en días próximos cuando aparecen todas las demás titulaciones, como esquí, etc. En estas normas y en concreto en el citado Real Decreto, en su Disposición Adicional primera se encuentra repetida la afirmación que hacíamos en el párrafo anterior.

Esto no implica en cualquier caso una importancia mayor, si no fuese que los profesionales que desarrollan actividades deportivas de riesgo son contratados por que conocen las técnicas y porque con ello se disminuye el riesgo y por ende se aumenta la seguridad. Pues bien si cualquiera puede desarrollar profesionalmente estas actividades la pregunta a responder es: ¿cómo podemos confiar en esos profesionales? No es ninguna elucubración teórica, pues si bien es cierto que hay determinadas profesiones que la exigencia de una formación concreta para su ejercicio no es necesaria, pues las consecuencias de acudir a un profesional no titulado o mal formado, no dejan de ser puramente económicas, en otros casos podemos ver implicaciones personales y de salud si esto ocurre. Ninguno de nosotros seríamos capaces de acudir a un médico que no esté en

posesión de su titulación, pero sin embargo no le exigimos eso al mecánico de nuestro automóvil. Y con ello sigo siendo consciente que no sólo se adquiere formación en las aulas y que con la experiencia también se puede alcanzar la formación necesaria, pero ¿cómo se arbitra un sistema para reconocer que una persona tiene la capacitación para desarrollar profesionalmente ese deporte?

Reconozco que no hay una respuesta clara y con el tiempo se accederá a esa formación como forma habitual de alcanzar unas determinadas capacidades y para poder por ello desarrollar profesionalmente estas actividades. Es al menos gozoso desde mi modesto punto de vista la regulación que desde la legislación de la Comunidad Autónoma de Aragón¹⁸ a través del reciente Decreto 146/2000, se realiza una regulación de las empresas dedicadas a la explotación de actividades de turismo activo o de aventura, en el que se exige en su artículo 7.2 que estas empresas tengan contratados para sus actividades a profesionales titulados, de acuerdo a la normativa aquí analizada. Si bien este Decreto deja fuera de su ámbito de aplicación según su artículo 3 a las actividades realizadas por asociaciones, clubs, o federaciones, para sus asociados y afiliados, y no para el público en general. De todas formas en el apartado siguiente de este artículo pretendo hacer un análisis de cuáles son las exigencias al menos jurisprudenciales que se exigen.

3.3.C) *Responsabilidad por los daños causados por otros*

El Código civil establece en el artículo 1903 una serie de casos en los que se determina un sistema objetivo, pues se traslada la responsabilidad a personas distintas a las que produjeron el daño. Así surge la responsabilidad por culpa *in vigilando*, y la responsabilidad por riesgo, que en nuestro ámbito de estudio es importante ya que los guías, monitores, etc., suelen estar vinculados a empresas, asociaciones, Centros Educativos, etc. Se establece que la responsabilidad por acciones de los menores, reside en aquellos de quien depende en ese momento el menor, bien del Centro Educativo al que asisten en horario lectivo o de actividades extraescolares, o bien en los demás momentos de sus padres o tutores¹⁹. Esto es lo que denominamos culpa *in vigilando*, es decir, el responsable

¹⁸ Decreto 146/2000, de 26 de julio, del Gobierno de Aragón por el que se regula el ejercicio y actuación de las empresas dedicadas a la prestación de servicios de turismo activo y de aventura. *Boletín Oficial de Aragón*, núm. 93, de 4 de agosto de 2000.

¹⁹ Podemos ver sobre la responsabilidad de menores:

CONDE-PUMPIDO, *Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces. Estudios en honor del Profesor Castán Tobeñas*, tomo II, Madrid, pp. 73 ss.

del menor o incapacitado ha de tener la responsabilidad por no desarrollar su vigilancia sobre los actos del menor, con la diligencia debida, aunque se reconozca que en muchos casos son hechos que no pueden ser comprendidos en toda su extensión por el menor.

Dos notas sobre la regulación de la culpa *in vigilando*, ésta sólo alcanza respecto a los Centros Educativos donde participen menores, y que no cursen enseñanzas superiores. Y por otro lado sólo afecta a los Centros Educativos y no podemos extenderlo a las asociaciones de tiempo libre, etc., que pudieran llegar a ser responsables del menor por delegación de padres y tutores ya que ellos no pueden intervenir en ese momento.

Por su parte la responsabilidad por riesgo se establece para un centro de trabajo o empresa, respecto de sus dependientes y trabajadores. Autores como Lacruz, establecen que en este supuesto es imposible que se responda por culpa *in vigilando*, ya que el empresario nada puede hacer respecto al empleado que actúa con autonomía propia, como sería el caso de que el empleado sea un guía de montaña que en su perfil a la hora de contratarle debe jugar un peso muy importante la capacidad de tomar la iniciativa en momentos de gran dificultad.

Una de las sentencias que trata este tema es la de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de septiembre de 1997²⁰, establece en primer lugar que un monitor es responsable por el descuido en el deber de vigilancia, pero esto no se incluye dentro de la institución de la culpa *in vigilando*, sino que la empresa responde porque su trabajador ha cometido una imprudencia en el desarrollo de una actividad. Así textualmente establece que «... *deviene obligada la responsabilidad de la entidad demandada..., como empresa organizadora de la excursión deportiva por los rápidos o aguas bravas del Ebro, en la ocasión de autos, conforme al artículo 1903, párrafo cuarto del Código civil*».

En la sentencia de 30 de octubre de 1992 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo establece la responsabilidad de la entidad organizadora, por la actuación negligente de las personas de ella dependientes al no tomar las medidas de precaución necesarias para que una excursión con niños por terreno de montaña no resultasen dañados.

YZQUIERDO TOSLADA, *La responsabilidad civil de menores e incapacitados: panorama anterior y posterior a la reforma del Código civil en materia de tutela. Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, Madrid, 1984.

²⁰ En esta Sentencia se estudió una petición de indemnización por un accidente que se produjo en la práctica de «Rafting», al chocar el bote y caer uno de los participantes al agua y resultar muerto. La actividad se realizaba bajo la supervisión de un monitor y por contratación con una empresa especializada.

El artículo 1904 por su parte establece la posibilidad de repercutir lo pagado, a los trabajadores, pero respecto de los Centros Educativos sólo cuando medie dolo o culpa grave.

3.3.D) *La responsabilidad por riesgo*

No podía pasar la ocasión de referirme de forma autónoma a esta teoría que se ha construido de forma jurisprudencial, y que tantas veces ha sido alegada en el campo de la práctica deportiva, y que últimamente se han presentado en bastantes ocasiones la posibilidad de corregir los dogmatismos más exacerbados que se le suponían a la teoría y que de ninguna manera la jurisprudencia le quiso dar.

En una primera y sencilla aproximación a la definición de la teoría de la responsabilidad por riesgo la podríamos simplificar en que quien realiza una actividad de la que se puede derivar un lucro o beneficio para su realizador, y además puede producir determinados daños, debe ser la persona que lo realiza quien asuma ante esa posibilidad, la obligación de indemnizar a los que han sido perjudicados por los daños causados por la actividad.

Esta teoría se ha llamado también responsabilidad civil cuasiobjetiva, por encontrarse entre la responsabilidad con base en la culpabilidad y la responsabilidad objetiva²¹.

La teoría de la responsabilidad por riesgo vio la luz por primera vez en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1943, llegando a su entero desarrollo en los años ochenta y principios de los noventa. La teoría descansa sobre la inversión de la carga de la prueba para llegar a afirmar que quien realiza una actividad peligrosa de la que extrae un beneficio, cuando la actividad genera un daño debe responder, a no ser que pruebe de forma suficiente que actuó aplicando la diligencia debida²². Esto nos lleva a afirmar como hacía el propio Tribunal Supremo²³, que si de la práctica de la prueba ya sea de acuerdo a lo probado por el demandante o bien en virtud de la inversión de la carga de la prueba, por el demandado, se advierte que este último nada tenía que ver con ello, nos encontramos con que no se podrá aplicar esta teoría. O bien como establece la Sentencia de 16 de diciembre de 1994, en la que se exige una relación causal y que ésta apunte la culpabilidad de alguien que

²¹ J. PERÁN. *La responsabilidad civil y su seguro*. Tecnos, 1998, pp. 80 a 82.

²² Podemos ver sobre esta teoría las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1992, 11 de febrero de 1992, 25 de febrero de 1992, etc.

²³ *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1996.

pueda resultar imputable. Con ello vemos que no se abandona de todo el principio sustentador de la responsabilidad extracontractual de naturaleza subjetiva.

Ahora bien si el demandado para su descarte como productor del daño afirma que ha cumplido con todas y cada una de las exigencias que las normas del tipo que sean, le imponían para realizar su actividad, y éstas no han sido suficiente para evitar el daño, entiende la jurisprudencia desde la Sentencia de 1943, ya citada, y la Ley General de Defensa de los Consumidores, que no es suficiente para verse exculpado de ello, sobre todo cuando estas barreras al potencial peligro, se han visto inadecuadas o insuficientes.

Por ejemplo en la Sentencia ya antes citada de 30 de octubre de 1992, del Tribunal Supremo establece que la entidad debe responder de las personas dependientes de ella, «... *sin acudir al principio de responsabilidad siquiera atenuadamente objetiva que debe regir actividades como las asumidas por los demandados, y entre ellos por la entidad actual recurrente.*»

En un avance todavía mayor se ha declarado por el propio Tribunal Supremo que en estos momentos donde no es fácil determinar y aún menos probar quién es el productor de un daño, pues nos vemos sometidos a ingentes riesgos, algunos de ellos desconocidos, hasta para los propios productores, el no permitir una inversión de la carga de la prueba y con ello una cierta contravención de lo establecido en el artículo 1214 del Código civil, se sometería al demandante a una situación de inferioridad que conllevaría en la mayoría de las veces que no se pudiese cumplir con el principio general del derecho de la equidad o justicia aplicable al caso concreto²⁴. Por tanto, como señala J. Perán, que se trata de una teoría de construcción jurisprudencial inspirada en los criterios de equidad, solidaridad social y justicia distributiva, conforme a la cual y sencillamente expresada quien, recibe el beneficio de una actividad, debe también responder ante el perjuicio sufrido por un tercero por los daños recibidos.

3.3.E) *Las relaciones de voluntariado*

Un estudio aparte merece la responsabilidad por actos cuando interviene el voluntariado, ya que una gran parte de las actividades

²⁴ Podemos ver sobre este tema: J. PÉRAN, *La responsabilidad civil y su seguro*, Técnicos, 1998, p. 81.

Y las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1983, 2 de abril de 1986, 24 de octubre de 1987.

se realizan por asociaciones o clubes, donde la relación se rige por el altruismo de animar a otras personas a las que en principio nos une una amistad o tan sólo un interés común a practicar una actividad concreta que encierra un posible riesgo. En este caso hay que distinguir dos supuestos diferentes, si estamos ante un voluntario integrado en un Centro Educativo, en cuyo caso se regiría por el artículo 1903 del Código civil, o si está inmerso en una asociación u organización, en cuyo caso, la regulación hay que buscarla en la normativa específicas que regula el voluntariado, distinguiéndose dos regulaciones diferentes aplicables a dos situaciones totalmente diferentes.

En primer lugar nos encontramos la regulación de la Ley 6/1996 de 15 de enero, del Voluntariado, es una ley nacional, que se aplica como ella misma establece en su artículo 2 a los voluntarios y sus organizaciones que participen en programas nacionales o supraautonómicos, o bien se trate de actividades de competencia exclusiva estatal. En segundo lugar la legislación autonómica en los ámbitos en los que exista, y cuyo ámbito de actuación se constituye por el realizarse el programa o servicio en el territorio de la Comunidad Autónoma o bien por tratarse de una organización que tiene su sede en ella²⁵.

Toda esta normativa establece lo que podemos denominar y así lo hacen varias de ellas el estatuto del voluntario, por el que los voluntarios tienen unos derechos y unas obligaciones respecto a las organizaciones y éstas frente a los voluntarios, de tal manera que se presta una gran atención a la regulación de su relación. La relación entre ambos se ha convertido en una relación jurídica, como la que une a un padre y su hijo, a un profesor y su alumno o la que une a un comprador con un vendedor. La relación en toda la normativa

²⁵ La distinta legislación analizada sobre el voluntariado, correspondiente a las Comunidades Autónomas es:

– Ley 9/1992 de 7 de octubre del Voluntariado Social de la Comunidad Autónoma de Aragón.
– Ley 4/1993 de 14 de abril de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Galicia.
– Ley 3/1994 de 19 de mayo de Voluntariado Social de la Comunidad Autónoma de Madrid.
– Decreto 12/1995 de 19 de enero, por el que se regula el Voluntariado en Castilla y León.
– Ley 4/1995 de 16 de marzo del Voluntariado en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.
– Ley 1/1998 de 5 de febrero del Voluntariado Social en Extremadura.
– Ley Foral 2/1998 de 27 de marzo del Voluntariado en la Comunidad de Navarra.
– Ley 7/1998 de 6 de mayo del Voluntariado en la Comunidad Autónoma de La Rioja.
– Ley 24/1998 de 15 de mayo del Voluntariado en la Comunidad Autónoma de Canarias.
– Ley 3/1998 de 18 de mayo del Voluntariado en las Islas Baleares.
– Ley 17/1998 de 25 de junio del Voluntariado en el País Vasco.

autonómica examinada y que incluía el campo deportivo y en la Ley 6/1996, se establece a través de un contrato²⁶, formal y normado, es decir, las normas regulan que la forma ha de ser por escrito y señalan el contenido que ha de tener.

Después de analizar la regulación del contrato o convenio lo podemos encuadrar como, un contrato de prestación de servicios, que crea una obligación bilateral de la que nacen verdaderos compromisos para ambas partes, organización y voluntario, aunque esta relación tenga un carácter altruista. Por lo tanto es un convenio sometido al derecho de los contratos, y que en primer lugar implica que la relación de voluntariado debe realizarse por mayores de edad y con plena capacidad jurídica de acuerdo al artículo 1263 del Código civil, aunque de acuerdo al artículo 162 esta falta de capacidad puede ser cubierta por el padre que ostente la patria potestad, en los contratos que versen sobre prestaciones personales como el presente se necesita el previo consentimiento del menor si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de la intervención judicial regulada en el artículo 158. Una de las cláusulas que debe incluir el convenio es la forma de extinguir el contrato, para no llegar a extremos donde pidamos responsabilidad por abandonar las obligaciones de voluntario, por ejemplo.

El campo que estoy estudiando, el del mundo del deporte, está incluido, dentro de los campos de referencia de la norma ya que se incluye el deporte como actividad de interés general tanto para la Ley 6/1996 como para la normativa autonómica de forma clara y directa en casi toda la legislación analizada, exceptuando a Aragón, Madrid y Galicia, donde se regula sólo el voluntariado que participa en acción social, en el País Vasco no se cita explícitamente pero al establecer un elenco de actividades de forma abierta, ya que la última de ellas es una cláusula de cierre en la que puede caber cualquier actividad, y por ende el voluntariado en actividades deportivas y en Cataluña no se regula propiamente el voluntariado, sino el Instituto Catalán de Voluntariado que es un órgano administrativo que se va a encargar de la promoción del voluntariado.

Uno de los aspectos más importantes de la Ley es el establecer que los voluntarios han de actuar de forma diligente, la normativa autonómica estudiada hace lo mismo con fórmulas un tanto abiertas o directas como exigiendo que se sigan las indicaciones, normas y criterios de la organización, y a éstas, les obliga a adoptar un sistema parecido al regulado para las empresas sobre la seguridad e higiene

²⁶ Se usan diversos términos para referirse a este documento que en realidad es un contrato, como convenio, compromiso, documento, etc.

en el trabajo, pudiéndose exigir una tramitación parecida a la regulada en la legislación laboral. Un punto crítico de la norma que se recoge tanto en la Ley 6/1996, como en las normas autonómicas es la obligación de proporcionar la debida formación y dotación material para la realización de las actividades, por parte de los voluntarios que incluiría material y medios para medidas de seguridad.

En el ámbito de la responsabilidad nos encontramos con un sistema muy parecido en la Ley 6/1996 al establecido en el artículo 1903 del Código civil, al trasladar en su artículo 10 la responsabilidad extracontractual por daños a terceros derivado de acciones del voluntariado a las organizaciones a través de las cuales se está realizando el programa o actividad.

Esta regulación es una garantía para el voluntariado, y su actuar, el problema surge, cuando la organización no puede responder y tampoco tiene un seguro que cubra en esos casos, ya que la norma no obliga a ello. El propio artículo remite a la regulación que realiza el Código civil en los artículos 1902 y siguientes, donde también se ha recogido en el artículo 1904 la posibilidad de repercutir lo pagado en quien fue el responsable directo del acto que causó el daño, sobre todo si el voluntario actuó desoyendo las indicaciones o criterios de la organización, aunque a mi juicio esta posibilidad estaría vetada si el daño se produjo por seguir esas normas por lo que realmente se ha causado el daño, pues entonces la culpa no es del voluntario sino de la organización.

Ninguna de las normas autonómicas ha recogido una regulación parecida, excepto la normativa de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que establece la asunción de la responsabilidad por los actos de los voluntarios a las organizaciones a las que pertenecen²⁷, cosa que sería de alabar, si no fuese porque la regulación en materia de legislación civil, corresponde como competencia exclusiva al Estado y no a las Comunidades Autónomas, de acuerdo al artículo 149.1.8.º de la Constitución. Pero de la lectura del artículo 1903 del Código civil de forma un tanto abierta se puede llegar a la misma conclusión, pues no establece de forma taxativa que deba haber una relación laboral para que opere, pero sin embargo he de reconocer que esta misma afirmación se puede voltear del revés, y poder negar esta posibilidad, ya que si habla el Código civil de

²⁷ El artículo 13 de la Ley 7/1998, de 6 de mayo, de Voluntariado de La Rioja, recoge una articulación de la responsabilidad civil del voluntariado igual a la ley del Estado, aunque en mi opinión puede resultar contrario a la Constitución, y que la legislación civil es competencia exclusiva de éste, y el artículo en cuestión lo es, aunque si analizamos con profundidad la regulación del voluntariado, sobre todo lo referente al compromiso o convenio entre voluntarios y organizaciones pueden resultar también por estar regulando legislación civil.

dependientes, que estén empleados, significa claramente que tengan contrato de trabajo, aunque parece dejar algún resquicio para poder arbitrar una solución a este campo. Una interpretación así se puede negar en cualquier momento al especificar que si se hubiese querido realizar esta interpretación ciertamente muy extensiva se hubiese hecho, no mencionando la palabra empleados. De todas las formas la solución podría haber venido por la modificación del Código civil, integrando el artículo 10 de la Ley 6/1996, o bien estableciendo en la propia Ley su aplicación a todo el territorio y todos los casos en esta materia en concreto.

Sin embargo sí recoge la normativa autonómica de forma generalizada la obligación de suscribir una póliza de seguro²⁸ por parte de la organización que en muchos de los casos en una regulación muy abierta cubra no sólo los daños que va a poder recibir el voluntario, sino que se intuye o se deja abierto a los que pueda producir al desarrollar su actividad como voluntario, y tenga por destinatarios a los beneficiarios y a terceros.

3.3.F) *La diligencia requerida a los profesionales que participan o a las empresas mediadoras*

La diligencia que se requiere por cualquiera para la exclusión de responsabilidad por sus actos, es un concepto muy abierto, y así debe serlo, ya que querer constreñir en aras de la seguridad jurídica este concepto, significaría el dejar fuera muchas cosas y ello mismo implicaría el que otras pueden ser excesivas. El artículo 1903 del Código civil establece la necesidad de diligencia estableciendo como patrón de referencia la de un buen padre de familia. Por la vía jurisprudencial se están concretando términos como medidas de seguridad, diligencia que excluye de responsabilidad, y una incipiente normativa sobre todo en el campo del turismo y por ello de competencia de las Comunidades Autónomas, regulando este campo. Estas normas se preocupan sobre todo por la seguridad y la posibilidad de responder a un posible daño.

En varias de las sentencias analizadas, ya todas referenciadas anteriormente, se habla del tema de la diligencia requerida a un

²⁸ Podemos ver para ello el artículo 16.1.b) y 19 del Decreto 12/1995 de la Junta de Castilla y León, los artículos 6 y 11 de la Ley 7/1998 de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 8 de la Ley 3/1998 de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, los artículos 6, 7 y 8 de la Comunidad Autónoma del País Vasco, los artículos 6, 7 y 11 de la Ley Foral 2/1998 de Navarra, el artículo 7 de la Ley 4/1995 de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, los artículos 5 y 6 de la Ley 1/1998 de la Comunidad Autónoma de Extremadura, los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 4/1998 de la Comunidad Autónoma de Canarias.

profesional o una empresa en el desarrollo de actividades deportivas o durante la formación. En todas ellas se acude a ver primero cuál debía de haber sido un comportamiento correcto, para posteriormente compararlo con el comportamiento que se ha tenido, y de ello despejar si el profesional incurrió o no en responsabilidad. Como vimos en el apartado dedicado a la responsabilidad por riesgo, ésta no puede actuar de forma automática, aunque su principal razón de existir sea el hecho de compensar la situación de la víctima, ha de dar razón de alguna manera aun siendo de forma indiciaria de la presumible responsabilidad del profesional o empresa participante.

Sin embargo no podemos olvidar que lo que lleva a muchas personas a contratar un guía de montaña o acudir a una empresa para practicar un deporte de riesgo, es en muchas ocasiones el poder asegurarse que en esa actividad no va a pasar nada, es decir, demandamos seguridad. Es por ello que los profesionales que participan como guías o monitores en la ejecución de estos deportes de riesgo y, más específicamente en la montaña, deben ser en primer lugar aseguradores, no por cubrir económicamente los riesgos, sino por ser conocedores de los posibles riesgos que se pueden presentar y con ello tener previsto una respuesta para evitarlos.

En la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Gerona de 2 de febrero de 1996, establece que la demandada, una empresa que explotaba unas pistas de esquí, actúa de forma correcta al tener las pistas listas y en uso adecuado para la práctica del esquí por lo que les exime de responder por un accidente que ha ocurrido en sus pistas.

En la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de septiembre de 1997, se establecía que la verdadera causa de culpabilidad residía en el monitor por su descuido en su deber de vigilancia y el no saber o no poder actuar de la forma que le debía ser exigible, debiendo haber previsto esta posibilidad, ya que ése era su especial cometido y trabajo. Igualmente la Sentencia de 30 de octubre de 1992 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, establece que si bien el accidente se produce por un hecho fortuito éste se produce en unas condiciones de la montaña en las que era exigible más medios de seguridad que no se tomaron, incluido como establece el propio Tribunal el abandono de la actividad, y reprimiendo a los monitores por no haber tomado las suficientes medidas de protección ante la actividad, por el estado del terreno en la montaña y por la edad de los participantes.

Así también en otra Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de diciembre de 1995, al resolver una

cuestión de responsabilidad por daños producidos durante la enseñanza de las técnicas propias del Taekwondo, establece que en las relaciones entre formador y formando el riesgo debe ser previsto y evitado, no pudiéndose escudar en la inexperiencia del alumno, y tampoco en el ofrecimiento de medios de protección, pues esta relación es jerárquica y por lo tanto de imposición de las medidas de protección. Finalmente por estas razones se impone la responsabilidad de la profesora y del gimnasio al que pertenecía. Sin embargo, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1999, se establece también durante la realización de un curso, flexibilizando la doctrina establecida por la Audiencia Provincial de Málaga, que no se debe responder por un accidente cuando la alumna no ha puesto en práctica las técnicas enseñadas durante el curso, y establece la responsabilidad de la víctima en la realización del accidente, sobre todo cuando voluntariamente se había apuntado al curso y conocía los riesgos inherentes a la práctica del deporte del parapente.

Por los pronunciamientos jurisprudenciales aquí brevemente expuestos, hemos de entender que el profesional que desarrolla una actividad deportiva de riesgo, debe ser capaz de haber examinado los riesgos que se puedan plantear, y una vez previstos adoptar las medidas necesarias para evitarlos, incluida la anulación de la actividad²⁹, si esos riesgos no son del todo evitables, pero teniendo claro que también pueden aparecer riesgos derivados de la propia práctica deportiva y que éstos deben ser asumidos por el que va a practicar el deporte.

La regulación aún incipiente y que requerirá en el futuro nuevas relecturas y modificaciones adaptándose a la realidad muy cambiante, la encontramos en la Comunidad Autónoma de Aragón, con el Decreto 146/2000, como ya hemos visto anteriormente en otro apartado. El Decreto tiene su ámbito de aplicación en las empresas que actúan en el sector del turismo activo o de aventura, realizando cualquiera de las actividades enumeradas en su anexo, incluidas las empresas que no estén domiciliadas en la Comunidad Autónoma de Aragón pero que realicen actividades en su territorio por un tiempo superior a siete días al año, y que cuenten con una inscripción en un registro similar en su comunidad autónoma, y les exijan como mínimo el que sus monitores y

²⁹ Es frecuente la aparición en los catálogos o folletos de propaganda que emiten las empresas especializadas la aparición de normas a las que se somete la contratación de las actividades, como realizan las agencias de viajes, e incluyen cláusulas referentes a la suspensión de la actividad por riesgos graves para la seguridad y que se deciden por el guía o monitor.

guías tengan una titulación oficial como las aquí vistas, tengan suscrito un contrato de seguro de responsabilidad civil. Se excluyen como ya vimos las entidades que carecen de ánimo de lucro, y realizan actividades para sus afiliados, pero no están excluidas, las que se dedican a realizar actividades abiertas al público en general.

En este Decreto se regulan en distintos artículos, diferentes asuntos relativos a la seguridad y la responsabilidad civil. En el primero de estos campos, además de la exigencia que recoge el artículo 7.2, de una titulación oficial para monitores y guías, y que deben participar en número suficiente, como hemos visto en apartados anteriores, establece que las empresas deberán aportar, y por ello anteriormente han tenido que desarrollar, un protocolo de actuación en caso de accidentes que se deberá adjuntar con la solicitud de inscripción, y cada año deben comunicar a los Servicios Oficiales de Protección Civil de la Comunidad Autónoma. Además exigen que los guías o monitores porten aparatos de comunicación para mantener contacto directo, con los responsables de la empresa o bien de los Servicios Públicos de Protección Civil³⁰, que se comuniquen las actividades antes de iniciarse, a los Servicios Públicos de Protección Civil, con el número de personas participantes, y si la actividad se realiza de forma periódica se debe comunicar a su inicio con el número máximo de participantes, se exige que se tenga en cuenta los datos meteorológicos y se repasen las normas de seguridad con los clientes antes de empezar la actividad.

En cuanto al segundo de los temas expuestos se exige en el artículo 5.4c), para la inscripción de la empresa y que puedan actuar en el sector, el que se aporte la póliza de un seguro de responsabilidad civil por una cuantía suficiente y sin franquicia, para cubrir los riesgos imputables por la prestación de los servicios. Por su parte en el artículo 10 el deber de informar por parte de la empresa de diversas cuestiones, como la actividad a realizar, el material a utilizar y si es facilitado o no por la empresa, los conocimientos, dificultades y riesgos de la actividad, el protocolo de actuación en caso de accidentes, la existencia del contrato de seguro, etc. Toda esta información está incluida en el contrato que por escrito han de realizar la empresa y el cliente, si bien se puede hacer constar en la publicidad o como cláusula general que debe estar expuesta en el lugar de contratación.

³⁰ El artículo 9.1 del Decreto 146/2000, no se limita a establecer que se ha de portar un aparato de comunicación, sino que debe permitir la comunicación directa. Por lo que no es suficiente el llevar un teléfono celular o móvil sino que además ha de estar en posición de realizar una comunicación en cada momento.

IV. CONCLUSIONES

En el campo de la responsabilidad civil hay una tendencia hacia la objetivación sobre todo en determinados campos y que vemos como en otros que se había alcanzado se está matizando en aras a una mayor equidad. Pero en el campo de la práctica deportiva, sobre todo los mal llamados deportes de riesgo o aventura y sobre todo los que se realizan en ambientes hostiles como el alpinismo o montañismo, espeleología, etc., nos encontramos con que la objetivación de la culpa, clave de la resolución de la responsabilidad no se puede implantar.

Si de por sí es difícil en muchas ocasiones el establecer la existencia de numerosos elementos que conforman la regulación de la responsabilidad civil, cuando hablamos de la práctica o formación en estos deportes nos encontramos no con más elementos sino que la prueba, lectura o interpretación de los mismos, se dificulta al establecer si hay o no responsabilidad.

Se puede asegurar, no a grandes voces, como casi nada en el Derecho, que la respuesta a las demandas de responsabilidad gira en torno a dos líneas claras, por parte del Tribunal Supremo, por un lado la asunción voluntaria de determinados riesgos en quien practica un deporte, y que el profesional o empresa que interviene tanto en la práctica como en la formación actúa diligentemente cuando ha sido capaz de ver y analizar todos los riesgos que se puedan presentar y les da respuesta de forma eficaz evitando su aparición. Si lo que preguntamos es ¿cuáles son estas medidas?, entonces la respuesta es, que dependen del caso concreto que se presente en cada momento.

Todas las demás circunstancias requieren un pronunciamiento expreso por parte de los tribunales y que para ello requiere una lectura muy especial de la prueba aportada. Sin embargo, es alabable la iniciativa legislativa que ha realizado la Comunidad Autónoma de Aragón que pretende regular, dentro de las posibilidades reales del sector, la realización de estas actividades sobre todo en un ámbito geográfico propicio para estas prácticas deportivas.

Apuntes para la revisión del derecho sucesorio pitiuso*

GERMÁN MARÍA LEÓN PINA

INTRODUCCIÓN

Previamente al inicio de esta ponencia quisiera hacer unas breves consideraciones a modo de prólogo:

1.º Esta ponencia es tan sólo un punto de arranque y reflexión para la costosa y ardua labor que soporta con gusto este Consejo Asesor. Me limitaré a enunciar algunas de las cuestiones que en un futuro cercano abordaremos si pretendemos conseguir que la revisión del Derecho privado pitiuso se haga «en y desde Ibiza», cumpliendo así fielmente el mandato de defender y conservar el Derecho ibicencó que con la creación de este Consejo nos confió el anterior Presidente del Consell Insular de Ibiza y Formentera, don Antonio Marí Calbet, a quien le expresamos nuestro agradecimiento.

2.º Este somero planteamiento lo enfocaré desde la perspectiva de un jurista de la Península que ejerce la función pública notarial en las Pitiusas, que aún no conoce suficientemente la realidad social ibicenca, ahora bien, la está conociendo desde la posición de la *autoritas sin potestas* del Escriba egipcio o Tabelión Romano.

3.º El Escriba desde su recóndito y solitario sillón ve y observa que realidad social y realidad jurídica se desarrollan unidas. Ibiza y Formentera contienen un hecho social diferenciado que ha generado un Derecho propio peculiar y distinto al Derecho engendrado por sociedades y culturas de la Península u otras islas del archipiélago balear. Ibiza y Formentera forman parte del Estado

* Ponencia presentada en la Comisión Foral de expertos del Consell Insular de Ibiza y Formentera, el día 6 de septiembre de 1999, por el Notario de Sant Antoni de Portmany, Germán María León Pina.

español, constituyen un pequeño fragmento de la España insular, aislado y a la par ansiado por la España peninsular; también integran la Comunidad Autónoma de Baleares, junto a Menorca y Mallorca, cuyo mayor tamaño (en especial de Mallorca) acentúan su preponderancia tanto en el seno del Estado como de la Comunidad Autónoma, en detrimento y postergación de las islas más pequeñas; por otra parte, la influencia catalana es también notoria en alguno de los aspectos culturales más significativos de las Pitiusas, como la lengua y el Derecho, influencia cada vez mayor y que corre el riesgo de convertirse en una extraña ingerencia. Por tanto, el hecho social pitiuso diferenciado, ha de subsistir, sobrevivir y mantenerse entre la presión del españolismo, el mallorquínismo y el catalanismo. Su conservación dependerá del espíritu para defender su cultura, folclore, lengua, tradiciones, costumbres y su Derecho. Nuestra misión consistirá en defender este Derecho autóctono, frente a los partidarios más radicales del Derecho común, el Derecho mallorquín y el Derecho catalán. La conservación y defensa conllevan esta tarea de revisión que con entusiasmo esperamos abordar.

4.º La estructura de la ponencia se desarrollará en tres partes, la sucesión legitimaria, la sucesión intestada y por último, realizaremos algún apunte en relación a la sucesión contractual y testamentaria. Por lo que pasamos a entrar en materia.

I. SUCESIÓN LEGITIMARIA

Naturaleza jurídica

La peculiar naturaleza jurídica de la legítima ibicena resulta esencial para determinar *a posteriori* su configuración normativa, y la posible revisión de alguno de sus aspectos. Frente a la naturaleza de la legítima regulada en el Código civil y la legítima mallorquina, configuradas ambas como *pars bonorum*, siendo el legitimario copartícipe en la comunidad hereditaria y cotitular de los bienes relictos, la legítima ibicena es del tipo *pars valoris*. Ahora bien, no se trata de un puro derecho de crédito que ostenta el legitimario contra el heredero, como en la legislación catalana a partir de la reforma de 1990, sino de una *pars valoris bonorum*, un derecho de realización de valor que el legitimario tiene contra el heredero, con afección real sobre la totalidad de los bienes inmuebles que inte-

gran el caudal hereditario, salvo que el testador la haya concretado sobre determinados bienes relictos.

La legítima pitiusa guarda una estrechísima vinculación con la legítima actual catalana, y más aún con la legítima catalana que reguló la Ley de 21 de julio de 1960, no obstante, presenta una diferencia muy sutil, de matiz, pero de una gran trascendencia teórica y pragmática. Estamos ante una legítima *pars valoris bonorum quae in species heres solvere debet*. Si conforme al artículo 362 del vigente Código de Sucesiones de Cataluña, el heredero tiene un *ius optionis*, entre pagar la legítima en bienes hereditarios o metálico hereditario o extrahereditario, en cambio en Ibiza y Formentera, el *ius optionis* del heredero no es *in obligationem*, sino *in facultas solutionis*.

El artículo 81 *in fine* del Libro de Ibiza y Formentera dispone refiriéndose al heredero o sucesor contractual, que «podrá asimismo pagar la legítima en dinero, aunque no lo hubiese en la herencia, salvo disposición en contrario del testador o del instituyente». El texto legal configura así la obligación de pagar la legítima como una obligación facultativa con cláusula alternativa, pudiendo liberarse el deudor en el momento de satisfacer la prestación entregando un *aliud pro alio*. En definitiva, no es una obligación alternativa, no es que el obligado opte entre cumplir una obligación consistente en un pago *in natura*, o una obligación que tenga por objeto una prestación *in pecunia*, la obligación consiste en pagar la legítima en bienes de la herencia, si bien el obligado en el momento del cumplimiento puede liberarse a través de una prestación pecuniaria.

Si el testador hubiera señalado bienes concretos para el pago de la legítima, al ser la voluntad del testador ley de la sucesión, el heredero estará obligado a cumplir la disposición testamentaria e implícitamente quedará privado de esta *facultas solutionis*. *De lege ferenda*, sería conveniente contemplar en el procedimiento de revisión del Derecho civil pitiuso el supuesto de pago en especie de la legítima, o mediante la atribución de un huerto familiar, supuestos bastantes generalizados en la práctica notarial testamentaria.

Consecuencia inmediata de la peculiar naturaleza jurídica de la legítima ibicenca, es la afección real legitimaria. En el Derecho catalán la evolución de la legítima transformándose de *pars valoris bonorum a pars valoris*, ha dado lugar a la desaparición de la garantía del legitimario consistente en la afección real regulada en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, limitándose la protección del legitimario a la posibilidad de solicitar anotación preventiva de demanda de reclamación de la legítima o de su suplemento, o an-

tación preventiva de legado pro legítima si procede. La supresión de la garantía real *ex lege* es congruente con la concepción de la legítima *pars valoris* y el *ius optionis in obligationem* del heredero. Por el contrario hemos visto cómo en las Pitiusas no han sido previstas diferentes prestaciones en forma disyuntiva a elección del deudor, sino que la obligación contiene una sola prestación concediéndose al deudor en su beneficio una facultad solutoria que le permite liberarse en el momento del pago con la realización de una prestación distinta. De ahí que, hasta que la obligación quede satisfecha, es coherente y conveniente que se halle garantizada suficientemente, y qué mejor garantía que dicha afección real que por ministerio de la Ley recae directa e inmediatamente sobre todos los bienes de la herencia con los que el heredero obligado, inicialmente debe satisfacer la prestación legitimaria.

Valoración

En la valoración de la legítima, el artículo 81.4 de la Compilación sigue un sistema semejante al de los artículos 818, 847 y 1.045 del Código civil, así como al de los artículos 355 y 364 del Código de Sucesiones de Cataluña. Por tanto, como pone de relieve Vallet, habrá que distinguir dos momentos: uno al fallecer el testador, en el que habrá que determinar los bienes que integran el caudal hereditario, es decir, el montante o cantidad del as; otro posterior, al tiempo del pago, en el que se determinará su calidad o valor. De esta manera, como resuelve el texto compilado, las alteraciones intrínsecas del valor de los bienes variarán el importe de la legítima, no así *a sensu contrario*, las alteraciones extrínsecas como las mejoras efectuadas o la construcción de edificaciones o siembra de plantaciones.

En cuanto al problema del devengo de intereses, el artículo 81.3 sitúa el *dies a quo* en el momento del fallecimiento del causante, salvo si el legitimario vive en la casa y en compañía del heredero o del usufructuario universal de la herencia y a expensas de ello. El artículo 365 del Código de Sucesiones de Cataluña responde a un criterio parecido. En el Código civil la configuración de la legítima como *pars bonorum* está reñida con la idea del devengo de intereses, salvo en los supuestos de pago en metálico de la legítima, que ante el silencio legal habrá que acudir al régimen general de la mora del artículo 1100, y por tanto no se devengarán intereses sino desde la reclamación judicial o extrajudicial del acreedor.

Legitimarios

El contenido del artículo 79 de la Compilación, nos lleva a plantear tres problemas:

- 1.º La legítima del adoptado.
- 2.º La legítima de los ascendientes.
- 3.º La legítima del viudo.

1.º LA LEGÍTIMA DEL ADOPTADO

El problema fundamental es si los hijos adoptivos son legitimarios en la sucesión de los ascendientes del adoptante. Ante el silencio de la Compilación, acudimos al Derecho supletorio, el Código civil, en donde la cuestión tampoco ha sido resuelta expresamente. Ahora bien, habida cuenta de que una de las finalidades perseguidas por la Ley de Adopción de 11 de noviembre de 1987 es la integración del adoptado en la nueva familia, es decir, que goce de un *status familiae* pleno, habrá que llegar al convencimiento de que el hijo adoptivo y sus descendientes tendrán derechos legitimarios en la familia del adoptante.

Tampoco la Compilación se ha pronunciado con relación al problema de si el hijo adoptivo y sus descendientes pierden los derechos legitimarios en la familia de sangre, solución a la que se llegaría a través de la aplicación del artículo 178 del Código civil, con las dos excepciones lógicas que contiene. A igual solución llega el artículo 127 del Código de Familia de Cataluña, si bien varía el contenido de los dos supuestos en que por excepción se mantienen los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen.

2.º LA LEGÍTIMA DE LOS ASCENDIENTES

A diferencia de la regulación del Código civil y anticipándose al texto catalán vigente, en Ibiza y Formentera en la línea recta ascendente son tan sólo legitimarios los padres, no así los ascendientes de segundo o ulterior grado.

3.º LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO

En las Pitiusas el cónyuge viudo no es legitimario, no sabemos si por tradición u omisión, siendo una de las cuestiones más polémicas que tendremos que afrontar en la revisión de la Compilación.

En el Derecho interregional privado el cónyuge supérstite goza de una mayor o menor protección según los diferentes sistemas legislativos concurrentes en territorio español. Así en el Derecho común, los artículos 834 y siguientes del Código civil confieren al viudo que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, una legítima consistente en un derecho real de usufructo variable en su extensión según el grado de parentesco con el causante de las personas concurrentes. El artículo 45 del Libro de Mallorca también le reconoce una legítima de idéntica naturaleza si no se hallare separado de hecho ni en virtud de sentencia firme, salvo que ambos casos lo estuviera por culpa del difunto.

En Cataluña el viudo no es legitimario, pero se le reconocen algunos beneficios sucesorios de naturaleza no legitimaria, el any de plor, la tenuta y la cuarta uxoria o marital a la viuda pobre.

En el resto de territorios de Derecho civil especial o foral, tampoco el viudo es legitimario, aunque goza de importantes beneficios de origen familiar y no sucesorio, como el usufructo poderoso de Vizcaya, la viudedad aragonesa o el usufructo foral navarro.

En Ibiza y Formentera, en la sucesión testamentaria, el viudo ni es legitimario ni goza de beneficios viduales especiales ni de carácter sucesorio, ni tampoco familiar, en pocas palabras, si el cónyuge testador no ha querido dejarle nada, no tiene nada.

Para justificar esta situación real de desprotección del cónyuge viudo, se ha acudido a la costumbre ibicenca de que el testador, donante o heredante acostumbra por vía dispositiva a ordenar el usufructo universal sobre sus bienes a favor de su cónyuge, si la situación del matrimonio es normal. Si la situación matrimonial es anómala, la falta de una disposición voluntaria a favor del viudo viene a ser un efecto sanción que en esencia no lleva ímplicita la idea técnica de preterición de un legitimario.

Esta argumentación, hoy en día no parece muy convincente:

- Porque los espolits ante nuptias ordenando heredamientos de institución, preventivos o prelativos, prácticamente ya no se otorgan.
- Porque la praxis notarial contempla testamentos que no contienen disposición patrimonial alguna a favor del cónyuge sobreviviente en situaciones de completa normalidad matrimonial.
- Porque las donaciones con reserva de usufructo del donante y sucesiva a favor de su consorte, suelen otorgarse por personas maduras o de avanzada edad que han consolidado un patrimonio, siendo escasas las otorgadas por matrimonios jóvenes; por otra parte la alta fiscalidad de las donaciones hace que los expertos encuentren otras fórmulas jurídicas que logren la transmisión de

bienes de presente y sean menos costosas, de ahí la proliferación de sociedades limitadas que tienen por objeto la mera tenencia de bienes y las frecuentes compraventas de participaciones sociales de padres a hijos que buscan acogerse a los beneficios fiscales del artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores.

– Porque la idea de sanción al cónyuge no tiene sentido desde que el Código civil regula unas causas de divorcio ajenas a la idea de divorcio-sanción, que se apoyan en el hecho de constatar el cese efectivo de la convivencia marital, salvo en el supuesto del apartado 5.º del artículo 86 del Código civil.

– Porque los efectos de la preterición fueron atemperados por el legislador de 1981, según se trate de preterición del cónyuge, legítimos en línea recta ascendente o descendente, y en este último caso intencionada o errónea; así del artículo 814 del Código civil resulta que la preterición del viudo no anula la institución de heredero.

Esta situación discriminatoria y perjudicial para el viudo, es denunciable también desde otros parámetros técnicos. Si uno de los cónyuges fallece sin testar, tendrá el consorte sobreviviente el usufructo de la mitad de la herencia, por lo que el negocio jurídico testamentario puede convertirse en el peor enemigo del cónyuge viudo.

La situación de desigualdad incluso puede derivarse de los términos o conceptos que emplee el testador. Así, por ejemplo, si un padre lega a su hijo el bien más importante de la herencia consistente en un campo, y el testamento contiene únicamente este legado, en el remanente se abriría la sucesión intestada y el viudo sería llamado a adquirir ¿la mitad del remanente, o la mitad de la herencia extendiéndose el usufructo al legado si su valor supera con creces el resto de bienes no dispuestos?

En cambio si el testador instituye heredero a aquel hijo relegándole el campo, el viudo ha quedado totalmente eliminado de la sucesión. Por tanto en función de los términos y conceptos empleados por el testador, a veces incluso sin proponérselo, puede el viudo conservar o no la protección que la Ley le otorga en la sucesión intestada.

Si postulamos que el cónyuge viudo sea reconocido como legítimo en las Pitiusas, la labor revisora también tendrá que ordenar los efectos en cuanto a la conservación, pérdida o recuperación de la legítima, de la separación de hecho simple, con o sin interposición de demanda, la separación de hecho de mutuo acuerdo que conste fehacientemente, la separación por sentencia firme, la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio y la reconciliación.

Preterición

No regula el Libro de Ibiza y Formentera los efectos de la preterición, siendo de aplicación el Derecho supletorio, y por tanto, el artículo 814 del Código civil. Llamo también la atención de la ordenación de los efectos de la preterición en el artículo 367 del Código de Sucesiones de Cataluña en donde se amplían los supuestos en que el legitimario preterido erróneamente no pueda pedir la nulidad del testamento, en una extensión del principio de *favor testamentii*.

Derecho supletorio

Es evidente que la legítima ibicenca al ser del tipo *pars valoris* se asemeja más a la legítima catalana, que a la legítima común o mallorquina, que son legítimas *pars bonorum*. Ello nos obliga a cuestionarnos si sería aconsejable que en materia de legítima fuera el Derecho catalán el supletorio del Derecho ibicenco.

Primeramente hemos de descartar radical y contundentemente cualquier intento de aplicar por vía supletoria el Derecho de Mallorca:

– Porque Ibiza y Formentera representan una realidad social diferente a Mallorca, en donde históricamente jamás se ha aplicado el Derecho mallorquín, ajenas por completo a las instituciones jurídicas tradicionales de Mallorca. El error histórico de identificar Derecho de Baleares con Derecho de Mallorca representa un duro lastre para la defensa y conservación del Derecho de Ibiza y Formentera, cuando por Derecho de Baleares hay que entender tres ordenamientos jurídicos diferentes, uno para Mallorca, otro para Menorca y otro para Ibiza y Formentera, al haber tres órdenes sociales claramente diferenciados.

– Porque no sólo la legítima mallorquina presenta una naturaleza jurídica distinta a la ibicenca, además el Derecho privado ibicenco es totalmente extraño a los principios esenciales que informan el Derecho sucesorio mallorquín, principios de tradición romanista desconocida en estas islas, como el carácter esencial para la validez del testamento de la institución de heredero, el principio de *semel heres semper heres*, o el *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, así como es igualmente ajeno a instituciones sucesorias mallorquinas como la cuarta falcidía, la trebeliánica o la figura del heredero distribuidor.

En segundo lugar, conviene recordar que en virtud del artículo 149.3 de la Constitución Española, el Derecho estatal será en todo caso el Derecho supletorio en lo no regulado por el Derecho autonómico, principio de supletoriedad también recogido en el artículo 13.2 del Título Preliminar del Código civil.

En tercer lugar hemos de subrayar que como resulta del artículo 1.º de la Compilación y ha reconocido el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en la conocida sentencia de 3 de septiembre de 1998 en materia de régimen económico matrimonial, el Derecho ibicenco se autointegra con sus propias fuentes. Por tanto, el orden de fuentes sería el siguiente:

- 1.º Libro de Ibiza y Formentera.
- 2.º Costumbre ibicenca.
- 3.º Principios generales del Derecho ibicenco.
- 4.º Tradición jurídica pitiusa.
- 5.º Código civil.

En consecuencia, en el actual marco constitucional y legal el Derecho supletorio, incluso en materia de legítimas, es y debe ser el Código civil.

El Derecho catalán, con la perfección técnica a que ha llegado en el actual Código de sucesiones, puede ser un buen espejo, una legislación modelo, que habrá que estudiar a la hora de enfrentarnos ante este procedimiento revisor de la Compilación, pero en ningún caso en el marco del Ordenamiento Jurídico Constitucional puede llegar a ser Derecho supletorio.

II. SUCESIÓN INTESTADA

El reenvío

En sede de sucesión abintestato, el artículo 84 de la Compilación efectúa un reenvío a la normativa del Código civil, reenvío que entendemos sin lugar a dudas a la normativa del mismo tras la reforma de 13 de mayo de 1981. Esta remisión responde al criterio histórico de la doctrina más autorizada que ha entendido que la sucesión intestada en Ibiza y Formentera se ha regido desde principios de siglo por el Código civil.

Por tanto, los principios inspiradores de la materia son los comunes, como el de la compatibilidad entre sucesión testada e

intestada o el criterio espiritualista en la designación de heredero, en contraposición al Derecho mallorquín y catalán; el orden de llamamientos y el modo de suceder por cabezas o por estirpe también será el del Código civil.

No obstante advertimos de que una norma de reenvío es una norma incompleta, y tal vez sería conveniente que el Libro de Derecho civil de Ibiza y Formentera abarcara también como lo hacen el resto de leyes civiles forales la regulación del sistema sucesorio intestado. Es de interés la regulación del último de los llamamientos sucesivos, que en el Código civil es el llamamiento al Estado.

Derechos del cónyuge viudo

Si en la sucesión testamentaria, el viudo carece de protección legal, en la sucesión intestada el artículo 84 de la Compilación le reconoce un derecho de usufructo de la mitad de la herencia cuando concurra con herederos preferentes.

En el Código civil y en el Libro de Mallorca la extensión del usufructo varía según el grado de parentesco con el causante de las personas concurrentes con el viudo, mientras que en el Código de Sucesiones de Cataluña el usufructo viudal es universal, cuando antes de la Ley de Sucesión Intestada de 25 de mayo de 1987, al igual que en Ibiza el usufructo comprendía sólo la mitad del caudal relicto.

En el orden de llamamientos, por aplicación del Código civil, el viudo es llamado a la sucesión después de los padres y ascendientes, anteponiéndose a los hermanos e hijos de hermanos, novedad que introdujo la reforma de 13 de mayo de 1981. El Derecho catalán ha ido más lejos, así la Ley de Sucesión Intestada de 1987 dio un importante paso avanzado, al llamar al cónyuge supérstite con preferencia a la línea recta ascendente. Dejamos planteado el dilema de si en una revisión del Derecho pitiuso ha de darse mayor importancia al *ius sanguinis* o al *ius coniugii*.

Al igual que en sede de legítimas será también necesaria tratar la incidencia de las vicisitudes del matrimonio sobre los derechos del cónyuge viudo.

El artículo 811 del Código civil

Constituye una cuestión muy interesante su aplicabilidad en Ibiza y Formentera.

En un principio, su aplicación vendría dada por la vía del Derecho supletorio. Si bien, no faltan autores como Díez Picazo, que sostienen su inaplicabilidad desde un planteamiento genérico, alegando que cada compilación tiene su propio sistema sucesorio abi-testato. Otros tratadistas, como Roca Sastre, han entendido que si la reserva lineal opera como una limitación de la legítima del ascendiente no debería aplicarse al sistema legitimario catalán, muy distinto al que regula el Código civil, y que como ya vimos es muy semejante al ibicenco.

Dejemos la cuestión sobre la mesa para futuras disquisiciones.

III. SUCESIÓN VOLUNTARIA: CONTRACTUAL Y TESTAMENTARIA

Sobre la sucesión pactada y la testamentaria tan sólo haremos unos pequeños apuntes, con la confianza de profundizarlos y desarrollarlos en este procedimiento revisor.

Así, en relación a la sucesión contractual diremos:

1.º Que el Libro de Ibiza y Formentera permite distinguir dos grandes especies de pactos sucesorios:

– Los pactos de suceder, que pueden ser con entrega de bienes de presente o sin ella, y que a su vez son de institución o de preventión, y que a diferencia de los heredamientos catalanes no necesitan de la forma pública capitular.

– Y los pactos de renuncia, es decir, el finiquito de legítima conocido en Mallorca como la definición.

2.º Que la frecuencia del otorgamiento de pactos de renuncia contrasta con el desuso en que han caído los pactos de suceder. Como anécdota señalo que en los tres años de ejercicio profesional en Sant Antoni de Portmany, no he autorizado ninguno. Tendremos que preguntarnos el por qué del desuso, y cómo podríamos recuperarlos, quizás su recuperación podría proceder de una incentivación fiscal, como la de las apartaciones del Derecho gallego.

3.º Que aunque no se otorguen pactos de *sucedendo*, son muchos los que se autorizaron en el pasado, siendo uno de los problemas más importantes desde el punto de vista de la práctica notarial su interpretación.

4.º Que el Libro de Ibiza y Formentera no cuenta con reglas de interpretación de los pactos sucesorios, siendo en este punto un

buen modelo en el que fijarse el Código de Sucesiones de Cataluña, y la Compilación de Navarra.

Respecto a la sucesión testamentaria, ponemos de manifiesto lo siguiente:

1.º Que por la vía de la remisión, los criterios interpretativos aplicables en materia de testamentos son los contenidos en el Código civil, careciendo el Libro de Ibiza y Formentera de reglas propias.

2.º Que constituye una herejía jurídica aplicar criterios de interpretación testamentaria contenidos en el Libro de Mallorca, basados en principios del tradicional Derecho romano completamente extraños a la constumbre ibicenca, como el *semel heres* o el carácter esencial de la institución de heredero. Los principios acogidos por el Libro de Mallorca sitúan al intérprete en una posición de partida diametralmente opuesta al del intérprete que ha de entender la voluntad testamentaria de un causante ibicenco.

3.º Que sin duda con total buena fe, pero ignorando el Derecho ibicenco, y desde alguna institución, se han venido aplicando criterios interpretativos contenidos en el Libro de Mallorca, como si Derecho de Baleares fuese igual a Derecho mallorquín.

4.º Que en esta tarea de revisión sería conveniente considerar la figura de las sustituciones hereditarias, en particular las sustituciones fideicomisarias, y muy en especial la disposición de los bienes relictos por el fiduciario. En este punto la aplicación del Código civil como Derecho supletorio ha causado que algunos profesionales del Derecho en estas islas consideren la existencia de un gravamen fideicomisario como una prohibición tácita de disponer, en vez de como una obligación de conservar, lo que parece más coherente con la idiosincrasia y tradiciones de la isla.

5.º La posible conveniencia de ordenar el testamento mancomunado entre cónyuges, admitido en Aragón, Navarra, y en Vizcaya tras la última reforma de su Compilación.

CONCLUSIONES

A modo de conclusiones, podemos sentar las siguientes:

1.º Que el Derecho ibicenco se autointegra con sus propias fuentes, respondiendo a una realidad social diferenciada, y que el Derecho supletorio en el actual marco constitucional ha de ser el Código civil.

2.º Que el Derecho mallorquín por responder a un orden social diferente y estar inspirado en principios romanistas desconocidos en Ibiza y Formentera, no puede ni debe aplicarse en las Pitiusas.

3.º Que el Derecho catalán, no puede constituir Derecho supletorio en Ibiza y Formentera, pero sí que hemos de referirnos al mismo como modelo a estudiar en un procedimiento de revisión de la compilación.

4.º Que el Libro de Ibiza y Formentera contiene una regulación quasi perfecta de las legítimas que obedece a la coherencia del pensamiento de su autor, por lo que introducir cualquier cambio deber ser objeto de un profundo estudio para evitar que el puzzle se descomponga. No obstante, hay cuestiones como la legítima del cónyuge viudo, cuyo tratamiento a nivel legislativo no desfiguraría esta descomposición sino que la complementaría mejorándola.

5.º Que sería deseable que el Libro de Ibiza y Formentera tratase de su sistema sucesorio *abintestato*.

6.º Que la realidad nos muestra el desuso en que han caído los pactos de sucesión, siendo necesario para su recuperación, abordar la materia desde la perspectiva del Derecho fiscal.

7.º Que el Libro de Ibiza debe contener reglas de interpretación de los testamentos, para evitar la aplicación perturbadora de criterios contenidos en el Libro de Mallorca, o una extensión demasiado generalizada de lo que tan sólo debe ser el Derecho supletorio, el Código civil.

8.º Que el carácter eminentemente técnico de las cuestiones apuntadas, aconseja que la revisión del Derecho privado pitiuso se haga por profesionales del Derecho, lo que los políticos deben entender e impulsar.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Representación indirecta y *Undisclosed agency*: su convergencia (la *Convention on agency in the international sale of goods* y los *Principles of European Contract Law*)*

BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI

Universidad de Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Undisclosed agency y representación indirecta*.—III. *Convention on Agency in the International Sale of Goods* (Ginebra, 17 febrero 1983): A) Clasificación de los supuestos: 1. El conocimiento por el tercero; 2. Momento del conocimiento o desconocimiento por el tercero; 3. Carga de la prueba; B) Efectos: 1. Supuesto I. *Disclosed agency*; 2. Supuestos II y III: la aproximación entre el *Common Law* y el *Civil Law*: a) La reticencia del Reino Unido a la aproximación; b) Requisitos para el ejercicio de la acción directa: Incumplimiento del agente: i) *Incumplimiento frente al principal*; ii) *Incumplimiento frente al tercero*; c) Dinámica de la acción directa: i) *Obligación de desvelar la identidad*; ii) *Obligación de notificar*; iii) *Excepciones oponibles*; d) Excepciones a la acción directa: i) *Falta de voluntad del tercero de contratar con el principal*; ii) *Acuerdo en contra de la aplicación*.—IV. *La representación indirecta en los Principles of European Contract Law*: A) Sistema de clasificación; B) Efectos de la representación indirecta: 1. Supuestos de efectos directos; 2. Dinámica de la acción; 3. Excepciones oponibles; 4. Excepciones a la acción directa.—V. *Conclusiones*.—Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha hablado de una diferencia entre los sistemas de *Common Law* y los de Derecho continental a la hora de esta-

* Este trabajo se inserta en el marco del Proyecto de investigación BJU 2002-02356 [Hacia la unificación del Derecho de obligaciones] subvencionado por el Ministerio de

blecer los efectos de la actuación del representante en determinados supuestos. En concreto, se suelen contraponer la teoría de la *undisclosed agency*, propia de los sistemas del *Common law*, y la de la representación indirecta, propia de los sistemas continentales.

Esta división se ha intentado superar en los *Principles of European Contract Law* (PECL); la regulación de los supuestos que los PECL agrupan bajo la denominación de «representación indirecta» puede considerarse, en efecto, una síntesis del régimen propio de los sistemas continentales, por una parte, y del existente en los sistemas de *Common Law*, por otra.

Dicha aproximación tiene como antecedente la *Convention on agency in the international sale of goods*, (Ginebra, 17 de febrero de 1983)¹ que ya intentó en su momento acercar los principios de la representación indirecta y los de la *undisclosed agency* en el ámbito concreto de la compraventa internacional de mercaderías. Por esta razón, aunque hayan sido escasas las ratificaciones que ha recibido dicha Convención², parece importante el estudio de algunas de sus disposiciones, a través del debate que se originó en torno a las mismas antes de su aprobación definitiva.

La finalidad del presente trabajo consiste en determinar, mediante el análisis de las propuestas y observaciones de los representantes de los distintos países participantes en la Conferencia, de qué modo se llevó a cabo la aproximación entre los sistemas continentales y el *Common Law* en este punto concreto.

Así, tras una breve alusión a las diferencias más significativas entre el régimen de la representación indirecta y el de la *undisclosed agency*, centraremos la atención en el debate que tuvo lugar en torno a los preceptos de la CAISG que regulan el objeto de nuestro estudio, poniendo de relieve algunas de las propuestas más significativas, señalando las posturas de los distintos países en relación con las mismas, así como las razones que llevaron a introducirlas o no, según los casos, en el texto final.

Por último, haremos referencia a los PECL teniendo en cuenta el anterior estudio; de lo que se trata es, por tanto, de determinar qué cuestiones de las que surgieron en el debate de elaboración de la CAISG han sido abordadas en los PECL y si la solución adoptada en ellos se asemeja o difiere de la que finalmente quedó reflejada en la CAISG.

Ciencia y Tecnología (Dirección General de Investigación) y fue presentado en las Jornadas de Dret Català celebradas en Tossa de Mar los días 26 y 27 de septiembre de 2002.

¹ A partir de ahora nos referiremos a ella como CAISG.

² En concreto ha sido ratificada por Italia (16 de junio de 1986) y por Francia (7 de agosto de 1987), lo cual implica que, al no haber sido alcanzado el número necesario de ratificaciones (10), todavía no está en vigor.

II. **UNDISCLOSED AGENCY Y REPRESENTACIÓN INDIRECTA**

Tal y como ponen de relieve Zweigert y Kötz³, los sistemas continentales distinguen entre representación directa e indirecta: la diferencia fundamental existente entre ellas estriba en que, si bien en ambos casos el representante actúa por cuenta ajena, en la representación directa celebra el contrato con el tercero también en nombre ajeno, mientras que en la indirecta la actuación se lleva a cabo en nombre propio. El *Common law*, sin embargo, no toma en cuenta la dicotomía «actuación en nombre propio vs. actuación en nombre ajeno»⁴. Ahora bien, lleva a cabo una clasificación tomando como punto de referencia si el tercero conoce o desconoce que el agente actúa como tal: en concreto se habla de *disclosed* y *undisclosed principal* o *disclosed* y *undisclosed agency*⁵.

La diferencia entre el *Common Law* y el Derecho Continental en este ámbito no estriba sólo en el distinto parámetro de clasificación de los supuestos de representación o *agency*, sino también en el establecimiento de los efectos de la actuación del representante o *agent*.

Así, en los sistemas continentales en los casos de actuación del representante en nombre propio es este último quien adquiere los derechos y obligaciones derivados del contrato celebrado con el tercero⁶. En los supuestos de representación indirecta, por tanto, el representado carece de acción directa contra el tercero y viceversa.

³ ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 1998, p. 433.

⁴ A propósito del desconocimiento de la dicotomía «representación directa e indirecta» y el *Common Law*, se ha dicho que «The dichotomy between direct and indirect representation is unlikely to be attractive to Common Law systems, which tend to reach the result of direct representation with more facility than the civil law», BOWSTEAD, W. y REYNOLDS, F.M.B.: *Bowstead & Reynolds on Agency*, 1996, p. 11. ZWEIGERT y KÖTZ, observan que dicha unidad responde a una perspectiva económica del fenómeno de la representación; afirman en concreto que «in economic reality acting in one's own name and acting in the name of another are really very much the same; this is more fully realized in the Common Law, with its wider conception of agency, than in the Continental Systems», ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 1998, p. 434.

⁵ Afirman en este sentido ZWEIGERT y KÖTZ que «it makes a difference whether or not the third party could tell that he was contracting with a principal», ZWEIGERT, K., y KÖTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 1998, p. 433. Entre la doctrina inglesa reciente cabe destacar las siguientes definiciones de *undisclosed principal*: «An undisclosed principal is one of whose existence the third party is unaware at the time of the contract», TREITEL, G.H., *The law of contract*, 1999, p. 672. MARKESINIS, B.L., y MUNDAY, R.J.C. por su parte, se refieren a este supuesto como aquel «where the third party contracts with the agent unaware that the latter is contracting as agent», MARKESINIS, B.L. y MUNDAY, R.J.C., *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 153.

⁶ ZWEIGERT, K., y KÖTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 1998, p. 434.

Para el *Common Law*, sin embargo, es indiferente que el agente actúe en nombre propio o ajeno a la hora de establecer efectos directos entre el tercero y el principal⁷. Es más, tanto en los casos de *disclosed agency* como en los de *undisclosed agency* el principal puede demandar al tercero y viceversa en relación con el contrato celebrado por el agente⁸. Naturalmente en los casos de *undisclosed agency* el tercero demandará al principal una vez que haya descubierto su existencia. Aunque en una primera aproximación pudiera parecer que el régimen aplicable a los casos de *undisclosed agency* y el aplicable a los de *disclosed agency* es el mismo, un estudio más detallado pone de relieve que el funcionamiento de la acción directa en los dos supuestos no es idéntico. Aunque en la investigación que estamos actualmente desarrollando este aspecto es tratado ampliamente, las limitaciones de este trabajo nos obligan a centrarnos en el dato de la posibilidad de acción directa entre tercero y principal, sin entrar en el funcionamiento concreto de la misma en cada uno de los supuestos.

III. *CONVENTION ON AGENCY IN THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (GINEBRA, 17 FEBRERO 1983)*

El capítulo III de la CAISG se ocupa de los efectos de la actuación del agente («*Legal effects of acts carried out by the agent*»). La importancia de dicho capítulo ha sido puesta de relieve por los propios intervinientes en la elaboración de la Convención; a título de ejemplo Bonell, J. M.⁹ lo califica como la parte más original e importante de toda la Convención. En el *Explanatory Report* podemos también leer que se trata de «*the most original part of the draft Convention*»¹⁰.

En el *Explanatory Report*¹¹ se pone igualmente de relieve el intento de aproximación entre los sistemas de *Common Law* y los

⁷ Afirman a este propósito ZWEIGERT, K., y KÖTZ, H., «English lawyers are not familiar with the distinction drawn on the Continent between acting “in one's own name” and acting “in the name of another”, and they cannot see why it's only in the latter case that the principal acquires rights and liabilities», ZWEIGERT, K., y KÖTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 1998, p. 433.

⁸ Véase para más detalle TREITEL, G.H., *The law of contract*, 1999, pp. 672 a 677.

⁹ BONELL, J. M., «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 733.

¹⁰ «*Explanatory Report*», en *ULR*, 1983, I-II, p. 32.

¹¹ En concreto podemos leer: «It [la CAISG] represents a serious attempt to bridge the gap between the Common Law and Civil law Systems», «*Explanatory Report*», en *ULR*, 1983, I-II, p. 32.

de Derecho continental al que nos referíamos al comienzo y que se encuentra plasmado en concreto en los siguientes preceptos:

Artículo 12: «Where an agent acts on behalf of a principal within the scope of his authority and the third party knew or ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall directly bind the principal and the third party to each other, unless it follows from the circumstances of the case, for example, by a reference to a contract of commission, that the agent undertakes to bind himself only.»

Artículo 13: «1. Where the agent acts on behalf of a principal within the scope of his authority, his acts shall bind only the agent and the third party if:

a) the third party neither knew nor ought to have known that the agent was acting as an agent, or

b) it follows from the circumstances of the case, for example by a reference to a contract of commission, that the agent undertakes to bind himself only.

2. Nevertheless:

a) where the agent, whether by reason of the third party's failure of performance or for any other reason, fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the principal, the principal may exercise against the third party the rights acquired on the principal's behalf by the agent, subject to any defences which the third party may set up against the agent;

b) where the agent fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the third party, the third party may exercise against the principal the rights which the third party has against the agent, subject to any defences which the agent may set up against the third party and which the principal may set up against the agent.

3. The rights under paragraph 2 may be exercised only if notice of intention to exercise them is given to the agent and the third party or principal, as the case may be. As soon as the third party or principal has received such notice, he may no longer free himself from his obligations by dealing with the agent.

4. Where the agent fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the third party because of the principal's failure of performance, the agent shall communicate the name of the principal to the third party.

5. Where the third party fails to fulfil his obligations under the contract to the agent, the agent shall communicate the name of the third party to the principal.

6. The principal may not exercise against the third party the rights acquired on his behalf by the agent if it appears from the circumstances of the case that the third party, had he known the principal's identity, would not have entered into the contract.

7. An agent may, in accordance with the express or implied instructions of the principal, agree with the third party to derogate from or vary the effect of paragraph 2».

· A continuación intentaremos sistematizar las disposiciones contenidas en dichos preceptos deteniéndonos especialmente en los puntos que fueron objeto de discusión durante su elaboración.

A) CLASIFICACIÓN DE LOS SUPUESTOS

El objetivo del presente apartado consiste en determinar el sistema de clasificación de supuestos seguido por la CAISG para regular los efectos de la actuación del agente; la cuestión no carece de importancia puesto que, tal y como ya hemos tenido ocasión de poner de relieve, los sistemas continentales distinguen entre actuación en nombre ajeno y actuación en nombre propio, mientras que el *Common Law* establece como elemento diferenciador el conocimiento o desconocimiento por parte del tercero de la condición de agente.

1. El conocimiento por el tercero

El supuesto básico al que se refieren los artículos 12 y 13 CAISG es aquel en el que el agente actúa por cuenta del principal y dentro de los límites de la *authority* que éste le ha otorgado. A partir de ahí los preceptos citados distinguen los siguientes casos:

1. En primer lugar, aquel en el que el tercero sabía o no podía desconocer que el agente actúa como tal (art.12).
2. En segundo lugar, aquel en el que el tercero no sabía ni podía saber que el agente actúa como tal. [art.13.1.a)].
3. En tercer y último lugar, aquel en el que, si bien el tercero sabía o no podía desconocer la condición del agente, a partir de las circunstancias del caso se deriva que el agente se obliga¹² a vincularse con el tercero. La propia CAISG cita como ejemplo de este tercer supuesto el caso del comisionista [arts. 12, *in fine* y 13.1.b)].

Obsérvese que en la CAISG no se utiliza ninguna de las terminologías propias de los sistemas continentales o del *Common Law*: representación directa/indirecta y *disclosed/undisclosed agency* respectivamente. Ahora bien, en una primera aproximación puede entenderse que la clasificación adoptada por la CAISG es similar a

¹² En este punto concreto existe una diferente terminología en la versión francesa y en la inglesa; mientras que en la primera se utiliza el verbo *entendu*, en la inglesa el término empleado es *undertakes*; hubo propuestas de modificar la versión inglesa por el verbo *intends* pero se prefirió el señalado por ser más objetivo. «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 33.

la de los sistemas de *Common Law*. Obsérvese, de hecho, que, en principio, no se toma en consideración como elemento diferenciador de los supuestos el que el agente actúe en nombre propio o en nombre del principal; por el contrario, el dato fundamental que los distingue es que el tercero conozca o desconozca que el agente actúa como tal¹³.

No puede afirmarse, sin embargo, que en la CAISG se ignore totalmente la clasificación propia de los sistemas continentales. Nótese que el artículo 13.1.b) aporta como ejemplo del caso que contempla (el agente se obliga a vincularse con el tercero) el contrato de comisión. Pues bien, puede afirmarse que el sentido en el que se utiliza el término «comisionista» en la CAISG es, precisamente, el del agente que actúa en nombre propio. Así se deriva a partir del «Explanatory Report»¹⁴; en él se afirma que el sentido que debe otorgarse al contrato de comisión es el mismo que recibe en los sistemas de Derecho continental. Precisamente en las consideraciones generales del propio «Explanatory Report»¹⁵ se califica de *commission agents* a los agentes que actúan en nombre propio.

Retomando, pues, la cuestión planteada al comienzo, puede afirmarse que la CAISG, aunque aparentemente adopta la sistematización de supuestos seguida por el *Common Law*, de manera implícita toma igualmente en consideración la dicotomía actuación en «nombre propio vs. actuación en nombre ajeno»¹⁶.

2. Momento del conocimiento o desconocimiento por el tercero

La cuestión principal que se planteó en las discusiones relativas al artículo 12 se refería al momento que debe tomarse en consideración para establecer que el tercero conoce o desconoce la condición de agente¹⁷.

¹³ Entre las observaciones que realizaron los distintos países al texto elaborado por el Comité de expertos («Observations and proposals by governments and international organisations on the draft convention and on the draft final provisions», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 62 ss.), cabe destacar a este propósito la realizada por *People's Republics of Congo* (pp. 84 y 85) que proponía incluir la obligación del agente de desvelar su condición al tercero. La propuesta no dio lugar a debate alguno, puesto que en el momento en que debía discutirse, el representante del país que la había defendido no se encontraba presente, tal y como nos sugieren las palabras de WIDMER (Presidente), («10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 307).

¹⁴ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 17.

¹⁵ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 16.

¹⁶ Añádase a ello la literalidad del artículo 1.4 en virtud del cual «It applies irrespective of whether the agent acts in his own name or in that of the principal».

¹⁷ «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 304 a 308 y «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 315 y 316.

En el texto elaborado por el Comité de expertos presentado a discusión en la Conferencia¹⁸, dicha cuestión se encontraba expresamente resuelta en la regulación del segundo de los supuestos citados [art. 15.1.a), antecedente del actual art. 13.1.a)]¹⁹; en virtud de dicha regulación, el tercero *desconoce* la condición de agente en el momento de la celebración del contrato²⁰. Dicha referencia temporal, sin embargo, no existía en la regulación del primer supuesto (art.13, antecedente del art.12); no se establecía, por tanto, qué momento hay que tomar en consideración para determinar que el tercero *conoce* la condición de agente.

La evidente falta de armonía existente entre ambos preceptos fue solucionada eliminando toda referencia temporal. A dicha decisión, sin embargo, se llegó tras un debate en el que resulta interesante detenernos.

Fue Gondra²¹ (España) quien llamó la atención sobre la falta de armonía existente entre el artículo 12 y el artículo 13 en la cuestión temporal; dicho autor proponía como solución insertar la referencia al momento de la celebración del contrato en ambos preceptos.

En un sentido similar se expresaba Swart²² (Holanda), quien proponía la modificación de ambos preceptos estableciendo que el lapso temporal a tomar en cuenta es «antes o en el momento de la celebración del contrato».

Las posturas que surgieron ante dichas propuestas fueron fundamentalmente dos; ambas respondían de manera opuesta a la cuestión que en el fondo subyacía: la coordinación entre el artículo 12 y el artículo 13. Mientras que para Bonell²³ (Italia) la coordinación debía resolverse a favor del artículo 13, y por tanto insertando la referencia al momento de la celebración del contrato también en el artículo 12, para Farnsworth²⁴ (EE.UU.), debía eliminarse toda referencia temporal adaptando, por tanto, el artículo 13 al artículo 12.

Fueron diversos los argumentos esgrimidos a favor de la segunda de las posturas citadas, que finalmente fue la adoptada.

¹⁸ «Text established by a UNIDROIT Committee of Governmental Experts which met in Rome from 2 to 13 November 1981», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 7 a 9.

¹⁹ En la versión elaborada por el Comité de expertos el texto de los actuales artículos 12 y 13 se encontraba en los artículos 13 y 15 respectivamente, por lo que durante los debates la numeración que se sigue no es la actual. Sin embargo, con el objeto de facilitar la lectura del trabajo, utilizaremos la numeración que finalmente se adoptó.

²⁰ Disponía en concreto el precepto citado: «[...] at the time of contracting the third party neither knew nor ought to have known that the agent was acting as an agent», «Text established by a UNIDROIT Committee of Governmental Experts which met in Rome from 2 to 13 November 1981», en *ULR*, 1983, I-II, p. 8.

²¹ GONDRA, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 304.

²² SWART, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 305.

²³ En este sentido BONELL (Italia), «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 305.

²⁴ FARNSWORTH, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 305 y 307.

Así, se adujo que la exigencia de que el conocimiento o desconocimiento por parte del tercero tuviese lugar en un determinado momento implicaba una excesiva precisión²⁵. En este sentido Gognlien²⁶ (Noruega) observaba que las distintas circunstancias que pueden darse en cada caso concreto aconsejan no especificar demasiado.

Widmer²⁷ (Presidente del Comité), se pronunciaba en contra de la propuesta y a favor de la eliminación de toda referencia temporal, al considerar que ésta no era necesaria, puesto que se encuentra implícita en la propia CAISG. Apelaba en concreto al artículo 1.2 CAISG, referido al ámbito de aplicación de la misma y en virtud del cual «it governs not only the conclusion of such a contract by the agent but also any act undertaken by him for the purpose of concluding that contract or in relation to its performance». En un sentido similar se expresaba Farnsworth²⁸ (EE.UU.).

Por último, es importante destacar la intervención de Evans²⁹ (Secretario General de la Conferencia), quien afirmó que el artículo 13.1.a), por tanto el segundo supuesto, se refiere al caso en el que el tercero descubre la existencia del principal tras la celebración del contrato. Así mismo de sus palabras³⁰ puede derivarse que la referencia al momento de la celebración del contrato oscurecía la intención de dicho precepto.

3. Carga de la prueba

Una de las cuestiones que se sometió a debate fue el problema de la carga de la prueba. Para Japón³¹, la CAISG no clarificaba suficientemente a quién corresponde probar que el tercero conoce o desconoce la existencia del principal. Dicha observación, sin embargo, no recibió gran atención en las discusiones puesto que, tal y como señaló Farnsworth, en su condición de Presidente del *Drafting Committee*³², las cuestiones relacionadas con la carga de la prueba no entran dentro del ámbito de la CAISG.

²⁵ En este sentido FARNSWORTH (EE.UU.), «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 306 y 307, VAN RENSBURG (Suráfrica), «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 305, ALBARJEY (Irak), «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 306.

²⁶ ROGNLIEN, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 306.

²⁷ WIDMER, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 305.

²⁸ FARNSWORTH, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 307.

²⁹ EVANS, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 307.

³⁰ Afirmaba en concreto lo siguiente: «Unfortunately, article 15 as drafted did not bring that out too early», EVANS, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 307.

³¹ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 85 a 87.

³² Afirmó en concreto que «the intention of the drafters not to take up any position about the burden of proof remained unchanged», «18th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 408.

B) EFECTOS

El objeto central de los artículos 12 y 13 CAISG está constituido por la determinación de los sujetos que pueden exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa celebrado por el agente por cuenta del principal y dentro de los límites de la *authority* que éste le concedió. La cuestión que nos planteamos a continuación consiste en establecer en qué casos la CAISG concede acción directa al principal contra el tercero y viceversa.

A este propósito es preciso distinguir entre el primer supuesto, por una parte, y el segundo y el tercero, por otra. En efecto, cuando el tercero conozca o tenga que conocer que el agente actúa como tal, la vinculación se produce entre principal y tercero; sin embargo, tanto cuando el tercero desconozca o no pueda conocer la condición de agente, como cuando, a partir de las circunstancias del caso, se deriva que el agente se obliga a vincularse personalmente, la regla general es que no existe acción directa entre principal y tercero. La CAISG, sin embargo, somete dicha regla general a algunas excepciones.

La importancia de las reglas expuestas, así como las numerosas cuestiones que suscitan, aconsejan el análisis separado de cada una de ellas.

1. Supuesto I. *Disclosed agency*

Uno de los principios básicos de la CAISG que encontramos enumerados en el *Explanatory Report*³³, es que para que se produzca la vinculación entre principal y tercero no es esencial que la actuación del agente se lleve a cabo en nombre ajeno. Para Bonell³⁴, la CAISG sigue en este punto los principios de la *disclosed agency*, propios del *Common Law*, alejándose considerablemente de la perspectiva continental.

El análisis detallado del régimen aplicable a los restantes dos supuestos obliga, sin embargo, a matizar dicha conclusión puesto que, tal y como ya hemos tenido ocasión de apuntar, a través del tercer supuesto la CAISG otorga importancia al hecho de que el agente actúe en nombre propio. Parece, pues, adecuado, centrar

³³ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 17. Este mismo principio se reitera al analizar el antecedente del artículo 12, p. 32.

³⁴ BONELL, J. M., «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 734.

nuestra atención en los efectos aplicables a los dos restantes supuestos, no sólo por la razón citada, sino también porque el debate en torno a la regulación de los efectos en la CAISG se originó al someter a discusión precisamente el precepto regulador de dichos supuestos, al que el «*Explanatory Report*» se refiere como «[...] perhaps the single most important article of the draft Convention»³⁵.

2. Supuestos II y III: la aproximación entre el *Common Law* y el *Civil Law*

En el artículo 13 CAISG se regulan los efectos de la actuación del agente en los supuestos no incluidos en el artículo 12, es decir, cuando el tercero no conoce ni puede conocer la condición de agente y cuando, aun conociéndolo, el agente se obliga a vincularse.

A modo de síntesis puede afirmarse que la CAISG ofrece en este punto una regla general y una excepción: la regla general es que la vinculación se produce única y exclusivamente entre agente y tercero. La excepción es que, en determinados supuestos, puede llegar a establecerse una acción directa entre principal y tercero.

Antes de entrar en el análisis detallado de la excepción y de su funcionamiento, conviene detener nuestra atención en su significado y en el debate que se originó en torno a lo que puede calificarse de verdadero intento de aproximación entre el *Common Law* y los sistemas de Derecho continental.

a) LA RETICENCIA DEL REINO UNIDO A LA APROXIMACIÓN

Puede afirmarse que el artículo 13 representa una verdadera síntesis entre el *Common Law* y el *Civil Law*. Nótese, en efecto, que, tal y como hemos tenido ocasión de señalar, el segundo y el tercer supuesto parecen corresponder a los casos de *undisclosed agency* y representación indirecta respectivamente. Pues bien, la CAISG no adopta ninguna de las soluciones que el *Common Law* y los Derechos continentales ofrecen³⁶; la aplicación de los principios de la

³⁵ «*Explanatory Report*», en *ULR*, 1983, I-II, p. 17. Este mismo principio se reitera al analizar el antecedente del artículo 12, p. 34.

³⁶ En el mismo sentido se expresa BONELL quien observa que, aunque a primera vista pueda parecer que la CAISG se aproxima en este punto más al *Common Law*, el análisis detenido muestra que dicha afirmación no es cierta, BONELL, J. M., «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 736.

undisclosed agency implicaría haber otorgado acción directa entre tercero y principal en cualquier caso, mientras que la CAISG sólo en determinados supuestos lo permite; por el contrario, en virtud de los principios de la representación indirecta nunca es posible dicha vinculación.

Son significativas a este propósito las palabras que encontramos en el «Explanatory Report» en relación con las reglas de la CAISG que estamos analizando: «the solution adopted by the draft is situated half way between the two positions»³⁷.

Llama la atención que precisamente el Reino Unido intentase, mediante una propuesta de nueva redacción, eliminar la síntesis lograda por la CAISG. En virtud de dicha propuesta en los supuestos de desconocimiento por parte del tercero de la condición de agente (supuesto II) debe permitirse la acción directa en cualquier caso, mientras que en los supuestos de contrato de comisión (supuesto III) la acción directa entre tercero y principal no debe ser posible en ningún caso³⁸.

Karsten³⁹ (Reino Unido), al defender la propuesta de su país, calificó la síntesis entre el *Common Law* y el *Civil Law* en este punto de innecesaria, aduciendo que las reglas existentes aplicables a estos supuestos gozan de suficiente aceptación.

La reacción de los países intervenientes en el debate fue claramente contraria a la posición mantenida por el Reino Unido. En las palabras de los distintos representantes se refleja claramente el espíritu de aproximación que inspiraba a la CAISG, espíritu que compartían la mayoría de los países intervenientes; en efecto, el argumento esgrimido por los distintos representantes en contra de

³⁷ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 17. Este mismo principio se reitera al analizar el antecedente del artículo 12, p. 35.

³⁸ La propuesta, que no alteraba el artículo 13.1, modificaba, sin embargo, el apartado 2 de dicho precepto estableciendo lo siguiente: «Nevertheless, in cases not falling with paragraph (1) (b) of this article [en el que se contempla los casos asimilables a la comisión]:

a) the principal may exercise the rights acquired on his behalf by the agent against the third party, subject to any defences which the third may have against the agent, provided that he has first given notice to the agent and the third party of his intention to do so;

b) the third party may exercise against the principal [once he has discovered the principal's identity] the rights which he has against the agent, subject to any defences which the agent may have against the third party, provided that he has first given notice to the agent and principal of his intention to do so [...].

Es importante señalar que en los comentarios que el Reino Unido unía a su propuesta, observaba que en los casos del comisionista no debe permitirse la acción directa puesto que ello contradice los términos del contrato; precisamente la contradicción con los términos del contrato constituye una de las excepciones a la teoría del *undisclosed principal*. La posible relación entre actuación en nombre propio y contradicción con los términos del contrato es un tema que está siendo objeto de la investigación que estamos realizando.

³⁹ KARSTEN, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 317.

la propuesta del Reino Unido estaba constituido por la necesidad de aproximación entre el *Common Law* y el Derecho continental.

Así, Bonell (Italia) sostenía que aceptar la propuesta del Reino Unido suponía una petrificación de las divisiones existentes entre el *Common Law* y el *Civil Law*. Afirmaba igualmente que el artículo 13 «[...] was the result of many years of work on the part of legal experts, including Common Law experts».⁴⁰

Widmer (Presidente del Comité), calificó de inaceptable la propuesta del Reino Unido puesto que implicaba una concesión recíproca entre el *Common Law* y el *Civil Law*: se permite la intervención en cualquier caso del *undisclosed principal*, a cambio de la prohibición de acción directa entre principal y tercero cuando nos encontremos ante un caso de comisión.

Swart⁴¹ (Holanda) defendía la necesidad de exigir el cumplimiento de determinados requisitos para permitir la intervención del *undisclosed principal*, postura que seguía Magnusson⁴² (Suecia) para quien, de no ser así, se perdería el espíritu de compromiso entre los sistemas legales buscado en la CAISG.

Hay que destacar que el objeto de la votación relacionada con la propuesta de Reino Unido fue únicamente si debía o no exigirse el cumplimiento de determinados requisitos para permitir al *undisclosed principal* demandar al tercero y viceversa⁴³. No se sometió a votación, sin embargo, el que no se admitiese la acción directa en ningún caso de comisión.

Por último, no queremos de dejar de señalar un dato de suma importancia. Obsérvese que, mientras que el Reino Unido defendía la aplicación estricta de los principios del *Common Law* relativos a la *undisclosed agency*, los países de Derecho continental, no aceptaron la propuesta de prohibir siempre la acción directa en los casos de comisión (propuesta que aplica estrictamente los principios de la representación indirecta). Ello no debe sorprender puesto que, tal y como apunta Bonell⁴⁴ y se recoge en el «*Explanatory Report*»⁴⁵, puede observarse una tendencia de algunos países del sistema continental a difuminar la línea divisoria existente entre representación

⁴⁰ BONELL, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 318.

⁴¹ SWART, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 318.

⁴² MAGNUSSON, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 319.

⁴³ Véase a este propósito la votación: «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 319.

⁴⁴ Afirma en concreto que «taken as a whole, one can however speak of a growing tendency to blur, at least for certain purposes, the sharp line drawn between direct and indirect representation», BONELL, J.M., «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 734.

⁴⁵ «*Explanatory Report*», en *ULR*, 1983, I-II, p. 16.

directa e indirecta, a través de sus códigos y de la jurisprudencia, especialmente en el ámbito de compraventa de bienes muebles.

Afirma por ello Bonell⁴⁶ que la solución adoptada por la CAISG puede considerarse un desarrollo de la evolución que vienen experimentando los sistemas continentales, más que una solución absolutamente nueva.

b) REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA:

INCUMPLIMIENTO DEL AGENTE

En el «Explanatory Report»⁴⁷ se afirma que la acción directa en los supuestos II y III se otorga cuando así lo exigen los intereses en juego. La pregunta que surge inevitablemente es cuándo ha considerado la CAISG que dicha exigencia tiene lugar. La respuesta a la cuestión planteada la encontramos en los párrafos *a*) y *b*) del apartado 2.º del artículo 13: en virtud de lo dispuesto en ellos, es posible establecer la acción directa cuando el agente incumple o no está en posición de cumplir⁴⁸ frente al principal o frente al tercero⁴⁹. En el primer caso el principal puede exigir el cumplimiento de las obligaciones al tercero y, en el segundo caso, es el tercero quien puede demandar al principal.

No todos los intervinientes se mostraron de acuerdo con la elección de este requisito para el otorgamiento de efectos directos entre principal y tercero.

Así, Karsten⁵⁰ (Reino Unido) lo calificaba de muy incierto y criticaba la falta de claridad de las expresiones utilizadas en la CAISG, *fails to fulfil* e *is not in a position to fulfil*. Muchui⁵¹ (Kenia) proponía incluso la eliminación de la segunda de dichas expresiones. Nótese que dicha eliminación (que no se llevó a cabo) habría implicado una restricción de los casos en los que es posible la acción directa entre tercero y principal, puesto que las expresiones utilizadas se refieren a supuestos distintos.

⁴⁶ BONELL, J. M., «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 737.

⁴⁷ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 35.

⁴⁸ Nótese que la equiparación de la previsibilidad del incumplimiento con el incumplimiento en sentido estricto la encontramos recogida ya en el año 1980 en la *Convention on International Sale of Goods* (Viena 1980); véase a título de ejemplo el artículo 72.1 CISG en el que se establece que «Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto».

⁴⁹ Advertimos ya desde ahora que para evitar una carga excesiva en el texto escrito, la utilización del término *incumplimiento* se realizará en sentido amplio, es decir, incluyendo tanto el caso de incumplimiento en sentido estricto, como el de previsible incumplimiento.

⁵⁰ KARSTEN, «19th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 415.

⁵¹ MUCHUI, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 326.

En el «Explanatory Report»⁵² se establece que es requisito indispensable para la concesión de acción directa que la obligación del agente frente al principal o frente al tercero, según el caso, haya vencido. Obsérvese que si bien este requisito se cumple en relación con la interpretación que se realiza de la expresión *fails to fulfil*⁵³, no puede afirmarse lo mismo respecto de la expresión *is not in a position to fulfil* en la que cabe incluir diversos casos que podemos extraer a partir de las intervenciones de los representantes de algunos países.

Así, Bennett (Australia)⁵⁴ observaba que dicha expresión cubre los casos en los que, aun cuando el vencimiento de la obligación todavía no se ha producido, resulta notorio que el agente no va a cumplir.

Por su parte, Van Rensburg⁵⁵ (Suráfrica), propuso en varias de sus intervenciones la sustitución de la expresión *is not in a position to fulfil* por *will not in a position to fulfil*; para Van Rensburg, de hecho, el caso al que se refiere dicha expresión es el de insolvencia o quiebra del agente. El tercero, continuaba dicho representante, no entrega el precio o el bien, según el caso, al agente puesto que sabe que lo entregado no va a llegar al principal.

Bonell⁵⁶ (Italia) consideraba que en el caso del incumplimiento del agente frente al tercero, la expresión *is not in a position to fulfil* alude al supuesto en el que el agente no puede cumplir frente al tercero porque el principal no le ha entregado el bien o los bienes al agente.

Por último, en los comentarios que Holanda⁵⁷ acompaña a una de sus propuestas, afirmaba que la expresión que venimos analizando se refiere al caso en el que el agente no tiene voluntad o es incapaz de cumplir.

Advertimos ya desde ahora que, tal y como tendremos ocasión de comprobar más adelante, los PECL regulan de manera similar, aunque no idéntica, los requisitos para la existencia de efectos directos entre tercero y principal en los casos que los propios PECL agrupan bajo la denominación «representación indirecta».

⁵² «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 36.

⁵³ En este sentido se expresaba también BENNETT (Australia), «19th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 416.

⁵⁴ BENNETT, «19th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 416.

⁵⁵ VAN RENSBURG, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 321, «19th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 414.

⁵⁶ BONELL, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 326.

⁵⁷ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 94.

i) *Incumplimiento frente al principal*

Obsérvese que en el artículo 13.2 a) se señala expresamente como posible causa del incumplimiento del agente frente al principal, el incumplimiento del tercero frente al agente. Debe advertirse que en el texto presentado a debate por el Comité de expertos que elaboró el borrador de la Convención, no existía dicha referencia⁵⁸; fue Australia⁵⁹ el país que impulsó su introducción. Bennett⁶⁰ (Australia) explicó que los tribunales de su país difícilmente iban a considerar incumplimiento del agente el que, en realidad, es incumplimiento del tercero; por ello, continuaba Bennett, en este tipo de casos la acción del principal contra el tercero no iba a poder basarse en la CAISG, salvo que se introdujese la referencia expresa al incumplimiento del tercero.

Únicamente Mouly⁶¹ (Francia) se mostró en desacuerdo con la propuesta de Australia, considerándola una complicación innecesaria.

Los demás países⁶² aceptaron la referencia explícita al incumplimiento del tercero como causa del incumplimiento del agente frente al principal, pero algunos de ellos proponían la introducción de algunas modificaciones.

Así, en primer lugar, cabe destacar la discusión relativa al mantenimiento o eliminación de la expresión *is not in a position to fulfil*, que la propuesta de Australia contenía⁶³. En efecto en ella se establecía «where the third party has not fulfilled or is not in a position to fulfil his obligations under the contract to the agent [...】». Para Swart⁶⁴ (Holanda) dicha expresión cubría casos en los que el tercero no cumple frente al agente porque éste es incapaz de cumplir o no quiere cumplir frente al principal. Farnsworth⁶⁵ (EE.UU.) compartía la observación de Swart. Por otra parte, para Jovanovic⁶⁶ (Yugoslavia), el principal sólo podría dirigirse al tercero cuando éste ni cumpliese ni estuviese en posición de cumplir; Swart⁶⁷ (Holanda) mostró su desacuerdo ante dicha propuesta

⁵⁸ Véase a este propósito «Text established by a UNIDROIT Committee of Governmental Experts which met in Rome from 2 to 13 November 1981», en *ULR*, 1983, I-II, p. 8.

⁵⁹ Véase «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 93.

⁶⁰ BENNETT, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 318.

⁶¹ MOULY, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 320.

⁶² Se mostraban de acuerdo sin añadir ningún tipo de observación Reino Unido y EE.UU., «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 321.

⁶³ Véase «Observations and proposals by governments and international organisations on the draft convention and on the draft final provisions», en *ULR*, 1983, I-II, p. 93.

⁶⁴ SWART, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 320.

⁶⁵ FARNSWORTH, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 321.

⁶⁶ JOVANOVIC, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 320.

⁶⁷ SWART, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 322.

puesto que, indicó, se trata de dos supuestos alternativos y no cumulativos. Finalmente la expresión *is not in a position to fulfil* fue eliminada⁶⁸.

En segundo lugar, Van Rensburg⁶⁹ (Suráfrica) observaba que la carga de la prueba de la imposibilidad de cumplir del tercero no puede corresponder al principal.

Dicha observación, sin embargo, no se discutió, probablemente porque, tal y como señalaba en otro lugar Farnsworth⁷⁰, en su calidad de Presidente de la *Draft Convention*, la CAISG no se ocupa de cuestiones de carga de la prueba.

ii) *Incumplimiento frente al tercero*

Lo primero que cabe destacar del debate que surgió en torno al artículo 13.2.b) es que no se propuso la referencia expresa a que la causa del incumplimiento del agente estribase en el incumplimiento del principal; ello llama la atención si tenemos en cuenta la propuesta de Australia a la que nos hemos referido en el apartado anterior. Ésta fue la observación de Gondra⁷¹ (España) quien proponía una mayor coordinación entre el párrafo a) y el b) del artículo 13.2. Tanto Bennett⁷² (Australia), como Muchui⁷³ (Kenia), se mostraron en desacuerdo con la propuesta de Gondra. A partir de la lectura del debate se deduce que para ambos países la introducción de la referencia expresa al incumplimiento del principal frente al agente implicaría introducir en la CAISG una cuestión relativa a las relaciones internas entre principal y agente, tema que excede del ámbito de aplicación de la CAISG⁷⁴.

No queremos dejar de señalar la propuesta de Checoslovaquia⁷⁵, puesto que implicaba una restricción significativa de los casos en los que el tercero pudiese dirigirse directamente contra el principal. En efecto, dicho país consideraba que debía constituir requisito necesario para permitir la acción directa, que el principal se hubiese beneficiado de la gestión realizada por el agente.

⁶⁸ «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 322.

⁶⁹ VAN RENSBURG, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 321.

⁷⁰ *Vid. nota 32.*

⁷¹ GONDRA, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 325.

⁷² BENNETT, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 325.

⁷³ MUCHUI, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 326.

⁷⁴ A este propósito el artículo 1.3 CAISG establece que «it is concerned only with relations between the principal or the agent on the one hand, and the third party, on the other».

⁷⁵ Véase «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 93.

Únicamente Riabikov⁷⁶ (Unión Soviética) se mostró de acuerdo con dicha propuesta. Los demás países que intervinieron se pronunciaron en contra; así, Swart⁷⁷ (Holanda) observaba que su aceptación implicaría otorgar una protección al principal a expensas del tercero. De hecho, tal y como observaba Widmer⁷⁸ (Presidente del Comité), la propuesta defendida por Cuker (Checoslovaquia) implica que cuando el agente celebra un contrato que no resulta ser beneficioso para el principal, se exime a éste de responsabilidad.

c) DINÁMICA DE LA ACCIÓN DIRECTA

Una vez analizados los requisitos exigidos por la CAISG para permitir la acción directa en los supuestos II y III, resulta necesario el estudio de las reglas de funcionamiento de dicha acción, reglas que deben tener en cuenta las circunstancias especiales de estos supuestos.

Dichas reglas, sistematizadas desde un punto de vista cronológico, son las siguientes: en primer lugar, la desvelación de la identidad del tercero al principal y viceversa, según el caso, por parte del agente (art. 13.4 y 5); en segundo lugar, la obligación de notificar la intención de ejercitar la acción directa al agente, por una parte, y al principal o al tercero según el caso, por otra (art.13.3); y, en tercer y último lugar, el régimen de excepciones oponibles [art. 13.2 a) y b)].

A continuación serán analizadas separadamente cada una de estas reglas.

i) *Obligación de desvelar la identidad*

A partir de la lectura de los apartados 4 y 5 del artículo 13 se deriva que no siempre el agente está obligado a desvelar al tercero la identidad del principal y viceversa.

Constituye requisito de aplicación de dicha obligación el que la causa del incumplimiento del agente estribe en el incumplimiento del sujeto cuya identidad se solicita (principal o tercero, según el caso).

Obsérvese que la principal cuestión que subyace en esta regla es la extensión del denominado *duty to disclose*; no sorprende, por ello, que precisamente la extensión de este deber constituyese una

⁷⁶ RIABIKOV, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 327.

⁷⁷ SWART, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 327.

⁷⁸ PRESIDENTE, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 327.

de las cuestiones que surgieron en el debate al afrontar la discusión de ambas reglas. Tanto para Holanda⁷⁹ como para Suráfrica⁸⁰, la obligación de desvelar la identidad debía existir en cualquier caso, sin que tuviese que restringirse a los supuestos señalados en la CAISG. Nótese que de seguir esta postura, el agente debería desvelar la identidad del principal o del tercero aun cuando el único responsable del incumplimiento fuese el propio agente.

En el «Explanatory Report»⁸¹ se hace referencia al *duty to disclose* en estos casos pero únicamente en relación con el supuesto III, es decir, aquel en el que el agente se obliga a vincularse con el tercero. En el texto citado se nos informa de que la mayoría de las delegaciones se mostraban reticentes en relación con las consecuencias de la exigencia de un *duty to disclose* en cualquier caso, reticencia que era más acusada si la identidad que hay que desvelar es la del principal; en concreto podemos leer «[...] it was argued that it was unclear why, in the case of paragraph 4, the agent acting in his own name should communicate the principal's name to the third party when the agent was himself at fault»⁸². Se señalaba, además, que se trata de una cuestión relativa a las relaciones internas entre principal y agente y que la extensión del *duty to disclose* supone un perjuicio para la confidencialidad en la que se basa la comisión.

Por otra parte, Bennett⁸³ (Australia) proponía la eliminación total de la obligación de desvelar la identidad del tercero o principal, según los casos, justificando su propuesta en la dificultad de ejecución en caso de incumplimiento. En concreto afirmaba que en el *Common Law* dicha obligación es *unenforceable*. Para Háfez⁸⁴, (Egipto) la eliminación era necesaria, salvo que se regulase la sanción aplicable en caso de incumplimiento. El resto de países⁸⁵, sin embargo, se mostraban en desacuerdo con la propuesta de Australia. Incluso Widmer⁸⁶ (Presidente del Comité) observaba que resulta necesario establecer una responsabilidad legal en caso de incumplimiento aunque se trate de una *lex imperfecta*, es decir, de una norma imposible de ejecutar ante el incumplimiento del sujeto obligado.

⁷⁹ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 96 y 97.

⁸⁰ VAN RENSBURG, «19th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 416.

⁸¹ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 36.

⁸² «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 36.

⁸³ BENNETT «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 335.

⁸⁴ HÁFEZ, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 335.

⁸⁵ Véase «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 335 y 336.

⁸⁶ WIDMER, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 335.

Finalmente, los únicos cambios de redacción afectaron al párrafo 4, y fueron introducidos con el objeto de coordinarlo con el artículo 13.2⁸⁷.

ii) *Obligación de notificar*

La notificación prevista en el artículo 13.3 tiene como finalidad facilitar el funcionamiento de la acción directa. Nótese, en efecto, que, en principio, tanto el principal como el tercero deben cumplir frente al agente. El establecimiento de la acción directa implica que el sujeto frente al que deben cumplir es el tercero y el principal respectivamente. Para evitar que una vez que se ejercite la acción directa el demandado pueda alegar que ha cumplido frente al agente, se establece el sistema de notificaciones: así, quien desee ejercitar la acción directa deberá notificar al principal o al tercero, según el caso, por una parte, y al agente, por otra, que tiene intención de ejercitar dicha acción. A partir de la recepción de dicha notificación el cumplimiento en cabeza del agente no libera al deudor.

Las cuestiones objeto de debate entorno al régimen de las notificaciones fueron fundamentalmente dos: en primer lugar el Reino Unido⁸⁸ proponía añadir que, una vez recibida la notificación, el agente no podía ejercitar sus derechos contra el tercero. La finalidad de dicha propuesta, explicaba Karsten⁸⁹ (Reino Unido) era la protección del tercero, puesto que de este modo se impedía que fuese demandado simultáneamente por el principal y por el agente. La propuesta fue rechazada por muy poco margen de votos⁹⁰, lo cual no debe sorprender, puesto que la diferencia entre el número de países que la apoyaba y el de países que se pronunciaba en contra era mínima. Así, a título de ejemplo, entre los países⁹¹ que se mostraban de acuerdo, Terada⁹² (Japón), consideraba dicha propuesta como una clarificación. Sin embargo para Widmer⁹³ (Presidente del Comité), la propuesta del Reino Unido no resolvía el problema que pretendía solucionar⁹⁴.

⁸⁷ En concreto se sustituyó la expresión «breach of duty» por «because of the principal's failure of performance» y se modificó el comienzo reproduciendo las mismas expresiones que se utilizan en el artículo 13.2: «where the agent fails to fulfil or is not in a position to fulfil». «19th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 417.

⁸⁸ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 90.

⁸⁹ KARSTEN, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

⁹⁰ En concreto por 12 votos contra 11 y dos abstenciones, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

⁹¹ En concreto Australia y España: «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

⁹² TERADA, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

⁹³ WIDMER, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

⁹⁴ En contra también se pronunciaban expresamente SEVON (Finlandia) y SWART (Holanda): «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

La única modificación que finalmente se introdujo fue la propuesta por Gondra⁹⁵ (España) quien consideraba necesario establecer de manera más clara que la notificación constituye requisito indispensable para la posibilidad de una acción directa.

iii) *Excepciones oponibles*

La regulación de las excepciones oponibles por el demandado (principal o tercero según el caso) resultaba imprescindible, debido a las especialidades de los supuestos que estamos tratando. Obsérvese, por una parte, que en el caso contemplado en el artículo 13.1 *a*), el tercero inicialmente se representa el contrato como celebrado con el agente; el supuesto previsto en el artículo 13.1 *b*), por otra parte, se caracteriza precisamente por la intención del agente de vincularse personalmente con el tercero. Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta a la hora de determinar el régimen de las excepciones oponibles.

La solución adoptada por la CAISG cambia en función del sujeto demandado: así, el tercero demandado por el principal puede oponer a éste las excepciones que podía haber opuesto al agente [art. 13.2.*a*)], mientras que en el caso contrario el principal cuenta con las excepciones que él mismo podría oponer al agente y con las que éste podría esgrimir contra el tercero [art.13.2.*b*)].

La única cuestión que se discutió en relación con este punto concreto, fue la planteada por Turquía; sostenía dicho país que para que la posición del tercero demandado y la del principal demandado se encontrasen equilibradas, resultaba necesario permitir a aquel esgrimir las excepciones que el agente pudiese oponer al principal⁹⁶. Dicha propuesta no fue incorporada al texto final por varias razones.

Así, Widmer⁹⁷ (Presidente del Comité), observaba que la intención del Comité de expertos al establecer las excepciones oponibles por el tercero demandado, era la de colocarle en la misma posición que si hubiese sido demandado por el agente. Desde este punto de vista, continuaba Widmer, no podía aceptarse la propuesta de Turquía, puesto que ante una hipotética demanda del agente, el tercero demandado no puede esgrimir las excepciones oponibles por el agente al principal. También en el «Explanatory Report» se afronta dicha cuestión; además de la justificación apuntada por Widmer, en

⁹⁵ GONDRA, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

⁹⁶ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 95

⁹⁷ WIDMER, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 328.

él se señala además que permitir al principal oponer las excepciones que tiene contra el agente tiene como finalidad posibilitarle oponer al tercero la compensación con el comisionista⁹⁸.

d) EXCEPCIONES A LA ACCIÓN DIRECTA

En los apartados 6 y 7 del artículo 13 CAISG, se contemplan dos casos en los que, aun cumpliéndose todos los requisitos exigidos por el apartado 2 del mismo precepto para el establecimiento de acción directa entre agente y principal, ésta no es posible.

En primer lugar, la CAISG se refiere al supuesto en el que, a partir de las circunstancias del caso concreto, se deriva que el tercero, de haber sabido la identidad del principal, no habría celebrado el contrato. En segundo lugar, la CAISG contempla la posibilidad de que el agente, siguiendo las instrucciones expresas o tácitas del principal, acuerde con el tercero la derogación de todas o algunas de las disposiciones del artículo 13.2.

i) *Falta de voluntad del tercero de contratar con el principal*

El supuesto de hecho contemplado en el artículo 13.6 nos sugiere algunas reflexiones en las que nos detendremos brevemente antes de abordar las cuestiones que surgieron en el debate.

En primer lugar cabe observar que se trata de una excepción referida únicamente al caso en el que es el principal quien interpone la acción directa contra el tercero; nótese, en efecto, que a quien trata de protegerse es a este último.

En segundo lugar, es importante señalar que probablemente los elaboradores de la CAISG se inspiraron en el *Common Law* a la hora de redactar el apartado que venimos analizando; de hecho, la teoría del *undisclosed principal*, en virtud de la cual en los casos de *undisclosed agency* se establecen efectos directos entre principal y tercero, está sometida a una serie de excepciones entre las que se encuentra precisamente el caso que la CAISG contempla en el artículo 13. 6⁹⁹.

En tercer y último lugar, cabe preguntarse qué razones de las posibles que puede aducir el tercero para no haber querido contratar justifican la aplicación del artículo 13.6. En el «Explanatory

⁹⁸ A partir de la lectura del «Explanatory Report» se deduce que se trataba de una decisión tomada en 1972 por el Comité de Expertos que entre 1970 y 1972 elaboraron un primer borrador de la CAISG: «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 36.

⁹⁹ Véase a este propósito MARKEINIS, B. L., y MUNDAY, R. J. C., *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 162. BOWSTEAD, W. y REYNOLDS, F. M. B., *Bowstead & Reynolds on Agency*, 1996, p. 422, TREITEL, G. H., *The law of contract*, 1999, pp. 674 y 675 y BRADGATE, R. y SAVAGE, N., *Commercial Law*, 1991, p. 113.

Report» encontramos algunos ejemplos en los que la excepción contemplada sería de aplicación. En concreto se hace referencia a razones de competencia, a acuerdos de exclusiva, embargos internacionales o razones de seguridad comercial.

No todos los países integrantes de la CAISG acogieron favorablemente el apartado 6 del artículo 13. Así, Holanda¹⁰⁰ propuso incluso su eliminación, por considerarlo una complicación innecesaria. Su propuesta, sin embargo, defendida por Swart¹⁰¹ en los debates, no fue aceptada. Gondra¹⁰² (España), sin proponer directamente su eliminación, mostraba una cierta reticencia; en concreto apuntó que la aplicación del artículo 13.6 exigía llevar a cabo una *probatio diabolica*.

Por su parte Karsten¹⁰³ (Reino Unido), lejos de proponer su eliminación, sugería exigir como requisito de aplicación que el principal fuese consciente de la falta de voluntad del tercero de celebrar un contrato con él. A favor de la inclusión de dicho requisito se mostró Jovanovic¹⁰⁴ (Yugoslavia); sin embargo, Muchui¹⁰⁵ (Kenia) y Plantard¹⁰⁶ (Francia) calificaron la propuesta, que finalmente fue rechazada, de interesante pero demasiado complicada.

Por último no queremos dejar de señalar que en el texto elaborado por el Comité de expertos existía una referencia al momento de la celebración del contrato, referencia que, siguiendo las pautas marcadas al debatir el artículo 12 y el artículo 13.1.a), fue eliminada¹⁰⁷.

ii) *Acuerdo en contra de la aplicación*

Antes de entrar en el análisis del debate surgido en torno al apartado 7 del artículo 13, parece adecuado llamar la atención sobre dos cuestiones que el mismo suscita.

En primer lugar cabe plantearse si es posible que el tercero acuerde con el agente la exclusión de efectos directos con el principal en el supuesto contemplado en el artículo 13.1 a): obsérvese que en él, por hipótesis, el tercero desconoce que existe un principal. En el «Explanatory Report»¹⁰⁸ se responde afirmativamente a la cuestión planteada a través de un ejemplo que reproducimos: el

¹⁰⁰ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 97.

¹⁰¹ SWART, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 340.

¹⁰² GONDRA, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 340.

¹⁰³ KARSTEN, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 340 y 341.

¹⁰⁴ JOVANOVIC, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 341.

¹⁰⁵ MUCHUI, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 341.

¹⁰⁶ PLANTARD, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 341.

¹⁰⁷ Véase «19th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 418.

¹⁰⁸ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 38.

tercero puede establecer en sus condiciones generales que, en los casos de *undisclosed agency*, el *undisclosed principal* no tendrá acción contra el tercero.

En segundo lugar resulta interesante referirnos a una observación que encontramos en el «Explanatory Report»¹⁰⁹, puesto que en ella se establece de manera implícita uno de los fundamentos de los efectos directos en los casos de *undisclosed agency* y de representación indirecta: en concreto se dice que el acuerdo de exclusión de la acción directa siempre es posible puesto que una de las justificaciones de los efectos directos en los casos objeto de nuestro estudio, es que el agente cede sus derechos contra el tercero al principal; el agente y el tercero, continúa el «Explanatory Report», pueden excluir dicha cesión.

El punto que dio lugar a mayores discusiones en el debate relativo al artículo 13.7, fue la exigencia de que el acuerdo de exclusión o modificación de los efectos contemplados en el artículo 13.2, fuese llevado a cabo por el agente de acuerdo con las instrucciones expresas o tácitas del principal.

Tanto Holanda¹¹⁰ como Checoslovaquia¹¹¹ proponían la eliminación de la referencia a las instrucciones del principal. Las razones aducidas en apoyo de dicha eliminación fueron fundamentalmente de dos tipos. La primera de ellas era que el término «instrucciones» hace referencia a la relación interna agente-principal, relación que queda excluida del ámbito objetivo de aplicación de la CAISG (art. 1.3)¹¹². En la misma línea, Jovanovic¹¹³ (Yugoslavia) observaba que la finalidad de la CAISG no es proteger al principal de su agente. Muchui¹¹⁴ (Kenya) consideraba, sin embargo, que la CAISG no puede ignorar totalmente las relaciones internas; en un sentido similar se expresaba Van Rensburg¹¹⁵ (Suráfrica) quien consideraba que es imposible no tomar en cuenta las instrucciones internas cuando éstas afectan al ámbito externo (es decir, a la relación con el tercero). Para Swart¹¹⁶ (Holanda) la cuestión de fondo iba más allá de las relaciones internas: según este autor lo que subyacía era la

¹⁰⁹ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 38.

¹¹⁰ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 97. En el debate SWART retira dicha propuesta: «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

¹¹¹ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 97.

¹¹² En este sentido se expresaba CUKER (Checoslovaquia): «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 342 y 343.

¹¹³ JOVANOVIC, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

¹¹⁴ MUCHUI, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 342 y 343.

¹¹⁵ VAN RENSBURG, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 343 y 344.

¹¹⁶ SWART, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 343.

posibilidad del agente de privar al principal de la acción directa contra el tercero.

La segunda de las razones aducidas para la eliminación de la referencia a las instrucciones del principal, era la protección del tercero: en concreto se hacía referencia al caso en el que el agente acuerda con el tercero la derogación del efecto directo en los supuestos del artículo 13.2 sin que existan instrucciones expresas o tácitas del principal a este propósito. En estos casos el principal podría demandar al tercero, puesto que, tal y como afirma Bonell¹¹⁷, al no existir consentimiento del principal, no le afecta el acuerdo establecido entre el agente y el tercero. Ante la demanda sorpresiva del principal, observaba Cuker¹¹⁸ (Checoslovaquia), el tercero debía ser protegido. La desprotección del tercero en estos supuestos fue puesta de relieve también por los representantes de otros países¹¹⁹; destaca la observación de Karsten¹²⁰ (Reino Unido), para quien se trata de una cuestión de protección de la confianza, puesto que el tercero al celebrar el acuerdo ha confiado en la apariencia de poder. Obsérvese que esta afirmación será cierta en la medida en que, del comportamiento del principal, se deduzca que ha dado su consentimiento al agente para celebrar el acuerdo de exclusión de los efectos directos.

No queremos dejar de hacer referencia al caso contrario, esto es, aquel en el que el principal ordena al agente que celebre con el tercero el acuerdo de exclusión de la acción directa y el agente no lo celebra. En el debate fue Karsten¹²¹, (Reino Unido), quien planteó dicho supuesto. Las soluciones propuestas fueron de dos tipos: por una parte, el propio Karsten¹²² respondía afirmando que en ese caso el principal demandado podría utilizar la vía de las excepciones oponibles al tercero. Bonell¹²³ (Italia), se mostraba de acuerdo con la solución de Reino Unido. Por otra parte, Evans¹²⁴ (Secretario general de la Conferencia) sostenía que al tratarse de un caso en el que el agente no actúa dentro de los límites de la autorización, no se aplica el artículo 13, puesto que éste exige que el agente actúe «[...] within the scope of his authority[...]». En el mismo sentido se expresaba Widmer¹²⁵ (Presidente del Comité).

¹¹⁷ BONELL, J. M., «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 738.

¹¹⁸ CUKER, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

¹¹⁹ ASÍ MUCHUI (Kenya), «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

¹²⁰ KARSTEN, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 343.

¹²¹ KARSTEN, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 330.

¹²² KARSTEN, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 330.

¹²³ BONELL, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 330.

¹²⁴ EVANS, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 330.

¹²⁵ WIDMER, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

Según Bonell¹²⁶, la problemática que plantean los dos casos a los que acabamos de referirnos no ha sido adecuadamente resuelta en la CAISG; para dicho autor se debía haber establecido expresamente que la exclusión de la acción directa por acuerdo de dos de las partes (agente y principal o agente y tercero) es oponible a la otra (principal o tercero, según el caso) siempre que ésta haya otorgado su consentimiento expreso o tácito.

La propuesta de eliminación de toda referencia a las instrucciones del principal, fue finalmente rechazada; obsérvese que en caso contrario el artículo 5 CAISG¹²⁷ habría tenido que ser modificado; en efecto, dicho precepto, que contempla la posibilidad de excluir la aplicación de la CAISG o de alguno de los efectos previstos en la misma, prevé que, de acordarlo el agente y el tercero, aquel debe contar con las instrucciones expresas o tácitas del principal^{128, 129}.

IV. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LOS *PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW*

Los PECL regulan la representación en el capítulo III, que se divide, a su vez, en tres secciones: una primera dedicada a las Disposiciones generales, una segunda referida a la Representación Directa y una tercera en la que se regulan los efectos de la Representación Indirecta.

Tal y como adelantábamos al comienzo de la exposición, el estudio de los PECL que nos disponemos a realizar, se llevará a cabo teniendo presente el análisis de la CAISG. Comprobaremos si las cuestiones que quedaron abiertas en el debate de su elaboración han sido resueltas y pondremos de relieve las similitudes y las diferencias que pueden apreciarse entre ambas regulaciones.

¹²⁶ BONELL, J. M., «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 739.

¹²⁷ Dicho precepto establece lo siguiente: «The principal, or an agent acting in accordance with the express or implied instructions of the principal, may agree with the third party to exclude the application of this Convention or, subject to article 11, to derogate from or vary the effect of any of its provisions».

¹²⁸ En los debates hicieron esta observación DUCHEK (Austria) y WIDMER (Presidente); «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 342 y 344 respectivamente.

¹²⁹ Por su parte, Irak propuso que el acuerdo entre el agente y el tercero pueda ser expreso o tácito, propuesta que fue también rechazada: «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 342 y 345.

Puede afirmarse que la estructura básica de la regulación de los efectos de la actuación del agente en los PECL es muy similar a la que encontramos en la CAISG; por esta razón nos ha parecido conveniente seguir el mismo sistema de exposición que ha sido utilizado en el análisis de la CAISG, naturalmente adaptándolo a las particularidades que ofrecen los PECL.

A) SISTEMA DE CLASIFICACIÓN

Los PECL, a diferencia de lo que sucede en la CAISG, adoptan la terminología propia de los sistemas continentales a la hora de clasificar los supuestos de representación en función de los efectos; en el artículo 3102¹³⁰ se habla, de hecho, de representación directa e indirecta, términos que encabezan las secciones 2.^a y 3.^a del capítulo III respectivamente.

En una primera aproximación a los PECL, puede parecer que su sistema de clasificación de los supuestos de representación en función de los efectos de la actuación del representante, es distinto al seguido en la CAISG; recuérdese, en efecto, que en ésta el elemento central de diferenciación es el conocimiento o desconocimiento del tercero de la condición de agente. En los PECL, sin embargo, parece que aquello que distingue a la representación directa de la indirecta es si el agente, que celebra el contrato con el tercero por cuenta y con instrucciones del principal, actúa o no en nombre de éste¹³¹; en el primer caso nos encontraremos ante un supuesto de representación directa, mientras que en el segundo las reglas aplicables son las de la representación indirecta.

Obsérvese, sin embargo, que del mismo modo que la CAISG toma en cuenta de manera implícita el sistema de clasificación continental, podemos afirmar que los PECL no han ignorado

¹³⁰ En él se establece lo siguiente:

«(1)Where an agent acts in the name of a principal, the rules of direct representation apply (Section 2). It is irrelevant whether the principal's identity is revealed at the time the agent acts or is to be revealed later.

(2) Where an intermediary acts on instructions and on behalf of, but not in the name of a principal, or where the third party neither knew nor has reason to know that the intermediary acts as an agent, the rules of indirect representation apply (Section 3)».

¹³¹ A partir de la lectura de los Comentarios oficiales, se deduce igualmente que el criterio de clasificación es el señalado. En ellos se dice que en el supuesto de representación indirecta el agente no actúa en nombre del principal ni expresa, ni tácita, ni aparentemente. Por esta razón, prosiguen los comentarios, el agente recibe el nombre de intermediario, LANDO, O., y BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Prepared by the Commission on European Contract Law*, 2000, p. 320.

totalmente el seguido por el *Common Law*; en efecto en el artículo 3102.(2) se incluye dentro de la representación indirecta el caso en el que el tercero no conoce ni tiene razón para conocer que el intermediario actúa como representante; nótese que se trata del supuesto que en el *Common Law* se conoce como *undisclosed agency*.

La diferencia entre el sistema de clasificación de los PECL y el de la CAISG, no es, pues, tan abismal como puede parecer: nótese que los supuestos que aquellos agrupan bajo la denominación de «representación indirecta» recuerdan a los contemplados en el artículo 13.1.*a*) y *b*) de la CAISG. Sin perjuicio de la similitud señalada, cabe observar algunas diferencias que a continuación trataremos de poner de relieve.

En el artículo 3301.(1)*a*) PECL se contempla el caso de actuación del intermediario con instrucciones y por cuenta pero no en nombre de un principal; el artículo 13.1.*b*) CAISG, por su parte, hace referencia al supuesto en el que el agente se obliga a vincularse con el tercero.

Tal y como se recordará, en la CAISG no se contempla expresamente el caso de la actuación del agente en nombre propio, pero se puede deducir implícitamente la referencia al mismo a partir de la remisión que realiza al caso del comisionista. Los PECL, aunque tampoco utilizan la expresión «en nombre propio», se aproximan de manera más evidente a la definición de representación indirecta propia del Derecho continental; obsérvese que, tal y como puede leerse en el artículo 3102.(1), las reglas de la representación directa se aplican cuando el representante actúa en nombre del principal.

El apartado 2 del mismo precepto [y más adelante el artículo 3301.(1)*a*)] se refiere al caso en el que el agente no actúa en nombre del principal. A partir de la interpretación conjunta de ambos preceptos, se deduce que el no actuar en nombre del principal se refiere tanto a los casos en los que expresamente el agente celebra el contrato en nombre propio como a aquellos en los que el agente nada expresa en relación con este punto.

Nótese, por otra parte, que, al igual que sucede en el artículo 13.1.*a*) CAISG, en el caso contemplado en el artículo 3301.(1)*a*) PECL, el tercero conoce la existencia del principal aunque el agente no actúe en su nombre, puesto que los supuestos de desconocimiento del tercero de la condición de agente se encuentran incluidos en el artículo 3301.(1)*b*).

Por lo que se refiere al supuesto del desconocimiento de la condición de agente por parte del tercero, cabe observar, en primer

lugar, que en el artículo 3301.(1)b) PECL, siguiendo la pauta iniciada en las discusiones de elaboración de la CAISG, no se hace ningún tipo de referencia al momento que debe tomarse en consideración para determinar si el tercero conoce o desconoce que existe un principal.

B) EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA

Al igual que en la CAISG, en la regulación de los PECL referente a los efectos de la representación indirecta, encontramos una regla general sometida a excepciones. Así se deriva a partir de la lectura del artículo 3301 en virtud del cual:

«[...] the intermediary and the third party are bound to each other.

(2) The principal and the third party are bound to each other only under the conditions set out in articles 3.302 to 3.304».

A continuación examinaremos las condiciones establecidas en los preceptos a los que el artículo 3301 nos remite.

1. Supuestos de efectos directos

Tal y como afirman Díez-Picazo, L., Roca Trías, E. y Morales Moreno, A. M., «Los PECL también reconocen, en algunos casos, el interés del principal o del tercero en ejercitar de modo directo sus derechos»¹³².

Sin perjuicio del análisis más detallado que realizaremos más adelante, podemos afirmar que, en términos generales, el supuesto en el que los PECL permiten efectos directos es, al igual que en la CAISG, el del incumplimiento del agente. Así, en los PECL, se recogen algunas de las interpretaciones que los representantes de algunos países habían propuesto en relación con una de las expresiones utilizadas en la CAISG (*is not in a position to fulfil*). En concreto, tanto en el artículo 3302 como en el artículo 3303¹³³, se recoge expresamente el caso de insolvencia del agente, y aquel en el que, aun cuando no ha llegado el vencimiento de la obligación, es previsible el incumplimiento del agente.

¹³² DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M., *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, 2002, p. 213.

¹³³ En concreto podemos leer: «If the intermediary becomes insolvent,[...] or if prior to the time for performance it is clear that there will be a fundamental non performance [...].»

Por lo que se refiere al supuesto en el que, llegado el plazo de vencimiento, el agente incumple, parece importante señalar que en los PECL se exige que dicho incumplimiento sea esencial¹³⁴, requisito que no aparece en la CAISG. Además de esta diferencia, cabe destacar que en los PECL no se contempla expresamente el que la causa del incumplimiento del agente frente al principal estribe en el incumplimiento del tercero (*vid. art. 3302*).

2. Dinámica de la acción

La dinámica de la acción directa, una vez que se dan las condiciones para que exista, es muy similar a la que encontramos en la CAISG. En efecto, también se contempla la obligación del agente de identificar al principal o al tercero, según el caso [arts. 3302.*a*) y 3303.*a*)], así como la del futuro demandante (principal o tercero) de notificar su intención de interponer la acción directa.

La lectura de los PECL pone de relieve algunas diferencias con la regulación de la CAISG en lo que se refiere al tratamiento de la obligación de desvelar la identidad del tercero o del principal.

Así, llama la atención que en los PECL se contempla como una obligación absoluta del agente la de comunicar el nombre y la dirección del tercero al principal y viceversa, según el caso. Según la CAISG el agente está obligado a ello únicamente cuando la causa de su incumplimiento frente al tercero o al principal estribe en el incumplimiento del principal o del tercero respectivamente. Recuérdese, sin embargo, que en los debates se propuso la regulación que encontramos en los PECL, propuesta que finalmente fue rechazada por una tendencia generalizada a restringir el denominado *duty to disclose*.

Cabe destacar, por otra parte, la referencia que encontramos en los Comentarios oficiales¹³⁵ a una cuestión que surgió en el debate de elaboración de la CAISG.

Nos referimos al problema de la inejecutoriedad de la obligación que venimos analizando. Puede afirmarse que, al igual que sucede en la CAISG, se trata de una cuestión que sigue abierta. En los Comentarios oficiales se alude en concreto a la dificultad de exigir una indemnización de daños y perjuicios al agente que no

¹³⁴ Para determinar cuándo un incumplimiento es esencial según los PECL, véase el artículo 8103.

¹³⁵ LANDO, O. y BEALE, H., *Principles of European Contract Law*, Prepared by the Commission on European Contract Law, 2000. p. 222.

desvela la identidad requerida, dificultad que resulta aún más patente en los casos de insolvencia del agente.

3. Excepciones oponibles

El régimen de las excepciones oponibles por el demandado (tercero o principal) es el mismo que el previsto en la CAISG. En los Comentarios oficiales se explica por qué razón el principal puede oponer al tercero, no sólo las excepciones que el agente tenga contra éste, sino también las que el propio principal pueda oponer al agente. En concreto en ellos se dice lo siguiente: «This is explained by the fact that the principal has a pre-existing underlying relationship with the intermediary, whereas the third party does not»¹³⁶.

4. Excepciones a la acción directa

Una de las diferencias más significativas que se observan al confrontar la CAISG y los PECL en lo que se refiere al objeto de nuestro estudio, es que en éstos no se regula expresamente ningún caso en el que, aun dándose los requisitos de aplicación de la acción directa, ésta no sea posible.

Así, en primer lugar, no se contempla el supuesto regulado en el artículo 13.6 CAISG, es decir, el caso en el que el tercero, de haber conocido la identidad del principal, no habría celebrado el contrato. Tal y como se apuntó anteriormente, en el *Common Law* se trata de un supuesto típico de excepción a los efectos directos en los casos de *undisclosed agency*; a este propósito cabe señalar que parte de la doctrina inglesa¹³⁷, siguiendo la decisión del caso *Said v Butt*¹³⁸, justifica esta excepción a los efectos directos afirmando que el contrato está viciado de error en la identidad de la parte contratante. Teniendo en cuenta dicha tendencia doctrinal, se plantea la posibilidad de que la excepción expresamente regulada en el artículo 13.6 CAISG, se encuentre implícitamente contemplada en los PECL en la regulación del error (arts. 4103 ss.).

En segundo lugar, los PECL no contemplan dentro de la sección dedicada a la representación indirecta la posibilidad del

¹³⁶ LANDO, O. y BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Prepared by the Commission on European Contract Law*, 2000. p. 224.

¹³⁷ A título de ejemplo cabe destacar TREITEL, G. H., *The law of contract*, 1999, p. 675 y BARNETT, «Squaring Undisclosed agency Law with Contract Theory», en 75 *Cal. L. R.* 1980, p. 1991.

¹³⁸ (1920) 3 K. B. 497.

acuerdo de exclusión de los efectos directos contemplados, acuerdo que, tal y como se recordará, se encuentra regulado en el artículo 13.7 CAISG. Sin embargo, puede afirmarse que este acuerdo es posible conforme a los PECL, puesto que en el artículo 1102 (2) se establece lo siguiente: «The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles».

Nótese que al regularse la posibilidad de exclusión de los efectos previstos en los artículos 3302 a 3304 PECL, en las disposiciones generales, queda sin resolver una de las problemáticas más debatidas en las discusiones de elaboración de la CAISG, esto es, qué sucede en los supuestos en los que el agente celebra el acuerdo en contra de las instrucciones del principal o no lo celebra aun cuando el principal así se lo había indicado.

V. CONCLUSIONES

El análisis de la CAISG y de los PECL que acabamos de realizar pone de relieve que es posible una aproximación entre la teoría de la representación indirecta y la de la *undisclosed agency*. Es importante destacar que en ellos se logra una síntesis entre ambas teorías sin que ello suponga el detrimento de una en favor de la otra.

Tal y como se habrá podido comprobar, los PECL, si bien siguen la estructura básica de la CAISG, se alejan de ella a la hora de regular algunos aspectos concretos; a este propósito cabe recordar la mayor aproximación a los sistemas continentales en la clasificación de los supuestos, la falta de referencia expresa al incumplimiento del tercero como causa del incumplimiento o del previsible incumplimiento del agente frente al principal, el establecimiento del deber de comunicar el nombre y la dirección del principal o del tercero, según el caso, siempre que se cumplan las condiciones exigidas para la interposición de la acción directa y, finalmente, la desaparición de la regulación (al menos de manera expresa) de los supuestos en los que es posible excluir la acción directa aun cumpliéndose los requisitos para ello.

Consideramos, sin embargo, que el camino de aproximación entre la teoría de la representación indirecta y la de la *undisclosed agency*, iniciado por la CAISG y seguido por los PECL, todavía no está completo; en efecto, aun cuando en éstos se resuelvan puntos que en la CAISG no quedaron suficientemente claros (como la determinación de los supuestos en los que, en caso de representa-

ción indirecta es posible la acción directa), quedan cuestiones que en los PECL siguen exigiendo una regulación más precisa (como la resolución de la problemática relativa al incumplimiento del agente del *duty to disclose* o la determinación de las consecuencias de la celebración o no celebración del acuerdo de exclusión de los efectos previstos en los arts. 3302 a 3304 PECL por parte del agente en contra de lo indicado por el principal).

Son algunas de las conclusiones que pueden extraerse en esta primera aproximación a un tema cuya complejidad e interés exige un estudio más amplio y detallado. En este trabajo hemos querido plantear los principales aspectos que serán objeto de la investigación que estamos realizando en el marco más amplio de la representación indirecta.

BIBLIOGRAFÍA

- «Diplomatic Conference for the adoption of the Unidroit Draft Convention on Agency in the International Sale of Goods, Geneva 31 January-17 February 1983- Acts and Proceedings», en *Uniform Law Review*, 1983, I-II. [cit.: *ULR*, 1983, I-II].
- BARNETT, R. E.: «Squaring Undisclosed Agency Law with Contract Theory», en *75 California Law Review*, 1987, pp.1969 a 2002.
- BONELL, J. M.: «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, pp. 717 a 749.
- BOWSTEAD, W. y REYNOLDS, F. M. B: *Bowstead & Reynolds on Agency*, London, 1996.
- BRADGATE, R. y SAVAGE, N. *Commercial Law*, London, Dublin, Edinburgh, 1991.
- DE CASTRO, F.: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.
- DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1992.
- DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., MORALES MORENO, A. M. y ROCA TRÍAS, E.: *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002.
- MARKESINIS, B. L. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, London, 1998.
- LANDO, O. y BEALE, H.: *Principles of European Contract Law, Prepared by the Commission on European Contract Law*, The Hague, 2000.
- TREITEL, G. H.: *The law of contract*, London, 1999.
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.: *An introduction to Comparative Law*, Oxford, 1998.

Los Principios de Derecho Europeo de Contratos y el *conflicto de intereses* *en la representación*^{*}

MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *El conflicto de intereses como un problema de la representación*: A) Aproximación al concepto. B) Conflicto de intereses y representación voluntaria. C) Relaciones internas y externas en la representación. D) Recapitulación.—III. *La propuesta normativa de los PECL*: A) La obligación de revelar el conflicto de intereses: 1) Regulación; 2) Forma y contenido de la revelación; 3) La autorización del principal; 4) La objeción del principal al conflicto que afecta a su agente; 5) La especificidad del poder para autocontratar. B) La autocontratación y el conflicto de intereses. C) La anulabilidad del contrato como sanción del conflicto: 1) La anulabilidad como un derecho potestativo del principal; 2) Legitimación activa y pasiva; 3) Posición del agente o representante; 4) La protección del tercero contratante; 5) Cuestiones sobre carga de la prueba; 6) La confirmación del contrato por el principal.—IV. *Algunas breves conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de otros instrumentos del Derecho uniforme como la *Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (1980), la *Convención de Ginebra sobre Agencia en la Compraventa Internacional de Mercaderías* (1983) o los *Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales*

* Este estudio se inserta en el marco del proyecto de investigación «Hacia la unificación europea del Derecho de obligación» (BJU 2002-02356) dirigido por el profesor Dr. D. Antonio Manuel Morales Moreno.

(1994), los *Principios de Derecho Europeo de Contratos* (2000)¹ (*Principles of European Contract Law* o *PECL* o *Principios Lando*) han considerado importante ofrecer una norma reguladora del conflicto de intereses en la actividad de gestión de los agentes y representantes (art. 3:205)². Al hacerlo, se hacen cargo de una sentida necesidad de numerosos ordenamientos continentales que no regulan el problema de una manera general.

Los *PECL* dedican al conflicto de intereses en la representación uno de los quince artículos que tratan del poder de los agentes o representantes (*Chapter 3: Authority of Agents*³). La norma que nos ocupa (art. 3:205) está dividida en tres párrafos. En el primero de ellos se concede directamente al representado un derecho de anulabilidad cuando su agente ha incurrido en un conflicto de intereses al contratar; en el segundo, se configura el autocontrato como figura presuntiva de un conflicto de intereses. Y, en el tercero, la norma somete el ejercicio del derecho de anulabilidad a la completa ignorancia del principal de la situación que afectaba a su agente, estableciendo indirectamente para este último la obligación de revelar o declarar el conflicto que lo afecta y no actuar sin autorización específica del principal⁴.

II. EL CONFLICTO DE INTERESES COMO UN PROBLEMA DE LA REPRESENTACIÓN

A) APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

Se suele afirmar, especialmente en el ámbito del Derecho anglosajón, que la contratación por agentes genera una situación triangu-

¹ Preparados por *The Commission on European Contract Law*. El texto se encuentra editado por Ole LANDO y Hugh BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law*, Londres, 2000. Todas las referencias posteriores a este texto y a los comentarios de la comisión redactora se hacen a esta edición. Ver también Luis DÍEZ-PICAZO, E. ROCA TRIAS, A. M. MORALES, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002. Esta última obra contiene una traducción al castellano del texto oficial inglés de los *PECL* y prolíficos comentarios de los editores a sus normas.

² El contrapunto de análisis lo aportará la muy similar solución adoptada por el *Código Europeo de Contratos* (CEC). Proyecto preliminar de la *Academia de Iusprivatistas Europeos* auspiciada por la Universidad de Pavia. El proyecto se encuentra editado por Giuseppe GANDOLFI (coord.), *Code Europeen des Contracts*, Milán, 2000. Todas las referencias posteriores a este texto y a las notas del redactor se hacen a esta edición.

³ El capítulo 3 de los *PECL* está dividido en tres secciones. La Sección 1 contiene dos artículos destinados a trazar el alcance de la regulación que se ofrece. El articulado restante se distribuye en dos secciones. La Sección 2, que trata de la representación directa, y la Sección 3, que se refiere a la representación indirecta.

⁴ La norma dice así: Art. 3:205 - Conflicto de interés. 1) Si un contrato celebrado por un agente envuelve al agente en un conflicto de interés que el tercero conocía o no podía ignorar,

lar (*a three party situation* o *a triangular situation*⁵). El agente debe servir los intereses del principal, que buscan en el contrato una organización satisfactoria con los intereses del tercero. Pero, por la función intermediadora que cumple, el representante puede verse inclinado a buscar cabida en el negocio a intereses personales, o a favorecer los de un tercero que también le ha confiado el resguardo de los suyos. Es a este último dilema al que suele llamarse conflicto o colisión de intereses; y, lo es especialmente, cuando el interés del agente o del tercero es incompatible con el interés del principal de tal modo que si protege uno, perjudica otro.

En consecuencia, estamos en presencia de un problema de colisión de intereses siempre que un agente o representante en su actividad de gestión de intereses ajenos se encuentra en la disyuntiva de tener que elegir entre dos intereses incompatibles: por un lado el interés del principal a quien debe servir con su gestión; y, por otro, un interés personal o de sus parientes o amigos cercanos, o de un tercero que también le ha confiado la gestión de los suyos, incompatible con el interés del representado. Por esto, en un contexto de contratación estandarizada o cuando los intereses del agente son compatibles con los del principal (por ejemplo, en algunos casos de participación hereditaria donde ambos intervienen con intereses comunes) no cabe colisión de intereses.

No es difícil advertir que, puesto en semejante disyuntiva el hombre medio espontáneamente velará por su propio interés antes que por el ajeno, y que será difícil para un representante, obligado a la diligencia del buen padre de familia, (puesto que los intereses en conflicto son incompatibles) perjudicar su posición personal para dar prioridad al interés del representado. Y aunque no hubiera intereses personales en juego, si debe representar intereses contrapuestos, será difícil que mantenga un equilibrio equitativo de posiciones encontradas que pugnan por obtener ventajas del contrato. Estamos en presencia de un riesgo de actuación desleal. Y este riesgo es tan alto que el contrato concluido en tales circunstancias recibe generalmente una calificación negativa y sanciones de diversa especie que afectan su eficacia, aunque en el caso concreto no haya perjui-

el principal puede anular el contrato de acuerdo a los artículos 4:112 a 4:116. 2) Se presume que existe un conflicto de interés donde: a) el agente también actuó como agente del tercero; o b) el contrato fue consigo mismo en su personal capacidad. 3) Sin embargo, el principal no puede anular el contrato: a) si consintió o no podía ignorar la actuación del agente; o b) si el agente reveló el conflicto de intereses al principal y éste no lo objetó dentro de un período razonable de tiempo. (Traducción libre del inglés.) Cfr. LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 32.

⁵ Cfr. las referencias que hacen a este fenómeno tanto los comentarios de los redactores de los PECL como las notas del profesor Gandolfi al CEC. LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 209. GANDOLFI, *Code*, cit. *supra* nota 2, p. 185.

cio real para el representado. Lo esencial es que el conflicto altera o puede alterar la organización de intereses que se habría alcanzado en el contrato de no mediar la gestión representativa del agente.

B) CONFLICTO DE INTERESES Y REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Lo anterior parece ser así cualquiera que sea el origen de la función representativa que se cumpla. En efecto, los conflictos pueden florecer en la representación legal de menores e incapacitados y casi todos los derechos continentales contienen normas preventivas, incluso severas prohibiciones, tendentes a evitar los contratos concluidos por un representante en interés de sí mismo o de su círculo cercano de parientes y amigos⁶. También abundan en la representación orgánica de personas jurídicas donde las distintas legislaciones sobre sociedades y otras entidades contemplan mecanismos destinados a prevenir o sancionar estas situaciones. Ni aún los representantes de Administraciones públicas y los que ocupan cargos de elección popular escapan a la tentación de favorecer intereses personales en sus actuaciones funcionariales o públicas, que desde cierta perspectiva son también funciones representativas; y las legislaciones tienden a prevenir estas situaciones con la imposición de incompatibilidades o estrictas medidas de separación de funciones.

Lo que quiero decir es que no puede reducirse la disciplina del conflicto a la representación voluntaria, aunque sí lo hagan los *PECL* y nuestro estudio, por ahora, no trascienda las fronteras de las funciones representativas que emanan de un acto de apoderamiento (art. 3:101 [2])⁷.

⁶ Véanse, por ejemplo, el artículo 412 C. civil chileno (que prohíbe al tutor o curador comprar bienes raíces del pupilo o tomarlos en arriendo para sí o para su cónyuge, ascendientes o descendientes; y que requiere, para los demás contratos en que lo afecte una colisión de intereses, la autorización de los otros tutores o curadores generales o del juez en subsidio), y el artículo 163 C. civil español (que exige el nombramiento de un defensor judicial cuando existe oposición de intereses entre los hijos sujetos a patria potestad y el o los progenitores llamados a ejercerla). Casi todos los códigos continentales contienen disposiciones semejantes a éstas.

⁷ Los comentarios de la comisión redactora insisten en que los *PECL*, del mismo modo que la *Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods (1983)* (art. 3), sólo comprenden la representación que emana de un acto de apoderamiento, de cualquier naturaleza que éste sea. Sus normas no alcanzan situaciones de representación legal, judicial u orgánica. Ver LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 198. Resulta interesante constatar que el *Código Europeo de Contratos* (art. 60.3), por el contrario, no limita el alcance de sus normas sobre representación a la que emana de un acto voluntario del principal. Sus disposiciones se aplican igualmente si el poder de representación es conferido por la ley o por la autoridad judicial. Ver GANDOLFI, *Code*, cit. *supra* nota 2, p. 27.

C) RELACIONES INTERNAS Y EXTERNAS EN LA REPRESENTACIÓN

No es difícil admitir que el contenido fiduciario del vínculo representativo y la disciplina del conflicto de intereses son cuestiones que pertenecen al ámbito de *relaciones internas* entre representante y representado⁸. Los *PECL* (art. 3:101 [3]), probablemente siguiendo en esto la sistemática de la *Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods* (art. 1, 3), declaran que el capítulo dedicado a la representación no gobierna las relaciones *internas* entre el agente o intermediario y su principal⁹. Sin embargo, a pesar de la intención programática de restringir su contenido normativo a los efectos de la gestión representativa frente a terceros (relaciones *externas* de la representación), los *PECL* no han podido sustraerse a determinados contenidos del vínculo fiduciario entre agente y principal (relaciones *internas* de la representación)¹⁰.

D) RECAPITULACIÓN

Como resumen de esta primera parte podría destacar dos ideas. Primera: que siempre que nos encontramos con el problema del conflicto de intereses, estamos en presencia de un riesgo de actuación desleal del agente que altera o puede alterar la organización de intereses que se habría alcanzado en el contrato de no mediar la gestión representativa del agente, cualquiera que sea el fenómeno

⁸ En el ámbito anglosajón, véase por ejemplo, Markesinis & Munday, *An Outline of the Law of Agency*, Londres 1998, pp. 92 ss, especialmente p. 98.

⁹ El *CEC*, más apegado a la tradición continental, no distingue entre cuestiones relativas a relaciones internas o externas de la triangular relación representativa. Véanse artículos 60 a 69 *CEC*.

¹⁰ Por esta razón, los comentarios de la comisión redactora de los *PECL* son cautos al indicar que no obstante el respeto que se procura observar a la separación entre relaciones externas e internas de la representación, hay cuestiones pertenecientes a las relaciones internas que pueden afectar a las relaciones externas entre el agente y el tercero; y que respecto de éstas los *PECL* se han preocupado de dar normas claras. Se mencionan dos casos: el del artículo 3:205 (conflictos de intereses) y el artículo 3:209 (casos de terminación de la autoridad del agente). Cfr. LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 198.

A estas normas debería agregarse la del artículo 3:206 (que permite la delegación o *subagency*), cuestión que también parece referirse a un deber relacionado con el carácter fiduciario del vínculo representativo: si el vínculo es uno esencialmente de confianza, la persona del representante no debería poderse sustituir sin autorización del principal. La prohibición general de delegar también pertenece al carácter fiduciario del vínculo representativo, aunque numerosas legislaciones permiten la delegación de facultades en diversas situaciones y especialmente cuando ha sido autorizada por el principal.

El *CEC* no ofrece regla alguna sobre el problema de la delegación o *subagency*. Cfr. artículos 60-69 *CEC*.

representativo de que se trate; y, segunda, que precisamente por tratarse de una conducta que podría comprometer la confianza depositada en el agente, la disciplina normativa del conflicto de intereses pertenece al ámbito de los derechos y deberes que genera la representación entre el agente y su principal (relaciones *internas* de la representación). Es inevitable que un régimen de prevención y sanción del conflicto de intereses imponga normas de conducta al agente o representante.

III. LA PROPUESTA NORMATIVA DE LOS PECL

Los *PECL* parecen ofrecer una triple propuesta que es a la vez doblemente preventiva y sancionadora frente al conflicto de intereses. En primer lugar, parecen conferir carácter normativo a la obligación de revelar o declarar el conflicto al principal y no actuar sin su autorización. En segundo lugar, yendo a la raíz del problema, dan a los supuestos de autocontratación el carácter de presunciones *iuris tantum* de conflicto de intereses en la contratación. En tercer lugar, sancionan con la anulabilidad los contratos concluidos por el representante en conflicto de intereses con el representado.

A) LA OBLIGACIÓN DE REVELAR (*TO DISCLOSE*) EL CONFLICTO DE INTERESES

1) Regulación

A diferencia del *Código Europeo de Contratos* (art. 68), en su regulación del conflicto los *PECL* introducen la obligación del representante de revelar o declarar al principal el conflicto de intereses que lo afecta y abstenerse de contratar sin su consentimiento [cfr. art. 3:205 (1) con art. 3:205 (3)]. Esta es la norma de conducta que impone al agente o representante el artículo 3:205 (3): el *dominus* no puede anular el contrato *si el agente reveló el conflicto de interés* y aquel no lo objetó dentro de un período razonable de tiempo.

La obligación de revelar o declarar (*to disclose*) el conflicto parece tener su origen en la disciplina de los deberes fiduciarios del agente en el derecho anglosajón¹¹. Y se trata de una norma de con-

¹¹ Véase al respecto, H. G. BEALE (ed.), *Chitty on Contracts*, 28th ed., vol. 2, Londres, 1999, p. 32-116 ss.; MARKESINIS, *An Outline*, cit. *supra* nota 8, p. 98.

ducta que no ha tenido antes explícita acogida en instrumentos normativos generales de tradición continental¹². A pesar de esto, los *PECL* no especifican cómo debe hacerse esta declaración, ni la extensión que debe tener. Esto nos obliga a buscar una respuesta a ésta y otras cuestiones en los ordenamientos que le sirven de referencia.

2) Forma y contenido de la revelación

En efecto, si seguimos las tendencias del Derecho anglosajón en este ámbito, podemos pensar que la revelación debería ser completa (*full disclosure*); esto significa que debería incluir la naturaleza del interés del representante (por ejemplo, si es patrimonial o extrapatrimonial) y todos los detalles que permitan al principal dar un consentimiento *informado*, o negarlo¹³. En cuanto a la forma, la revelación debería poder hacerse y probarse por cualquier medio, pues es éste el régimen general en cuanto a formalidades que adoptan los *PECL* (cfr. art. 1:303). El momento en que debe hacerse la revelación tampoco está explícitamente regulado. En mi opinión debe hacerse en cualquier tiempo anterior al momento de la contratación¹⁴. Con posterioridad a este momento, la disciplina preventiva del artículo 3:205 nos remite al régimen de la anulabilidad: queda a discreción del principal confirmar o anular el contrato concluido por el agente en una situación de conflicto que le era desconocida.

3) La autorización del principal

El artículo 3:205 (3) dice que el principal no podrá ejercitar el derecho de anulabilidad si *consintió* o *no pudo ignorar* la actuación del agente, o si *no objetó* el conflicto revelado por el agente en un período razonable de tiempo. Estas tres situaciones suponen una *autorización* del principal.

¹² Los ordenamientos continentales de referencia en materia de conflicto de intereses, es decir, el § 181 del BGB y en los artículos 1394 y 1395 del Código civil italiano, no contienen una obligación explícita de hacer *disclosure* de los conflictos al principal. Esta obligación de revelar los conflictos de intereses y de evitarlos ha venido ya encontrando acogida en leyes especiales, como por ejemplo en la disciplina de normas de conducta a que deben sujetarse los operadores en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Véanse al respecto los artículos 78 a 83 de la citada ley.

¹³ Este tipo de revelación concierne tanto a cualquier conflicto de intereses como a los supuestos de autocontratación. Véase *Chitty on Contracts*, vol 2, cit. *supra* nota 11, nn. 32-120, 32-121, y 32-122 y referencias a *case law* que los acompañan en notas.

¹⁴ Me parece que la autorización debe ser anterior a la contratación pues los *PECL* permiten también la confirmación expresa o tácita del contrato afectado, acto que necesariamente tiene que ser posterior a la perfección del contrato. Cfr. artículo 4:114 *PECL*.

Según lo anterior, la autorización podrá ser *expresa* o *táctica*. Será *expresa* cuando el principal consiente explícitamente en la actuación del agente (art. 3:205 [3] [a]). La autorización será *táctica* cuando el principal guarde silencio o permanezca inactivo después de conocer la situación de conflicto de intereses que afecta a su agente¹⁵. Como se puede observar, estamos en presencia de uno de los casos en que los *PECL* conceden efectos jurídicos al silencio o inactividad¹⁶.

Los *PECL* no hablan de la *especificidad* de la autorización, como hace, por ejemplo, el Código civil italiano (art. 1395), en el que también se inspira la disciplina del artículo 3:205 *PECL* en su totalidad. Si el consentimiento o autorización del principal debería ser a lo menos *informado*, esto supone, me parece, que sea *específico*. La exigencia de que la autorización sea conferida según la extensión del conflicto declarado por el agente impediría, a mi juicio, la eficacia liberatoria de una autorización genérica otorgada en un poder general, por ejemplo, para autocontratar.

4) La objeción del principal al conflicto que afecta a su agente

La *objeción* del conflicto debe ocurrir en un tiempo razonable desde la revelación [art. 3:205 (3) (b)]. ¿Debe necesariamente ocurrir antes de la contratación? Dependerá de las circunstancias. Si el principal conoce exactamente el tiempo de la contratación debería exigírsele una actuación diligente para prevenirla objetando el conflicto antes de formarse el contrato. Si la contratación es una serie indefinida de actos, o se desconoce exactamente la fecha en que se llevará a cabo, pienso que la objeción podría ocurrir después de formado el contrato y antes del ejercicio de la facultad de anulación. Aunque también puede pensarse que una vez formado el contrato, el representado generalmente dispondrá del derecho de anulación.

5) La especificidad del poder para autocontratar

El *poder para autocontratar*, ¿excusa o satisface la obligación de revelar el conflicto antes de contratar? En otras palabras, la

¹⁵ Recordemos que el *dominus* ha conocido la situación de conflicto porque le fue revelada por él [art. 3:205 (3) (b)], o la conoció de otro modo [art. 3:205 (3) (a) primera parte], o no podía ignorarla atendidas las circunstancias del negocio [art. 3:205 (3) (a) segunda parte].

¹⁶ A diferencia de los *PECL*, el *CEC* sólo permite una autorización expresa del principal al agente para autocontratar y parece no permitir la autorización de otros conflictos de intereses que puedan afectar al agente, distintos de aquellos referidos a la autocontratación. Cfr. artículo 68 *CEC*.

facultad para autocontratar incluida en un poder general, ¿satisface las exigencias del artículo 3:205 (3) de los *PECL*? Parece ser que si la autorización que exigen los *PECL* debe ser específica, es decir, para cada situación de conflicto que afecte al agente, un poder para autocontratar otorgado genéricamente no liberaría al representante de la obligación de revelar los conflictos¹⁷. El uso de comercio sí libera de la revelación, según puede deducirse de los *PECL* cuando inhiben la anulación del contrato por el representado si éste *no podía ignorar* la actuación del representante [art. 3:205 (3) (a) segunda parte] en situación de conflicto. Por ejemplo, porque comisionó a un agente para la distribución de sus productos en otra plaza.

B) LA AUTOCONTRATACIÓN Y EL CONFLICTO DE INTERESES

Analicemos ahora el artículo 3:205 (2). Este párrafo contiene una interesante presunción legal: se presume que existe conflicto de intereses donde el representante actuó también como agente del tercero, o donde el contrato fue consigo mismo en su personal capacidad. El supuesto general de la autocontratación ofrece las dos hipótesis que la norma considera en su regulación: la de la *doble representación* (o representación plural) y la del *contrato consigo mismo* o simplemente autocontrato.

No me voy a detener en el largo debate doctrinal acerca de la admisibilidad teórica de estas dos figuras, cuestión que ocupó largamente a la doctrina. Lo que interesa destacar aquí es la opción de los *PECL* en orden a subsumir estas dos figuras en el género de los conflictos de intereses en la contratación marcando una tendencia a sacar la cuestión de los dominios del acto de apoderamiento o del ejercicio abusivo de este último, donde la doctrina había hasta ahora insertado estas situaciones¹⁸.

¹⁷ La tendencia que revelan algunas sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el ámbito del Derecho interno español, por aplicación de las doctrinas de la interpretación estricta o restringida de los poderes, es a exigir una facultad específica para autocontratar. Ver STS 6-3-2001 (RAJ 3973); 18-7-2000 (RAJ 6813); 7-4-1998 (RAJ 2316). En contra STS 4-12-1992 (RAJ 10389). Ver también RRDGRN 1-6-1999 (RAJ 4191); 22-4-1996 (RAJ 3240); 29-4-1993 (RAJ 3010).

¹⁸ Esto ya lo percibía DÍEZ-PICAZO cuando sugería que el problema de la autocontratación debía sacarse de la esfera de la cuestión sobre su admisibilidad y colocarse más bien en los límites de su admisibilidad; de modo particular en el conflicto de intereses que puede suponer la autocontratación para el representante. Cfr. *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, p. 206. Al respecto opina W. FLUME: «Los problemas materiales del negocio consigo mismo consisten en el peligro de colisión de intereses, como todo el

Se trata, según nos informan los redactores, de presunciones *iuris tantum (rebuttable presumptions)*, pues el tercero puede demostrar que el contenido del contrato estaba determinado de manera tal que toda posibilidad de conflicto de intereses estaba excluida¹⁹. O bien, que no había una incompatibilidad real de intereses que provocara un conflicto, pues tanto el agente como el principal tenían posiciones coincidentes en el contrato, por ejemplo, ambos eran parte vendedora (y tanto al agente como al principal les interesa obtener el mejor precio posible).

C) LA ANULABILIDAD DEL CONTRATO COMO SANCIÓN DEL CONFLICTO

1) La anulabilidad del contrato como un derecho potestativo del principal

La anulabilidad del contrato se realiza mediante notificación o comunicación extrajudicial (*notice*) a la otra parte contratante (arts. 4:112, 1:303)²⁰. Esto convierte el remedio en un derecho cuyo ejercicio queda entregado a la discreción del principal y que no requiere intervención judicial²¹.

La notificación tiene por *objeto* que se anule el contrato y, como consecuencia, se devuelvan las cosas a su estado anterior dando lugar a las restituciones recíprocas que procedan (art. 4:115). Las restituciones suponen que la parte que invoca la anulación del con-

mando dice, y fue esto de lo que partieron los autores del BGB al establecer el § 181. Este es con seguridad el punto decisivo...». *El Negocio Jurídico* (trad. de la 4.^a ed. alemana), Madrid, 1998, p. 943. El CEC (art. 68) de alguna manera hace lo mismo cuando permite al tercero interesado en preservar el contrato impugnar la anulación del representado alegando que el contenido del contrato estaba determinado de manera que toda posibilidad de conflicto de intereses estaba excluida. El Código civil italiano (art. 1395) también niega la anulabilidad si en los hechos no hubo posibilidad de conflicto.

¹⁹ Cfr. LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 210. Esto mismo es lo que ha legitimado en el tráfico la autoentrada en la comisión mercantil.

²⁰ Así lo establecen expresamente los comentarios de los redactores. Véase LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 274. La notificación o comunicación de anulabilidad puede hacerse por cualquier *medio*, por escrito o por otras formas apropiadas a las circunstancias; y tiene efecto desde que llega al destinatario (art. 1:303). ¿Cuándo se entiende que llega al destinatario? Una comunicación alcanza el destinatario cuando le es despachada al lugar de sus negocios o a su dirección postal; o, si carece de lugar de negocios o dirección postal, al lugar de su residencia habitual [art. 1:303 (3)]. Esta es la norma general que adoptan los PECL para las comunicaciones que deban hacerse las partes, de las cuales derivan determinados efectos jurídicos.

²¹ Puede también hacerse valer en un proceso judicial por cumplimiento específico o indemnización de perjuicios iniciado por el tercero; la anulabilidad puede invocarse entonces como defensa frente a la acción de la otra parte. Cfr. *Loc. cit. supra*.

trato devuelva lo que ha recibido en virtud del mismo a cambio de que la otra parte haga lo mismo.

Para ejercitar el derecho de anulabilidad, el representado debería apelar a los siguientes presupuestos: 1.º) debería invocar el conflicto de intereses que afectó al agente; y 2.º) debería demostrar que el tercero supo o no podía ignorar el conflicto que afectaba al agente (por ejemplo, porque es una empresa en la que tiene participación). Más adelante veremos cómo gravitan estos presupuestos en los mecanismos de carga de la prueba.

2) Legitimación activa y pasiva

Sólo está legitimado para instar la anulabilidad el representado que ignoraba al tiempo del contrato el conflicto que afectaba o podía afectar al agente. Así parece desprenderse del artículo 3:205 (3) cuando éste nos informa que el principal no puede anular el contrato si (a) consintió o no pudo ignorar la actuación del agente; o (b) si después de haberle sido puesto en conocimiento el conflicto no hizo nada por objetarlo. El régimen de la obligación de revelar o declarar el conflicto que pesa sobre el agente se examinó anteriormente y en esta parte me remito a lo que ya dije sobre el tema.

El requisito fundamental para que el principal esté legitimado activamente es la buena fe de éste. Buena fe que, en este caso, equivale a ignorancia del conflicto que afectó al agente al tiempo del contrato. Si conociendo el posible conflicto antes del momento de formarse el contrato no hizo nada por objetarlo, pienso que debe entenderse que consintió en él o autorizó la actuación del agente.

En el caso de doble representación del agente, los dos representados están legitimados para anular el contrato²², si ignoraban la colisión de intereses que afectaba al agente (hipótesis bastante rara si consideramos la obligación de revelar el conflicto que pesa sobre el agente). En el caso del contrato consigo mismo pienso que no puede permitirse al agente ejercer la acción de anulabilidad contra su representado pues nadie puede valerse de su propio dolo y porque esta actuación traicionaría una vez más los deberes fiduciarios que derivan de la relación representativa.

La comunicación de anulabilidad se debe dirigir a la contraparte en el contrato o tercera parte de la relación representativa. Esto nos conduce a examinar el papel del representante en la anula-

²² Así lo admiten expresamente los comentarios de la comisión redactora. Cfr. LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 210.

bilidad del contrato, especialmente cuando ésta es contestada por el tercero interesado en perseverar en el negocio.

3) Posición del agente o representante en la anulabilidad del contrato

Resulta llamativo que el propio representante no tenga parte alguna en la anulabilidad, si no fue también parte en el contrato que se pretende anular. La única participación que le podría caber es la de defender la vigencia del contrato por la vía de desautorizar la legitimación del principal. Esta participación supondría, sin embargo, una posición del representante contraria a su principal, lo cual —nuevamente— repugna con el contenido fiduciario del vínculo representativo y los deberes de lealtad que derivan de él.

Parece lógico pensar que, de obtener la anulación del contrato, el principal tendrá una acción contra el agente o representante para que le indemnice los perjuicios causados por su infracción a una norma de conducta que le imponía su función. Esta es otra de las razones por las cuales puede afirmarse que la obligación de revelar los conflictos al principal y no actuar sin autorización suya parece ser la única obligación positiva que los *PECL* formulan de entre las muchas que pueden existir en las relaciones internas entre representante y representado (rendir cuentas, cumplir el encargo con diligencia, no aprovechar la relación representativa para obtener ventajas personales, etc.).

4) La protección del tercero contratante

Hemos dicho que la anulabilidad sólo procede si el tercero conocía o no podía ignorar el conflicto que afectaba al agente [art. 3:205 (1)]. En un tipo clásico de conflicto de interés, por ejemplo, el contrato del agente con una sociedad suya, o con un pariente suyo, será bastante difícil para el tercero sostener que ignoraba el conflicto que afectó al agente, pues no puede negar la condición de socio o los vínculos que lo relacionan al representante de la otra parte contratante. En consecuencia, la norma sólo protege al que podríamos llamar *tercero absoluto*: es decir, aquel no vinculado de ninguna forma con el agente. Y, en este último caso, difícilmente podrá haber existido colisión de intereses en la actuación del representante.

5) Cuestiones sobre carga de la prueba

La eficacia preventiva del conflicto de intereses que asegura el artículo 3:205 parece ser amplia si uno observa la posición venta-

josa del *dominus* frente al tercero en la anulabilidad del contrato. Si bien el ejercicio extrajudicial de este derecho no libera a su titular de la carga de demostrar el supuesto de hecho, los presupuestos de ejercicio de la acción, las presunciones del artículo 3:205 (2) y la norma de conducta que el artículo 3:205 (3) impone sobre el agente favorecen un ejercicio expedito de la anulabilidad. La defensa del tercero se torna difícil y se reduce, en definitiva, a la prueba de que en los hechos el contrato estaba hasta tal punto predeterminado que no era posible discrecionalidad alguna que permitiera una actuación desleal del agente, a pesar del conflicto que lo afectaba. Examinemos las distintas posiciones que puede adoptar el tercero.

En primer lugar, frente a la comunicación del principal, el tercero podría impugnar su legitimación para ejercer el derecho si demuestra que conoció el conflicto que afectaba al agente y no lo objetó dentro de un plazo razonable [art. 3:205 (3)]. Si se examina la dialéctica de esta prueba, puede concluirse que ella se reduce a acreditar que la parte que pide la anulación conocía el conflicto de intereses que afectaba al agente antes de la contratación, pues no es posible producir prueba positiva del hecho negativo de no haber objetado el conflicto dentro de un término razonable. De todos modos se trata de una prueba difícil para el tercero que no es parte en la relación representativa que vincula al agente y a su representado e ignora si el agente reveló el conflicto al principal o si actuaba autorizado por él.

Una *segunda defensa* del tercero podría consistir en impugnar los presupuestos de ejercicio del derecho. Esto no podría más que hacerse demostrando que en los hechos no hubo conflicto de intereses en el agente (prueba negativa) o que él mismo (el tercero) no conoció la existencia del conflicto (otra prueba negativa). La actuación del agente o representante puede no haber estado afectada por un conflicto si las condiciones de contratación estaban totalmente predeterminadas por el principal; o si se trataba de un contrato de adhesión que no podía negociarse separadamente. La prueba de que ignoraba la existencia del conflicto es, nuevamente, muy difícil para el tercero pues se trata de demostrar un hecho propio negativo (algo que no se puede demostrar).

Las presunciones del artículo 3:205 (2) cobran importancia en este punto. En el primer caso (el de doble representación) el *dominus* debería quedar liberado de la prueba del conflicto (1.º presupuesto) estableciendo el hecho de la doble representación. Probado este punto, sólo deberá acreditar que el tercero conocía o no podía ignorar la doble representación que ostentaba el agente (2.º presupuesto). En el segundo caso (contrato consigo mismo) el represen-

tado queda doblemente liberado de probar el supuesto de hecho. Queda liberado de probar el conflicto (1.^{er} presupuesto) y que el tercero lo conocía (2.^o presupuesto) pues este último es el agente que no puede ignorar sus hechos propios.

Si la anulación se apoya en alguna de estas presunciones, el tercero deberá tener que probar que la doble representación o el contrato del agente consigo mismo no puso al representante en un conflicto de intereses. ¿En qué consiste esta prueba? No parece que la prueba que destruya la presunción de un conflicto, en estos casos, deba ser que no hubo daño efectivo a los intereses del principal, pues lo que el supuesto normativo sanciona no es el daño efectivo, sino el riesgo de un daño que produce la actuación desleal del agente. Por lo tanto, parece que, nuevamente, esta prueba sólo podría consistir en demostrar que el contrato estaba hasta tal punto predeterminado que el riesgo de perjudicar el interés del principal estaba absolutamente excluido²³.

6) Confirmación del contrato por el principal

Cumpliéndose los requisitos de ejercicio del derecho de anulabilidad, el contrato puede convalidarse por confirmación del principal, según la disciplina del artículo 4:114. Nada se nos dice sobre la oportunidad. Parece lógico pensar que el principal puede confirmar durante todo el tiempo razonable que tiene para impugnar el contrato. Este período de tiempo debería contarse desde que tuvo conocimiento del defecto que afectaba la actuación representativa del agente.

La confirmación puede ser expresa o tácita (art. 4:114). Esta última puede ser la ejecución personal del contrato, a sabiendas de la situación que afectaba al agente.

IV. ALGUNAS BREVES CONCLUSIONES

Pienso que puede concluirse de todo lo dicho que la obligación de revelar o evitar los conflictos de intereses parece ocupar un lugar

²³ En este sentido apunta el ejemplo ilustrativo que proporcionan los redactores de los *PECL*. El agente A es encargado por su principal para comprar 50 acciones de la compañía X al precio corriente en plaza. A desea disponer de su propia cartera de acciones de X y vende estas acciones a su principal al valor de mercado. Éste último hecho neutraliza el conflicto de intereses que lo afecta. Cfr. LANDO, *Principles*, cit. *supra* nota 1, p. 210.

privilegiado dentro del sistema preventivo que estructuran los *PECL*. Esta obligación positiva unida al funcionamiento probatorio de las presunciones y al ejercicio potestativo extrajudicial de la anulabilidad del contrato son elementos que en su conjunto tienden a asegurar una alta eficacia preventiva del conflicto.

Confiriendo esta categoría a una norma de conducta perteneciente a las relaciones internas entre el agente y el principal, los *PECL* responden a un extendido problema de diversos ámbitos del tráfico donde la superposición de funciones representativas multiplica los potenciales conflictos sin que existan normas de alcance general que ofrezcan remedios adecuados. La propuesta de los *PECL*, en esta materia, resulta relevante y atractiva como modelo de derecho uniforme.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

MARTA REQUEJO ISIDRO
Profesora Titular de Derecho internacional privado

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

ACUERDOS DE GARANTÍA FINANCIERA

1. **Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera. DOCE, L, núm. 168, de 27 de junio de 2002.**

La Directiva establece el régimen comunitario aplicable a los acuerdos de garantía financiera y a las garantías financieras que respondan a los requisitos objetivos y subjetivos que ella misma describe. Se entiende por «garantía financiera» todo acuerdo de garantía financiera con cambio de titularidad, o todo acuerdo de garantía financiera prendería (esto es, sin transmisión de la plena propiedad de la garantía), independientemente de que esté cubierto o no por un acuerdo marco o unas condiciones generales. La constitución, validez, ejecutabilidad, o perfeccionamiento del acuerdo, así como su admisibilidad como prueba, no quedarán supeditados a la realización de un acto formal. Los Estados miembros deberán asegurar que en caso de ejecución el beneficiario de la garantía podrá ejecutarla en las condiciones por él estipuladas, de alguna de las formas que se detallan en la Directiva; igualmente, velarán porque el beneficiario de la garantía pueda ejercer un derecho de utilización sobre ella, si el acuerdo así lo estipula; garantizarán que las cláusulas de liquidación por compensación exigible anticipadamente puedan surtir efectos conforme a sus estipulaciones, incluso cuando se sigan procesos de liquidación o saneamiento del garante o del beneficiario. Los acuerdos de garantía y la garantía financiera quedan exentos de la aplicación de determinadas disposiciones en materia de insolvencia. El conflicto de leyes a propósito de la naturaleza jurídica de la garantía prendería de anotaciones en cuenta, los requisitos para perfeccionar el acuerdo, o la prelación del derecho que confiere, se regirán por la ley nacional del país donde se encuentre la cuenta principal, con exclusión de sus normas de Derecho internacional privado.

ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

2. **Corrección de errores de la Decisión 2001/781/CE de la Comisión, de 25 de septiembre de 2001, por la que se aprueba el manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o noti-**

ficables, en cumplimiento del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (DOL 298 de 15.11.2001). DOCE, L, núm. 31, de 1 de febrero de 2002.

3. **Reglamento (CE) núm. 743/2002 del Consejo, de 25 de abril de 2002, por el que se establece un marco general comunitario de actividades con el fin de facilitar la cooperación judicial en materia civil. DOCE, L, núm. 115, de 1 de mayo de 2002.**

El presente Reglamento, que no se aplicará en Dinamarca, se encuadra entre las acciones tendentes a mejorar la comprensión mutua de los sistemas jurídicos y judiciales de los Estados miembros. Son sus objetivos promover la cooperación judicial en materia civil, en particular en lo relativo al acceso a la justicia y al reconocimiento mutuo de decisiones; la aproximación de las legislaciones o la eliminación de obstáculos derivados de las disparidades; permitir la correcta aplicación de los instrumentos comunitarios relativos a la cooperación jurídica en materia civil; y mejorar la información al público. El Reglamento establece la financiación de las actividades dirigidas a realizar alguno de los fines citados, ya sea a través de la formación, de intercambios y períodos de prácticas, estudio e investigación, reuniones y seminarios, o difusión de la información.

4. **Decisión de la Comisión, de 3 de abril de 2002, que modifica la Decisión 2001/781/CE por la que se aprueba un manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables, en cumplimiento del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (*notificada con el número C[2002] 1132*). DOCE, L núm. 125, de 13 de mayo de 2002.**

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

5. **Reglamento (CE) núm. 1185/2002 de la Comisión, de 1 de julio de 2002, por el que se modifica la lista de órganos jurisdiccionales competentes del anexo I del Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. DOCE, L, núm. 173, de 3 de julio de 2002.**
6. **Reglamento (CE) núm. 1496/2002 de la Comisión, de 21 de agosto de 2002, por el que se modifican el anexo I (las normas de jurisdicción mencionadas en el apartado 2 del artículo 3 y en el apartado 2 del artículo 4) y el anexo II (la lista de tribunales competentes y autoridades) del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOCE, L, núm. 225, de 22 de agosto de 2002.**

DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

7. **Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. DOCE, L, núm. 80, de 23 de marzo de 2002.**

DIBUJOS Y MODELOS

8. **Reglamento (CE) núm. 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios. DOCE, L, núm. 3, de 5 de enero de 2002.**

Se regulan en el presente Reglamento el dibujo y el modelo comunitarios, que poseen los mismos efectos en el conjunto de la Comunidad, y que serán objeto de protección en tanto que registrados (por un plazo de cinco años, renovables hasta un máximo de veinticinco), si lo están conforme al procedimiento previsto en el Reglamento, y no registrados (por un plazo de tres años), si se hacen públicos conforme al procedimiento en él previsto. El Reglamento define, entre otras cuestiones, las características del dibujo y modelo; la determinación de la titularidad sobre el dibujo o modelo; las facultades que confiere el derecho a su titular; la consideración del mismo como integrante del patrimonio, susceptible de ser objeto de derechos reales, ejecución forzosa, y de quedar afectado por procedimientos de insolvencia. La solicitud de registro puede presentarse indistintamente ante la OAMI o el órgano central de la propiedad industrial de cualquier Estado miembro, que la transmitirá a aquélla; quedan regulados los efectos de la solicitud, la prioridad, así como el procedimiento de registro y los de renuncia y nulidad, para los cuales se considera competente a la OAMI, si bien queda abierta la posibilidad de recurso ante el TJCE. Para las acciones por infracción, o acciones de nulidad en relación con dibujos o modelos no registrados, los Estados miembros deberán designar unos Tribunales de Primera y Segunda instancia; la competencia judicial internacional se determinará de acuerdo con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, dentro de los límites impuestos por el propio Reglamento. En cuanto al fondo, es legislación aplicable de forma subsidiaria la nacional de cada Estado, incluidas sus normas de Derecho internacional privado.

EMPRESAS DE SEGUROS

9. **Directiva 2002/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de marzo de 2002, por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE del Consejo en lo que respecta a los requisitos del margen de solvencia de las empresas de seguros de vida. DOCE, L, núm. 77, de 20 de marzo de 2002.**
10. **Directiva 2002/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de marzo de 2002, por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE del Consejo en lo que respecta a los requisitos del margen de solvencia de las empresas de seguros distintos del seguro de vida. DOCE, L, núm. 77, de 20 de marzo de 2002.**

ETIQUETA ECOLÓGICA

11. **Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 2001, por la que se establece el plan de trabajo relativo a la etiqueta ecológica comunitaria (notificada con el número C [2001] 4395). DOCE, L, núm. 7, de 11 de enero de 2002.**

NOMBRES DE DOMINIO

12. **Reglamento (CE) núm. 733/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de abril de 2002, relativo a la aplicación del dominio de primer nivel «.eu». DOCE, L, núm. 113, de 30 de abril de 2002.**

El Reglamento tiene por objetivo aplicar el dominio territorial «.eu» en la Comunidad, fijando las condiciones de aplicación, incluida la designación de un Registro al que se confía la organización, administración y gestión del dominio. La Comisión, tras consultar al Registro y asistida por un Comité de comunicaciones, adoptará unas normas y principios de política de interés general relativas a la aplicación y a las funciones del dominio «.eu», con el fin, entre otros, de promover la resolución extrajudicial de los conflictos o evitar el registro especulativo y abusivo de nombres de dominio.

PROCEDIMIENTO ANTE TPICE

13. **Instrucciones prácticas a las partes. DOCE, L, núm. 87, de 4 de abril de 2002.**

El TPICE procede a dar instrucciones a los abogados y agentes de las partes acerca de cómo presentar escritos y documentos en la fase escrita ante el Tribunal, a fin de que sean tenidas en cuenta las limitaciones a que éste se encuentra sujeto, sobre todo por razones ligadas a la traducción y al tratamiento informático de los datos procesales.

REDES Y COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

14. **Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal). DOCE, L, núm. 108, de 24 de abril de 2002.**

Vid. id. loc. las Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso); Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización); Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).

Se considera «servicio universal» la prestación de un determinado conjunto mínimo de servicios a todos los usuarios finales a un precio asequible; la exigencia básica del servicio es proporcionar a los usuarios que lo soliciten conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y a un precio asequible. Es objeto de la Directiva garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y de buena calidad en toda la Comunidad, a través de una competencia y libertad de elección reales. Con este fin, la Directiva establece los derechos de los usuarios finales y las obligaciones correspondientes de que las empresas proporcionen redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Estas obligaciones, por cuyo cumplimiento han de velar los Estados miembros, comprenden la disponibilidad de los servicios que se enuncian, entre otros, el suministro de acceso desde una ubicación fija; servicios de información sobre números de abonados y guías; asequibilidad de la tarificación; medidas específicas para usuarios con discapacidad. Son derechos e intereses de los usuarios finales los relativos a la transparencia e información; a figurar en listas de abonados accesibles al público, incluso desde otros Estados miembros; a la integridad de la red; a números gratuitos de emergencia; a la conservación del número; al suministro de determinadas facilidades adicionales que se especifican. Los Estados miembros adoptarán y publicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas pertinentes para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva, a más tardar el 24 de julio de 2003.

RESPONSABILIDAD CIVIL

15. **Reglamento (CE) núm. 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. DOCE, L, núm. 140, de 30 de mayo de 2002.**

SEGURIDAD DE LOS PRODUCTOS

16. **Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos. DOCE, L, núm. 11, de 15 de enero de 2002.**

Con el objetivo de garantizar que los productos que se ponen en el mercado sean seguros, ha sido adoptada la presente Directiva, que no se superpone a las disposiciones comunitarias específicas ya existentes con el mismo objetivo sobre productos determinados. Se establece en ella como obligación de los productores la de poner en el mercado, exclusivamente, productos que sean seguros. Se considerará que un producto es seguro cuando, en ausencia de disposiciones comunitarias específicas, responda a la normativa nacional específica vigente en el Estado miembro en cuyo territorio se comercializa, establecida de acuerdo con el Tratado. En circunstancias distintas a las mencionadas, la seguridad se evaluará a la luz de una serie de elementos enumerados en la Directiva. La conformidad del producto con cualquiera de los dos estándares no excluye la facultad de las autoridades competentes de los Estados miembros para restringir su puesta en el mercado o exigir su retirada si, pese a tal confor-

midad, se considera peligroso. La Directiva añade otras obligaciones de productores y distribuidores, relativas a la información a los consumidores sobre los riesgos de los productos, así como la de adoptar las medidas pertinentes a fin de mantenerse informados acerca de ellos, actuando en consecuencia.

SOCIEDADES

17. **Recomendación de la Comisión, de 16 de mayo de 2002, sobre independencia de los auditores de cuentas en la UE: principios fundamentales [notificada con el número C(2002) 1873]. DOCE, L, núm. 191, de 19 de julio de 2002.**

TRATAMIENTO DE DATOS

18. **Decisión de la Comisión, de 27 de diciembre de 2001, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE [notificada con el número C(2001) 4540]. DOCE, L, núm. 6, de 10 de enero de 2002.**

Se aborda en la Decisión la adecuación de la protección otorgada por las cláusulas contractuales tipo establecidas en su Anexo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países.

19. **Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). DOCE, L, núm. 201, de 31 de julio de 2002.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

ABUSO DEL MERCADO

20. **Dictamen del Banco Central Europeo de 22 de noviembre de 2001 solicitado por el Consejo de la Unión Europea, acerca de una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) (CON/2001/38). DOCE, C, núm. 24, de 26 de enero de 2002.**

La Directiva propuesta responde a las conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000, incorporando como objetivo garantizar la integridad de los mercados financieros europeos, aumentar la confianza de los inversores en estos mercados, y establecer y aplicar normas comunes contra el abuso en ellos. El BCE considera que se trata de un paso importante para armonizar las normas internas, actualmente divergentes; celebra el recurso al procedimiento de comitología, que ofrece la flexibilidad necesaria para responder adecuada y

oportunamente al desarrollo dinámico de los mercados; apoya el extenso ámbito de aplicación del instrumento; se manifiesta acorde con sus líneas esenciales y su contenido; y realiza sugerencias en torno a puntos concretos, como es al fomento de la convergencia deseable en materia de prácticas de supervisión.

21. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado). DOCE, C, núm. 80, de 3 de abril de 2002.**

ACCIONES COLECTIVAS

22. **Comunicación de la Comisión conforme al apartado 3 del artículo 4 de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva. DOCE, C núm. 30, de 2 de febrero de 2002.**

ACUERDOS DE GARANTÍA FINANCIERA

Vid. núm. 1 de la presente crónica.

23. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre acuerdos de garantía financiera». DOCE, C, núm. 48, de 21 de febrero de 2002.**

El ambiente de incertidumbre jurídica que afecta a los sistemas de pago y liquidación de valores mobiliarios, a los bancos centrales y a los participantes en los mercados financieros, han conducido a la elaboración de esta propuesta de Directiva, que se sumará a la Directiva sobre firmeza en la liquidación a fin de reducir la incertidumbre señalada. El CES acepta y ve con agrado la existencia de mecanismos que agilicen y faciliten el proceso de prestación de garantías; considera, sin embargo, que determinados aspectos precisan mayor atención a fin de evitar el incumplimiento de principios de equilibrio del mercado y de igualdad de trato ante la ley. A esta observación de carácter general añade otras específicas, relativas a la precisión del ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la Directiva, y otros aspectos como la protección del prestador de la garantía en caso de insolvencia del beneficiario, o en caso de reestructuración financiera sin quiebra del deudor.

24. **Posición común (CE) núm. 32/2002, de 5 de marzo de 2002, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre acuerdos de garantía financiera. DOCE, C, núm. 119 E, de 22 de mayo de 2002.**

La posición común sigue el planteamiento de la propuesta de la Comisión, con algunas modificaciones del fondo y de la presentación del texto.

Los cambios principales se refieren al ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva; la constancia de los acuerdos de garantía financiera; la introducción de la técnica jurídica de «apropiación»; y la disposición relativa al conflicto de leyes.

25. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a acuerdos de garantía financiera [COM(2001) 168 - C5-0131/2001 - 2001/0086(COD)]. DOCE, C, núm. 177E, de 25 de julio de 2002.**

ADOPCIÓN

26. **E-2240/01, pregunta de María Rodríguez Ramos, Rosa Díez González y Raimon Obiols i Germà a la Comisión. Asunto: Suspensión de las adopciones internacionales en Rumanía. DOCE, C, núm. 134E, de 6 de junio de 2002.**

ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN

27. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros [COM(2001) 398 - C5-0471/2001 - 2001/2187(COS)]. DOCE, núm. 140E, de 13 de junio de 2002.**

El Parlamento Europeo analiza brevemente los logros y las rémoras en materia de armonización legislativa en el mercado interior, así como sus consecuencias sobre el establecimiento de relaciones transfronterizas y sobre los beneficios que de ellas se derivan para los consumidores; evalúa la evolución prevista para el futuro, lamentando que la Comisión, en su Comunicación COM 2001/398, haya limitado su objeto al derecho contractual privado; señala la conveniencia de recurrir al principio de reconocimiento mutuo como estrategia de integración, cuando ello sea posible; insta a la Comisión a adoptar un plan de acción cuyos elementos, tanto en cuanto a su contenido como respecto a su desarrollo temporal, expone en detalle.

ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

28. **Tercera actualización de las informaciones de los Estados miembros de conformidad con el apartado 1 del artículo 23 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. DOCE, C, núm. 13, de 17 de enero de 2002.**
29. **Propuesta de decisión del Consejo relativa a la creación de una Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil [COM(2000) 592 - C5-0561/2000 - 2000/0240(CNS)]. DOCE, C, núm. 21E, de 24 de enero de 2002.**

30. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de decisión del Consejo relativa a la creación de una Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil [COM(2000) 592 - C5-0561/2000 - 2000/0240(CNS)].** DOCE, C, núm. 21E, de 24 de enero de 2002.

BIENES CULTURALES

31. **Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación del Reglamento (CEE) núm. 3911/92 del Consejo, relativo a la exportación de bienes culturales, y de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro [COM(2000) 325 — C5-0509/2000 — 2000/2246(COS)].** DOCE, C, núm. 53E, de 28 de febrero de 2002.

COMPETENCIA

32. **Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, (CEE) núm. 2988/74, (CEE) núm. 4056/86 y (CEE) núm. 3975/87 (Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado) [COM(2000) 582 - C5-0527/2000 - 2000/0243(CNS)].** DOCE, C, núm. 72E, de 21 de marzo de 2002.
33. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, (CEE) núm. 2988/74, (CEE) núm. 4056/86 y (CEE) núm. 3975/87 (Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado) [COM(2000) 582 - C5-0527/2000 - 2000/0243(CNS)].** DOCE, C, núm. 72E, de 21 de marzo de 2002.
34. **E-3126/01. Pregunta de Piia-Noora Kauppi a la Comisión. Asunto: Armonización de la legislación en materia de competencia.** DOCE, C, núm. 147E, de 20 de junio de 2002.

COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Vid. núm. 14 de esta crónica

35. **Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas [COM(2000) 392 - C5-0429/2000 - 2000/0183(COD)].** DOCE, C, núm. 53E. de 28 de febrero de 2002.

36. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas [COM(2000) 392 - C5-0429/2000 - 2000/0183(COD)]. DOCE, C, núm. 53E, de 28 de febrero de 2002.**
37. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco) [10420/1/2001 - C5-0415/2001 - 2000/0184(COD)]. DOCE, C, núm. 177 E, de 25 de julio de 2002.**
38. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso a las redes de comunicación electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva Acceso) [10418/1/2001 - C5-0416/2001 - 2000/0186(COD)]. DOCE, C, núm. 177 E, de 25 de julio de 2002.**
39. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Autorización) [10419/1/2001 - C5-0417/2001 - 2000/0188(COD)]. DOCE, C, núm. 177 E, de 25 de julio de 2002.**
40. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Servicio Universal) [10421/1/2001 - C5-0418/2001 - 2000/0183(COD)]. DOCE, C, núm. 177 E, de 25 de julio de 2002.**

EMPRESA DE DIMENSIÓN COMUNITARIA

41. **Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la situación de la aplicación de la Directiva sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994) [COM(2000) 188 - C5-0437/2000 - 2000/2214(COS)]. DOCE, C, núm. 72E, de 21 de marzo de 2002.**

ESPAZIO JUDICIAL EUROPEO

42. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece un marco general**

para las actividades comunitarias con el fin de facilitar la puesta en práctica de un espacio judicial europeo en materia civil». DOCE, C núm. 36, de 8 de febrero de 2002.

43. **Propuesta modificada de Reglamento del Consejo por el que se establece un marco general para las actividades comunitarias con el fin de facilitar la puesta en práctica de un espacio judicial europeo en materia civil.** DOCE, C, núm. 51E, de 26 de febrero de 2002.

Vid. Propuesta de referencia en DOCE, C, núm. 213E, de 31 de julio de 2001.

44. **Iniciativa de los Gobiernos de la República Francesa, del Reino de Suecia y del Reino de Bélgica encaminada a que el Consejo adopte una decisión marco relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo y de aseguramiento de pruebas [5126/2001 - C5-0055/2001 - 2001/0803(CNS)].** DOCE, C, núm. 77E, de 28 de marzo de 2002.
45. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Iniciativa de los Gobiernos de la República Francesa, del Reino de Suecia y del Reino de Bélgica encaminada a que el Consejo adopte una decisión marco relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes o de pruebas [5126/2001 - C5-0055/2001 - 2001/0803(CNS)].** DOCE, C, núm. //E, de 28 de marzo de 2002.
46. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental».** DOCE, C, núm. 80, de 3 de abril de 2002.

El CES acoge positivamente el amplio ámbito de aplicación de la propuesta de Reglamento, al que espera se sumen el Reino Unido e Irlanda; acoge del mismo modo el inicio de la aprobación del convenio de La Haya de 1996, y señala con satisfacción que la Comisión prevea normas específicas para las necesidades de la UE en su conjunto, que prevaldrán sobre las del Convenio; lamenta que no se recoja directamente el derecho del menor a ser oído; acusa que el tema de los costes sólo sea abordado de manera parcial; apreciando que la cooperación entre autoridades centrales en los casos de responsabilidad parental contemplados en el Reglamento 1347/2000 no ha sido enteramente satisfactoria, subraya la necesidad de que la Comisión se centre en la mejora de la profundidad y la calidad de dicha cooperación; señala que las autoridades centrales deberán promover el acuerdo entre los titulares de la patria potestad, porque ello sólo puede ir en beneficio de los menores interesados.

47. **Propuesta de Directiva del Consejo destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita y otros aspectos financieros vinculados a los juicios civiles [COM(2002) 13 final - 2002/0020(CNS)].** DOCE, C, núm. 103 E, de 30 de abril de 2002.

La propuesta de Directiva tiende a garantizar un nivel adecuado de justicia gratuita en los asuntos transfronterizos, para lo cual es preciso fijar algunas normas mínimas comunes. Los ciudadanos de la Unión deben poder beneficiarse de la justicia gratuita, cualquiera que sea su lugar de residencia, si cumplen las condiciones previstas en la Directiva; lo mismo, los nacionales de terceros países con residencia legal en la Unión. La justicia gratuita debe cubrir todo el proceso, incluidos recursos y ejecución. Dinamarca no queda sujeta a la Directiva.

48. **Propuesta de reglamento del Consejo por el que se establece un marco general para las actividades comunitarias con el fin de facilitar la puesta en práctica de un espacio judicial europeo en materia civil [COM(2001) 221 - C5-0254/2001 - 2001/0109(CNS)].** DOCE, C, núm. 112E, de 9 de mayo de 2002.
49. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a establecimiento de un marco general para las actividades comunitarias con el fin de facilitar la puesta en práctica de un espacio judicial europeo en materia civil [COM(2001) 221 - C5-0254/2001 - 2001/0109(CNS)].** DOCE, C, núm. 112E, de 9 de mayo de 2002.
50. **Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados [COM(2002) 159 final - 2002/0090(CNS)].** DOCE, C, núm. 203E, de 27 de agosto de 2002.
51. **Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) núm. 44/2001 en materia de alimentos [COM(2002) 222 final - 2002/0110(CNS)].** DOCE, C, núm. 203E, de 27 de agosto de 2002.

INSOLVENCIA DEL EMPRESARIO

52. **Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario [COM(2000) 832 - C5-0017/2001-2001/0008(COD)].** DOCE, C, núm. 153E, de 27 de junio de 2002.
53. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario [COM(2000) 832 - C5-0017/2001-2001/0008(COD)].** DOCE, C, núm. 153E, de 27 de junio de 2002.

INSTITUCIONES

54. **Resolución del Parlamento Europeo sobre el proceso constitucional y el futuro de la Unión [2001/2180(INI)]. DOCE, C, núm. 153E, de 27 de junio de 2002.**

MATRIMONIO

55. **E-1829/01, pregunta de Lousewies van der Laan a la Comisión.**
Asunto: Reconocimiento del matrimonio y progresos hacia la igualdad de trato. DOCE, C, núm. 40E, de 14 de febrero de 2002.
56. **P-2438/01, pregunta de Kathalijne Buitenweg a la Comisión.**
Asunto: Consecuencias de la introducción en los Países Bajos del matrimonio entre parejas del mismo sexo. DOCE, C, núm. 93E, de 18 de abril.
57. **E-1830/01, pregunta de Lousewies van der Laan al Consejo.**
Asunto: Reconocimiento del matrimonio y progresos hacia la igualdad de trato. DOCE, C, núm. 115E, de 16 de mayo de 2002.
58. **E-2400/01, pregunta de Erik Meijer a la Comisión.** Asunto: Presiones marroquíes para reducir a los quince años la edad mínima de la mujer de nacionalidad de un Estado miembro de la UE para poder contraer matrimonio. DOCE, C, núm. 115E, de 16 de mayo de 2002.

MAYOR Y MENOR EDAD

59. **E-2821/01, pregunta de Stavros Xarchakos a la Comisión.** Asunto: Definición de los conceptos «mayor de edad» y «menor de edad» en la UE. DOCE, C, núm. 93E, de 18 de abril de 2002.

MERCADOS REGULADOS

60. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre el texto conjunto, aprobado por el Comité de Conciliación, de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de Derecho de sociedades relativa a las ofertas públicas de adquisición [C5-0221/2001 - 1995/0341(COD)]. DOCE, C, núm. 65E, de 14 de marzo de 2002.**
61. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el prospecto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores», DOCE, C, núm. 80, de 3 de abril de 2002.**

El CES acusa el hecho de que la Comisión no haya consultado a profesionales de los mercados financieros antes de adoptar la propuesta de Direc-

tiva: de este defecto se deriva que en ocasiones la Directiva no revele un conocimiento suficiente de prácticas legales y mercantiles satisfactorias que ya existen, tal y como se explica en el Informe. El CES acusa igualmente que los encomiables y acertados objetivos de la Directiva no guardan siempre la debida coherencia con el articulado: así ocurre en relación con la armonización de las exenciones que facilitan las inversiones institucionales y privadas; con la aplicación del principio del Estado de origen; con el sistema de autorización permanente obligatoria, y otros puntos que se detallan en el Informe, y que conducen al CES a aconsejar el ajuste del articulado, so pena de un resultado que impida la integración del mercado.

NOMBRES DE DOMINIO

Vid. núm. 12 de esta crónica.

62. **Posición común (CE) núm. 9/2002, de 6 de noviembre de 2001, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la aplicación del dominio de primer nivel «.eu».** DOCE, C, núm. 45 E, de 19 de febrero de 2002.
63. **E-1315/01, pregunta de Theresa Villiers a la Comisión.** Asunto: Nombre de dominio «eu». DOCE, C, núm 40E, de 14 de febrero de 2002.
64. **Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la implantación del dominio de nivel superior de Internet.EU [COM(2000) 827 - C5-0715/2000 - 2000/0328(COD)].** DOCE, C, núm. 65E, de 14 de marzo de 2002.
65. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la implantación del dominio de nivel superior de Internet .EU [COM(2000) 827 - C5-0715/2000 - 2000/0328(COD)].** DOCE, C, núm. 65E, de 14 de marzo de 2002.
66. **E-2630/01, pregunta de Elly Plooij-van Gorsel y Jules Maaten a la Comisión** Asunto: Nombres de dominios Internet. DOCE, C, núm. 134E, de 6 de junio de 2002.
67. **E-2630/01, pregunta de Elly Plooij-van Gorsel y Jules Maaten a la Comisión.** Asunto: Nombres de dominios Internet. DOCE, C, núm. 134E, de 6 de junio de 2002.

OMC

68. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la cuarta Conferencia Ministerial de la OMC [2001/2028(INI)].** DOCE, C, núm. 112E, de 9 de mayo de 2002.

PAGOS TRANSFRONTERIZOS

69. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Proyecto de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los pagos transfronterizos en euros». DOCE, C, núm. 48, de 21 de febrero de 2002.**
70. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los pagos transfronterizos en euros [COM(2001) 439 - C5-0379/2001 - 2001/0174(COD)]. DOCE, núm. 140E, de 13 de junio de 2002.**
71. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los pagos transfronterizos en euros [COM(2001) 439 - C5-0379/2001 - 2001/0174(COD)]. DOCE, núm. 140E, de 13 de junio de 2002.**
72. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los pagos transfronterizos en euros [14562/2001 - C5-0639/2001 - 2001/0174(COD)]. DOCE, C, núm. 177 E, de 25 de julio de 2002.**

PEQUEÑA EMPRESA

73. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema «Carta Europea de la Pequeña Empresa». DOCE, C, núm. 48, de 21 de febrero de 2002.**
74. **Comunicación sobre la aplicación del plan de ayuda inicial del MET, el mecanismo de garantía PYME y la acción de financiación de siembra, en el marco del programa plurianual en favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular para las pequeñas y medianas empresas (PYME) (2001-2005). DOCE, C núm. 54, de 1 de marzo de 2002.**
75. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre «El acceso de las PYME a un estatuto de Derecho europeo». DOCE, C núm. 125, de 27 de mayo de 2002.**

Analizadas las necesidades de las PYME en el contexto de la integración europea, el CES confirma el interés del acceso a un estatuto de derecho europeo, e insta a su rápida introducción, a fin de que quede garantizada la igualdad de trato con las empresas más importantes. El estatuto deberá evitar el riesgo de las imposiciones múltiples y ofrecer gran flexibilidad jurídica.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

76. **Resolución del Parlamento Europeo sobre el documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre la problemática del ago-**

- tamiento del derecho de marca [SEC(1999) 2033 - C5-0354/2000 - 2000/2187(COS)]. DOCE, C, núm. 87E, de 11 de abril de 2002.**
77. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador [COM(2002) 92 final - 2002/0047(COD)]. DOCE, C, núm. 151E, de 25 de junio de 2002.**
78. **E-2494/01, pregunta de Glenys Kinnock a la Comisión. Asunto: Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Industrial relacionados con el Comercio (ADPIC). DOCE, C, núm. 160E, de 4 de julio de 2002.**
79. **E-2572/01, pregunta de Paulo Casaca a la Comisión. Asunto: Protección de denominaciones de origen fuera del territorio comunitario. DOCE, C, núm. 160E, de 4 de julio de 2002.**
80. **Corrección de errores de la rectificación de las estructuras de control comunicadas por los Estados miembros con arreglo al apartado 2 del artículo 10 del Reglamento (CEE) núm. 2081/92 relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas e alimenticios (DO C 69 de 18.3.2002). DOCE, núm. 170, de 16 de julio de 2002.**
81. **Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 2081/92 relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios [COM(2002) 139 final - 2002/0066(CNS)]. DOCE, C, núm. 181 E, de 30 de julio de 2002.**

PROPIEDAD INTELECTUAL

82. **Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre determinados aspectos jurídicos vinculados a las obras cinematográficas y a otras producciones del sector audiovisual. DOCE, C, núm. 43, de 16 de febrero de 2002.**

En el marco de la política audiovisual comunitaria, que responde al propósito principal de salvaguardar objetivos de interés público como el pluralismo, la diversidad cultural y lingüística y la protección de menores, la Comisión ofrece una serie de orientaciones estratégicas o principios a seguir en aplicación de las normas sobre ayudas estatales al sector cinematográfico, al tiempo que determina las medidas que conviene adoptar y las áreas en las que es preciso proseguir la reflexión a fin de crear un entorno favorable para la producción y distribución de obras audiovisuales.

83. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre el texto conjunto, aprobado por el Comité de Conciliación, de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original**

[C5-0220/2001 - 1996/0085(COD)]. DOCE, C, núm. 65E, de 14 de marzo de 2002.

84. **E-3094/01, pregunta de Stavros Xarchakos a la Comisión. Asunto: Piratería de discos compactos (CD). DOCE, C, núm. 93E, de 18 de abril.**
85. **E-3369/01, pregunta de Toine Manders a la Comisión. Asunto: Directiva contra la piratería. DOCE, C, núm. 134E, de 6 de junio de 2002.**
86. **E-0181/02, pregunta de Stavros Xarchakos a la Comisión. Asunto: Respuestas de la Comisión sobre la piratería de discos compactos. DOCE, C, núm. 160E, de 4 de julio de 2002.**
87. **E-2175/01, pregunta de Avril Doyle a la Comisión. Asunto: Diferencias entre los EE.UU. y la UE en relación con los derechos de propiedad intelectual. DOCE, C, núm. 160E, de 4 de julio de 2002.**
88. **E-2811/01, pregunta de Bill Miller a la Comisión. Asunto: Remuneración por actuaciones grabadas de los artistas. DOCE, C, núm. 160E, de 4 de julio de 2002.**
89. **E-0182/02, pregunta de Stavros Xarchakos a la Comisión. Asunto: Organismos de gestión colectiva y propiedad intelectual. DOCE, C, núm. 160E, de 4 de julio de 2002.**
90. **Dictamen del Comité de las Regiones sobre la «Comunicación de la Comisión Europea al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre determinados aspectos jurídicos vinculados a las obras cinematográficas y a otras producciones del sector audiovisual». DOCE, C, núm. 192, de 12 de agosto de 2002.**
91. **E-0939/02 de Christopher Huhne a la Comisión. Asunto: Derechos de marca. DOCE, C, núm. 205 E, de 29 de agosto de 2002.**

PROTECCIÓN DE DATOS Y DE LA INTIMIDAD

92. **Resolución del Consejo de 28 de enero de 2002 relativa a un enfoque común y a acciones específicas en materia de seguridad de las redes y de la información. DOCE, C, núm. 43, de 16 de febrero de 2002.**

Considerando que las redes y los sistemas de comunicación constituyen un factor determinante para el desarrollo económico y social, y al tiempo, que una confianza escasa en la seguridad de las transacciones y los datos puede frenar el crecimiento de estos servicios, el Consejo solicita la colaboración de los Estados miembros, a fin de que desarrollen campañas de sensibilización e información del público en este ámbito, a la vez que fomentan las mejores prácticas en la gestión de la seguridad de la información.

93. **E-2281/01, pregunta de Mihail Papayannakis a la Comisión.** Asunto: **Acuerdos para la protección de los datos personales en Internet.** DOCE, C, núm. 40E, de 14 de febrero de 2002.
94. **Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas [COM(2000) 385 - C5-0439/2000 - 2000/0189(COD)].** DOCE, C, núm. 72E, de 21 de marzo de 2002.
95. **Posición común (CE) núm. 26/2002, de 28 de enero de 2002, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.** DOCE, C, núm. 113 E, de 14 de mayo de 2002.

La propuesta de Directiva forma parte de un conjunto de propuestas relativa a un marco reglamentario para las infraestructuras de las comunicaciones electrónicas y servicios asociados, adoptado por la Comisión en 2000 con objeto de adaptar la legislación comunitaria a los cambios sufridos por el sector de las telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnología de la información. Su objetivo no es modificar radicalmente el contenido de la Directiva existente en la materia, sino sólo adaptar y actualizar sus disposiciones. El Consejo acoge favorablemente la propuesta, si bien introduce en ella ciertas modificaciones que atienden a preocupaciones como la de reforzar el nivel de protección de usuarios y abonados; o bien, que considera precisas a la luz de las graves amenazas puesta de manifiesto por los acontecimientos del 11S. El Consejo acepta ciertas enmiendas del Parlamento, y excluye otras que se distanciaban de la propuesta de la Comisión.

96. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas [COM(2000) 385 - C5-0439/2000 - 2000/0189(COD)].** DOCE, núm. 140E, de 13 de junio de 2002.
97. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas [COM(2000) 385 - C5-0439/2000 - 2000/0189(COD)].** DOCE, núm. 140E, de 13 de junio de 2002.
98. **Protección de Datos en la Comunidad: la Comisión Europea solicita opiniones sobre la aplicación de una legislación sobre el respeto de la intimidad.** DOCE, C, núm. 150, de 22 de junio de 2002.
99. **E-3543/01, pregunta de Cristiana Muscardini a la Comisión.** Asunto: **Vida privada y comercio electrónico.** DOCE, C, núm. 205 E, de 29 de agosto de 2002.

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

100. **P-2173/01, pregunta de Helena Torres Marques a la Comisión.**
Asunto: Mercado interior y sistema de pago mediante tarjeta de crédito en la zona del euro. DOCE, C, núm. 40E, de 14 de febrero de 2002.
101. **Resolución del Parlamento Europeo sobre el documento de trabajo de la Comisión sobre la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (Recomendación 98/257/CE), conclusiones del Consejo Europeo de Tampere [SEC(2000) 405 - 2000/2209(INI)].**
DOCE, C, núm. 65E, de 14 de marzo de 2002.

El Parlamento Europeo acoge favorablemente la iniciativa de la Comisión, aunque la considera limitada; hace hincapié en que en la primera instancia se debería intentar solucionar los litigios directamente entre los consumidores y los operadores comerciales; pide a la Comisión que considera la introducción de una Carta de «mejores prácticas» para mejorar la educación de los consumidores en el consumo; señala a la Comisión una serie de puntos a tomar en consideración de cara a la futura Red EJE.

102. **E-1789/01, pregunta de Jaime Valdivielso de Cué a la Comisión.**
Asunto: Protección a consumidores. DOCE, C, núm. 81E, de 4 de abril de 2002.
103. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la recomendación de la Comisión relativa a la información precontractual que las entidades crediticias que ofrezcan préstamos vivienda deben suministrar a los consumidores [C5-0256/2001 - 2001/2121(COS)].**
DOCE, C, núm. 87E, de 11 de abril de 2002.

El Parlamento Europeo se congratula de que se haya podido celebrar a escala europea un acuerdo entre las federaciones bancarias y las asociaciones de consumidores sobre la estandardización de la información que debe ser puesta a disposición del consumidor antes de la conclusión del contrato; destaca la notable contribución de la Comisión en la elaboración de un código o régimen voluntario en este sentido, aunque critica la escasa transparencia de las prolongadas negociaciones previas al código, solicitando que el Parlamento sea informado regularmente sobre el progreso de futuras negociaciones.

104. **E-2216/01, pregunta de Adriana Poli Bortone a la Comisión.**
Asunto: Opciones del consumidor. DOCE, C, núm. 93E, de 18 de abril de 2002.
105. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea» [COM(2001) 531 final].**
DOCE, C, núm. 125, de 27 de mayo.
106. **E-2357/01, pregunta de Fernando Fernández Martín a la Comisión.**
Asunto: Medidas de protección en el régimen de la multipropiedad. DOCE, C, núm. 134E, de 6 de junio de 2002.

PROTECCIÓN DE LOS MENORES

107. **E-0715/02, pregunta de Guido Podestà y Raffaele Lombardo a la Comisión. Asunto: Derechos de los menores y parejas homosexuales. DOCE, C, núm. 205 E, de 29 de agosto de 2002.**

RESPONSABILIDAD CIVIL

Vid. núm. 15 de esta crónica.

108. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2027/97 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente [COM(2000) 340 - C5-0294/2000 - 2000/0145(COD)]. DOCE, C, núm. 21 E, de 24 de enero de 2002.**
109. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2027/97 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente [COM(2000) 340 - C5-0294/2000 - 2000/0145(COD)]. DOCE, C, núm. 21E, de 24 de enero de 2002.**
110. **E-2105/01, pregunta de Paulo Casaca a la Comisión. Asunto: Acuerdo de la aviación comercial para reducir los derechos de los pasajeros. DOCE, C, núm. 40E, de 14 de febrero de 2002.**
111. **Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP), DOCE, C, núm. 51E, de 26 de febrero de 2002.**

Propuesta por la que se autoriza a los Estados miembros, con la salvedad de lo concerniente a Dinamarca, a firmar y ratificar el Convenio «SNP», incluyendo no obstante la reserva pertinente a los efectos de salvaguardar las reglas de competencia judicial internacional previstas en el Reglamento CE núm. 44/2001 del Consejo, relativo a la competencia judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

112. **Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar y ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, 2001 (Convenio «combustible de los buques»). DOCE, C, núm. 51E, de 26 de febrero de 2002.**

Propuesta por la que se autoriza a los Estados miembros, con la salvedad de lo concerniente a Dinamarca, a firmar y ratificar el Convenio «combustible

de los buques», incluyendo no obstante la reserva pertinente a los efectos de salvaguardar las reglas de competencia judicial internacional previstas en el Reglamento CE núm. 44/2001 del Consejo, relativo a la competencia judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

113. **Posición común (CE) núm. 14/2002, de 19 de diciembre de 2001, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2027/97 del Consejo, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.** DOCE, C, núm. 58 E, de 5 de marzo de 2002.
114. **Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones a la Comisión sobre una Quinta Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles, para mejorar la protección jurídica de las víctimas de los accidentes de tráfico [2000/2126(INI)].** DOCE, C, núm. 65E, de 14 de marzo de 2002.

SEGUROS

Vid. núms. 9 y 10 de esta crónica.

115. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE del Consejo por lo que respecta a los requisitos del margen de solvencia para las empresas de seguros de vida [COM(2000) 617 - C5-0557/2000 - 2000/0249(COD)].** DOCE, C, núm. 65E, de 14 de marzo de 2002.
116. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE del Consejo por lo que respecta a los requisitos del margen de solvencia para las empresas de seguros de vida [COM(2000) 617 - C5-0557/2000 - 2000/0249(COD)].** DOCE, C, núm. 65E, de 14 de marzo de 2002.
117. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE del Consejo por lo que respecta a los requisitos del margen de solvencia para las empresas de seguros no de vida [COM(2000) 634 - C5-0558/2000 - 2000/0251(COD)].** DOCE, C, núm. 65E, de 14 de marzo de 2002.
118. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE del Consejo por lo que respecta a los requisitos del margen de solvencia para las empresas de seguros no de vida [COM(2000) 634 - C5-0558/2000 - 2000/0251(COD)].** DOCE, C, núm. 65E, de 14 de marzo de 2002.

119. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mediación en los seguros [COM(2000) 511 - C5-0484/2000 - 2000/0213(COD)]. DOCE, C, núm. 140E, de 13 de junio de 2002.**
120. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mediación en los seguros [COM(2000) 511 - C5-0484/2000 - 2000/0213(COD)]. DOCE, núm. 140E, de 13 de junio de 2002.**
121. **Posición común (CE) núm. 34/2002, de 18 de marzo de 2002, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mediación en los seguros. DOCE, C, núm. 145E, de 18 de junio de 2002.**
122. **Comunicación en virtud del artículo 5 del Reglamento (CEE) núm. 1534/91 del Consejo, de 31 de mayo de 1991, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros. DOCE, C, núm. 163 A, de 9 de julio de 2002.**
123. **Posición común (CE) núm. 43/2002, de 27 de mayo de 2002, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el seguro de vida. DOCE, C, núm. 170E, de 16 de julio de 2002.**

SERVICIOS FINANCIEROS A DISTANCIA

124. **Posición común (CE) núm. 16/2002, de 19 de diciembre de 2001, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento y del Consejo, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican las Directivas del Consejo 90/619/CEE y 97/7/CE y 98/27/CE. DOCE, núm. C 58 E, de 5 de marzo de 2002.**

La comercialización de servicios financieros a distancia se considera uno de los principales resultados tangibles de la realización del mercado interior: es beneficioso para los consumidores poder acceder sin discriminación a la gama más amplia posible de servicios financieros, de manera que quede garantizado su derecho de elección, con independencia de la ubicación del proveedor de servicios en el mismo Estado de residencia que el consumidor. La elaboración del Libro Verde «Servicios financieros: cómo satisfacer las expectativas de los consumidores» ha puesto de manifiesto la necesidad de una protección reforzada del consumidor en este ámbito. Con este propósito, la propuesta establece un conjunto de derechos no dispositivos, centrados en el contenido de la información (sobre el proveedor, el servicio financiero, el contrato a distancia y las

vías de resolución de controversia) y el soporte de la misma; el derecho de rescisión del contrato por la parte débil; los medios de pago; rechazo de servicios no solicitados y prohibición de vías de comunicación no consentidas por el consumidor. Se requiere de los Estados, además, el fomento de las vías extrajudiciales de resolución de litigios, y la adopción de sanciones administrativas en caso de incumplimiento por parte del proveedor de los servicios.

125. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre comercio electrónico y servicios financieros [COM(2001) 66 - C5-0257/2001 - 2001/2119(COS)].** DOCE, C, núm. 87E, de 11 de abril de 2002.

SOCIEDADES

126. **Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo en lo que se refiere a las normas de valoración aplicables en las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedad [COM(2000) 80 - C5-0106/2000 - 2000/0043(COD)].** DOCE, C, núm. 34E, de 7 de febrero de 2002.
127. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE en lo que se refiere a las normas de valoración aplicables en las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedad [COM(2000) 80 - C5-0106/2000 - 2000/0043(COD)].** DOCE, C, núm. 34E, de 7 de febrero de 2002.

SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

128. **Proyecto de Reglamento del Consejo sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) [14886/2000 - C5-0092/2001 - 1989/0218(CNS)].** DOCE, C, núm. 72E, de 21 de marzo de 2002.
129. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre el proyecto de reglamento del Consejo sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) [14886/2000 - C5-0092/2001 - 1989/0218(CNS)].** DOCE, C, núm. 72E, de 21 de marzo de 2002.
130. **Proyecto de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores [14732/2000 - C5-0093/2001 - 1989/0219(CNS)].** DOCE, C, núm. 72E, de 21 de marzo de 2002.
131. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre el proyecto de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores [14732/2000 - C5-0093/2001 - 1989/0219(CNS)].** DOCE, C, núm. 72E, de 21 de marzo de 2002.

TRANSPORTES

132. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera, DOCE, C, núm. 51E, de 26 de febrero de 2002.**

La propuesta de Reglamento establece normas sobre el tiempo de conducción, pausas y períodos de descanso para los conductores dedicados al transporte por carretera de mercancías y viajeros con el fin de armonizar las condiciones de competencia entre métodos de transporte terrestre, especialmente en lo que se refiere al sector de la carretera, y de mejorar las condiciones de trabajo y la seguridad vial.

II. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

133. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de noviembre de 2001 en el asunto T-139/98: Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) contra Comisión de las Comunidades Europeas («Competencia – Artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE) – Abuso de posición dominante – Sector de los cigarrillos en Italia – Contrato de distribución – Cláusulas abusivas – Comportamientos abusivos – Reducción de la multa»). DOCE, C, núm. 44, de 16 de febrero de 2002.**

ACUERDO DE ASOCIACIÓN-EFECTOS SOBRE CONTRATOS

134. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de enero de 2002 en el asunto C-162/00 (Petición de decisión prejudicial del Bundesgericht: Land Nordrhein-Westfalen contra Beata Pokrzep-towicz-Meyer («Relaciones exteriores – Acuerdo de asociación Comunidades/Polonia – Interpretación del artículo 37, apartado 1, primer guión – Prohibición de discriminación basada en la nacionalidad en lo que respecta a las condiciones de trabajo o despido de trabajadores polacos contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro – Contrato de trabajo de un lector de lengua extranjera celebrado por una duración determinada – Efecto de la entrada en vigor del Acuerdo de asociación en tal contrato»). DOCE, C, núm. 97, de 20 de abril de 2002.**

CLÁUSULAS ABUSIVAS

135. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 24 de enero de 2002 en el asunto C-372/99: Comisión de las Comunidades Euro-**

peas contra República Italiana (Incumplimiento de Estado – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Medios para que cese la utilización de dichas cláusulas). DOCE, C, núm. 84, de 6 de abril de 2002.

136. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de mayo de 2002 en el asunto C-478/99: Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Suecia («Incumplimiento de Estado – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Obligación de reproducir en la legislación nacional la lista de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, que figura en el anexo de la Directiva 93/13»). DOCE, C, núm. C144, de 15 de junio de 2002.**

COMPETENCIA

137. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002 en el asunto T-9/99: HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas («Competencia – Prácticas colusorias – Tubos de calefacción urbana – Artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE) – Boicot – Multa – Directrices para el cálculo de las multas – Excepción de ilegalidad – Irretroactividad – Derecho de defensa – Comunicación sobre la cooperación»). DOCE, C, núm. 156, de 29 de junio de 2002.**
138. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002 en el asunto T-15/99: Brugg Rohrsysteme GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas («Competencia – Prácticas colusorias – Tubos de calefacción urbana – Artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE) – Boicot – Multa – Directrices para el cálculo de las multas – Irretroactividad – Confianza legítima»). DOCE, C, núm. 156, de 29 de junio de 2002.**
139. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002 en el asunto T-16/99: Lögstör Rör (Deutschland) contra Comisión de las Comunidades Europeas («Competencia – Prácticas colusorias – Tubos de calefacción urbana – Artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE) – Boicot – Acceso al expediente – Multa – Directrices para el cálculo de las multas – Irretroactividad – Confianza legítima»). DOCE, C, núm. 156, de 29 de junio de 2002.**
140. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002 en el asunto T-21/99: Dansk Rørindustri A/S contra Comisión de las Comunidades Europeas («Competencia – Prácticas colusorias – Tubos de calefacción urbana – Artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE) – Boicot – Multa – Directrices para el cálculo de las multas»). DOCE, C, núm. 156, de 29 de junio de 2002.**

CONCEPTO DE «ACTIVIDAD ECONÓMICA»

141. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2001 en el asunto C-268/99: Aldona Małgorzata Jany y otras contra Staatssecretaris van Justitie («Relaciones exteriores – Acuerdos de asociación Comunidades/Polonia y Comunidades/República Checa – Libertad de establecimiento – Concepto de actividad económica – Inclusión o no de la actividad de prostitución»).** DOCE, C, núm. 3, de 5 de enero de 2002.

CONTRATOS DE LA COMISIÓN

142. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de noviembre de 2001 en el asunto C-59/99: Comisión de las Comunidades Europeas, contra Manuel Pereira Roldão & Filhos, L.ª, Instituto Superior Técnico, y King, Taudevin & Gregson (Holdings) Ltd. («Cláusula compromisoria – Devolución de anticipos pagados en el marco de un contrato resuelto por la Comisión por incumplimiento»).** DOCE, C, núm. 3, de 5 de enero de 2002.
143. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de septiembre de 2001 en el asunto T-26/00: Lecureur S.A. contra Comisión de las Comunidades Europeas (Reglamento [CE] núm. 2519/97 de la Comisión – Ayuda alimentaria – Cláusula compromisoria – Naturaleza contractual del litigio – No conformidad de la mercancía entregada – Robos en los almacenes – Transmisión de los riesgos – Retenciones sobre los pagos).** DOCE, C, núm. 3, de 5 de enero de 2002.

CONSUMIDORES

144. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de noviembre de 2001 en los asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99: Cape Snc contra Idealservice Srl (C-541/99) e Idealservice MN RE Sas contra OMAI Srl (C-542/99) («Artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE – Concepto de consumidor – Empresa que celebra un contrato tipo con otra empresa para la adquisición de bienes o la obtención de servicios en beneficio exclusivo de sus propios empleados»).** DOCE, C, núm. 17, de 19 de enero de 2002.
145. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de diciembre de 2001 en el asunto C-481/99 (Petición de decisión prejudicial del Bundesgerichtshof): Georg Heininger y Helga Heininger contra Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG («Protección de los consumidores – Venta a domicilio – Derecho de revocación – Contrato de crédito con garantía real»).** DOCE, C, núm. 44, de 16 de febrero de 2002.

CONVENIO DE BRUSELAS

146. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 27 de febrero de 2002 en el asunto C-37/00 (Petición de decisión prejudicial del**

Hoge Raad der Nederlanden): Herbert Weber contra Universal Ogdens Services Ltd. («Convenio de Bruselas – Artículo 5, número 1 – Tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación contractual – Contrato de trabajo – Lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo – Concepto – Trabajo realizado en parte en una instalación situada en la plataforma continental adyacente a un Estado contratante y en parte en el territorio de otro Estado contratante»). DOCE, C, núm. 109, de 4 de mayo de 2002.

147. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002 en el asunto C-256/00 (Petición de decisión prejudicial de la Cour d'appel de Bruxelles): Besix S.A. contra Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG), Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & Co. KG (Plafog)** («Convenio de Bruselas – Artículo 5, número 1 – Competencia en materia contractual – Lugar de cumplimiento de la obligación – Obligación de no hacer aplicable sin limitación geográfica – Compromiso de dos sociedades de no vincularse con otras empresas en relación con un contrato público – Aplicación del artículo 2»). DOCE, C, núm. 118, de 18 de mayo de 2002.
148. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 6 de junio de 2002 en el asunto C-80/00 (Petición de decisión prejudicial del Bundesgerichtshof): Italian Leather SpA contra WECO Polstermöbel GmbH & Co.** («Convenio de Bruselas – Artículo 27, número 3 – Concepto de resolución inconciliable – Modalidades de ejecución en el Estado requerido»). DOCE, C, núm. 180, de 27 de julio de 2002.
149. **Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de marzo de 2002 en el asunto C-69/02 (Petición de decisión prejudicial del Tribunal de paix de Luxembourg): Tilly Reichling contra Léon Wampach** («Convenio de Bruselas – Protocolo relativo a la interpretación del Convenio por el Tribunal de Justicia – Órganos jurisdiccionales nacionales competentes para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia – Incompetencia manifiesta del Tribunal de Justicia»). DOCE, C, núm. 202, de 24 de agosto de 2002.

DERECHOS DE AUTOR

150. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 6 de junio de 2002 en el asunto C-360/00 (Petición de decisión prejudicial del Bundesgerichtshof): Land Hessen contra G. Ricordi & Co. Bühnen- und Musikverlag GmbH** («Duración de la protección de los derechos de autor – Principio de no discriminación por razón de la nacionalidad – Aplicación a un derecho de autor anterior a la entrada en vigor del Tratado CEE»). DOCE, C, núm. 180, de 27 de julio de 2002.

INDICACIONES GEOGRÁFICAS

151. **Auto del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de enero de 2002 en el asunto C-151/01 P: La Conqueste SCEA contra Comisión de las Comunidades Europeas («Protección comunitaria de las indicaciones geográficas – Reglamento (CE) núm. 1338/2000 – Registro de la denominación “canard à foie gras du Sud-Ouest” – Inadmisibilidad del recurso de anulación – Recurso de casación manifiestamente infundado»).** DOCE, C, núm. 156, de 29 de junio de 2002.

INSCRIPCIÓN EN REGISTRO MERCANTIL

152. **Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de enero de 2002 en el asunto C-447/00 (Petición de decisión prejudicial del Landesgericht Salzburg): Holto Ltd. («Cuestión prejudicial – Inscripción en el Registro Mercantil de un Estado miembro de una sucursal, establecida en dicho Estado, de una sociedad que tiene su domicilio social en otro Estado miembro sin ejercer en éste actividad económica alguna – Incompetencia del Tribunal de Justicia»).** DOCE, C, núm. 97, de 20 de abril de 2002.

LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

153. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de octubre de 2001 en los asuntos acumulados T-222/99, T-327/99 y T-329/99: Jean-Claude Martínez y otros contra Parlamento Europeo («Recurso de anulación – Acto del Parlamento Europeo relativo a una disposición de su Reglamento interno – Declaración de constitución de un grupo a efectos del artículo 29 del Reglamento del Parlamento Europeo – Admisibilidad — Excepción de ilegalidad – Igualdad de trato – Respeto de los derechos fundamentales – Principios de democracia y de proporcionalidad – Libertad de asociación – Protección de la confianza legítima – Tradiciones parlamentarias de los Estados miembros – Vicios sustanciales de forma – Utilización de procedimiento inadecuado»).** DOCE, C, núm. 17, de 19 de enero de 2002.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

154. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2001 en los asuntos acumulados C-414/99 a C-416/99: Zino Davidoff S.A. contra A & G Imports Ltd. (C-414/99), Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd contra Tesco Stores Ltd, Tesco plc (C-415/99) y Levi Strauss & Co., Levi Strauss (UK) Ltd contra Costco Wholesale UK Ltd, anteriormente Costco UK Ltd (C-416/99) («Marcas – Directiva 89/104/CEE – Artículo 7, apartado 1 – Agotamiento del derecho conferido por la marca – Comercialización fuera del EEE – Importación en el EEE – Consentimiento del titular de la marca**

- Necesidad de consentimiento expreso o tácito – Ley aplicable al contrato – Presunción de consentimiento – Inaplicabilidad»). DOCE, C, núm. 3, de 5 de enero de 2002
155. Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001 en el asunto C-383/99 P: Procter & Gamble Company contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) («Recurso de casación – Admisibilidad – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Motivo de denegación absoluto de registro – Carácter distintivo – Marcas compuestas exclusivamente por signos o por indicaciones descriptivas – Sintagma Baby-dry»). DOCE, C, núm. 3, de 5 de enero de 2002.
156. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de septiembre de 2001 en el asunto T-337/99: Henkel KGaA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Forma de un producto para lavadora o para lavavajillas – Marca tridimensional – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94»). DOCE, C, núm. 3, de 5 de enero de 2002.
157. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de septiembre de 2001 en el asunto T-30/00: Henkel KGaA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Pastilla para lavadora o para lavavajillas – Marca figurativa – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94»). DOCE, C, núm. 3, de 5 de enero de 2002.
158. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de septiembre de 2001 en el asunto T-118/00: Procter & Gamble Company contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Forma de un producto para lavadora o para lavavajillas – Marca tridimensional – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento [CE] núm. 40/94»). DOCE, C, núm. 3, de 5 de enero de 2002.
159. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de septiembre de 2001 en el asunto T-119/00: Procter & Gamble Company contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Forma de un producto para lavadora o para lavavajillas – Marca tridimensional – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94»). DOCE, C, núm. 3, de 5 de enero de 2002.
160. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de septiembre de 2001 en el asunto T-120/00: Procter & Gamble Company contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Forma de un producto para lavadora o para lavavajillas – Marca tridimensio-

- nal – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94»). DOCE, C, núm. 3, de 5 de enero de 2002.**
161. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de septiembre de 2001 en el asunto T-121/00: Procter & Gamble Company contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Forma de un producto para lavadora o para lavavajillas – Marca tridimensional – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94»). DOCE, C, núm. 3, de 5 de enero de 2002.**
162. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de septiembre de 2001 en el asunto T-128/00: Procter & Gamble Company contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Forma de un producto para lavadora o para lavavajillas – Marca tridimensional – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94»). DOCE, C, núm. 3, de 5 de enero de 2002.**
163. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de septiembre de 2001 en el asunto T-129/00: Procter & Gamble Company contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Forma de un producto para lavadora o para lavavajillas – Marca tridimensional – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94»). DOCE, C, núm. 3, de 5 de enero de 2002.**
164. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de octubre de 2001 en el asunto T-0140/00: Zapf Creation AG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Síntagma New Born Baby – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94»), DOCE, C, núm. 3, de 5 de enero de 2002.**
165. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de septiembre de 2001 en el asunto T-336/99, Henkel KGaA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Forma de un producto para lavadora o para lavavajillas – Marca tridimensional – Motivo de denegación absoluto – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94»). DOCE, C, núm. 31, de 2 de febrero de 2002.**
166. **Auto del Tribunal de Primera Instancia de 19 de septiembre de 2001 en el asunto T-83/01, Merck KGaA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Irregularidad del recurso – Inadmisibilidad»). DOCE, C, núm. 31, de 2 de febrero de 2002.**

167. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de noviembre de 2001 en el asunto T-128/99: Signal Communications Ltd. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Vocablo TELEYE – Solicitud que contiene una reivindicación de prioridad de la marca anterior TELEYE – Solicitud de rectificación – Modificación sustancial de la marca»).** DOCE, C, núm. 44, de 16 de febrero de 2002.
168. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de diciembre de 2001 en el asunto T-138/00: Erpo Möbelwerk GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Síntagma DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94»).** DOCE, C, núm. 84, de 6 de abril de 2002.
169. **Sentencia del Tribunal de primera instancia de 7 de febrero de 2002 en el asunto T-88/00: Mag Instrument Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Forma de las linternas – Marca tridimensional – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94»).** DOCE, C, núm. 109, de 4 de mayo de 2002.
170. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 2002 en el asunto T-106/00: Streamserve Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Vocablo STREAMSERVE – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Registros previos de carácter nacional – Principio de no discriminación»).** DOCE, C, núm. C144, de 15 de junio de 2002.
171. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 2002 en el asunto T-219/00: Ellos AB contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Vocablo ELLOS – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94»).** DOCE, C, núm. C144, de 15 de junio de 2002.
172. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002 en el asunto T-356/00: DaimlerChrysler AG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Vocablo CARCARD – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94»).** DOCE, C, núm. C144, de 15 de junio de 2002.
173. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002 en el asunto T-358/00: DaimlerChrysler AG contra Oficina**

- de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Vocablo TRUCKCARD – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94». DOCE, C, núm. C144, de 15 de junio de 2002.**
174. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002 en el asunto T-355/00: DaimlerChrysler AG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Sintagma TELE AID – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94»). DOCE, C, núm. 156, de 29 de junio de 2002.**
175. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 2002 en el asunto C-2/00 (Petición de decisión prejudicial del Oberlandesgericht Düsseldorf): Michael Hölterhoff contra Ulrich Freiesleben («Aproximación de las legislaciones – Marcas – Directiva 89/104/CEE – Artículo 5, apartado 1 – Alcance del derecho exclusivo del titular de la marca – Terceros – Uso de la marca con fines descriptivos»). DOCE, C, núm. 169, de 13 de julio de 2002.**
176. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002 en el asunto C-299/99 (Petición de decisión prejudicial de la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division): Koninklijke Philips Electronics NV contra Remington Consumer Products Ltd. («Aproximación de las legislaciones – Marcas – Directiva 89/104/CEE – Artículo 3, apartados 1, 3, 5, apartado 1 y 6, apartado 1, letra b) – Signos que pueden constituir una marca – Signos constituidos exclusivamente por la forma de un producto»). DOCE, C, núm. 191, de 10 de agosto de 2002.**
177. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de junio de 2002 en el asunto T-198/00: Hershey Foods Corporation contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Marca figurativa designada “Kiss Device with plume” – Principio de contradicción – Artículo 73 del Reglamento [CE] núm. 40/94 – Registro anterior de la marca en algunos Estados miembros»), DOCE, C, núm. 191, de 10 de agosto de 2002.**
178. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de junio de 2002 en el asunto T-232/00: Chef Revival USA Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – No presentación de pruebas en la lengua de procedimiento de la oposición – Regla 18, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2868/95»). DOCE, C, núm. 202, de 24 de agosto de 2002.**
179. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de julio de 2002 en el asunto T-323/00: SAT.1 Satelliten Fernsehen**

GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) («Marca comunitaria – Sintagma SAT.2 – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Igualdad de trato»). DOCE, C, núm. 202, de 24 de agosto de 2002.

OBLIGACIONES CONTABLES

180. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de enero de 2002 en el asunto C-182/00 (Petición de decisión prejudicial del Landesgericht Wels): Lutz GmbH y otros («Remisión prejudicial – Publicidad de las cuentas anuales y del informe de gestión – Llevanza del registro mercantil y de sociedades – Incompetencia del Tribunal de Justicia»). DOCE, C, núm. 84, de 6 de abril de 2002.**

PENSIONES ALIMENTICIAS

181. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 2002 en el asunto C-255/99 (Petición de decisión prejudicial del Oberster Gerichtshof): Anna Humer («Reglamento (CEE) núm. 1408/71 – Concepto de prestación familiar – Pago de anticipos sobre pensiones alimenticias – Requisito de residencia del hijo menor de edad en el territorio nacional – Exportación de las prestaciones al extranjero»). DOCE, C, núm. 84, de 6 de abril de 2002.**

PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

182. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de enero de 2002 en el asunto C-31/00 (Petición de decisión prejudicial de la Cour de cassation): Conseil national de l'ordre des architectes contra Nicolas Dreessen («Remisión prejudicial – Artículos 10 CE y 43 CE – Legislación nacional que subordina el acceso a la profesión de arquitecto a la posesión de un título o a una capacitación profesional – Nacional comunitario que posee un título que no figura entre los enumerados en la Directiva 85/384/CEE – Obligación del Estado miembro de acogida, en el que se ha presentado una solicitud para ejercer la profesión de arquitecto en su territorio, de comparar las aptitudes acreditadas por el título y la experiencia adquirida con la capacitación exigida por su legislación nacional»). DOCE, C, núm. 84, de 6 de abril de 2002.**

PRODUCTOS DEFECTUOSOS

183. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 25 de abril de 2002 en el asunto C-183/00 (Petición de decisión prejudicial del**

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Oviedo): María Victoria González Sánchez contra Medicina Asturiana, S. A. («Aproximación de las legislaciones – Directiva 85/374/CEE – Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos – Relación con los demás regímenes de responsabilidad»). DOCE, C, núm. 180, de 27 de julio de 2002.

SUMINISTRADORES DE REDES

184. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de diciembre de 2001 en el asunto C-79/00 (Petición de decisión prejudicial del Tribunal Supremo): Telefónica de España, S. A., contra Administración General del Estado, con intervención de: Retevisión, S. A. («Directiva 97/33/CE – Telecomunicaciones – Interconexión de redes – Obligaciones impuestas a los organismos suministradores de redes»). DOCE, C, núm. 44, de 16 de febrero de 2002.**

SEGUROS

185. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 5 de marzo de 2002 en el asunto C-386/00 (Petición de decisión prejudicial de la Cour d'appel de Bruxelles): Axa Royale Belge S. A. contra Georges Ochoa, Stratégie Finance SPRL («Directiva 92/96/CEE – Seguro directo de vida – Información del tomador del seguro»). DOCE, C, núm. 109, de 4 de mayo de 2002.**

TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

186. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de enero de 2002 en el asunto C-51/00 (Petición de decisión prejudicial de la Cour du travail de Bruxelles): Temco Service Industries S. A. contra Samir Imzilyen, Mimoune Belfarh, Abdesselam Afia-Aroussi, Khalil Lakhdar («Directiva 77/187/CEE – Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas»). DOCE, C, núm. 84, de 6 de abril de 2002.**

VIAJES COMBINADOS

187. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 12 de marzo de 2002 en el asunto C-168/00 (Petición de decisión prejudicial del Landesgericht Linz): Simone Leitner contra TUI Deutschland GmbH & Co. KG («Directiva 90/314/CEE – Viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados – Reparación del perjuicio moral»). DOCE, C, núm. 118, de 18 de mayo de 2002.**

188. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 30 de abril de 2002 en el asunto C-400/00 (Petición de decisión prejudicial del Tribunal Judicial da Comarca do Porto): Club-Tour, Viagens e Turismo, S. A., contra Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido, en el que participa Club Med Viagens, L.ª («Directiva 90/314/CEE – Viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados – Conceptos de “viaje combinado” y de “combinación previa”»). DOCE, C, núm. C144, de 15 de junio de 2002.**

BIBLIOGRAFÍA

Libros

DÍEZ-PICAZO, Luis/ROCA, Encarna/MORALES, Antonio Manuel: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, ed. Civitas, Madrid, 2002, 529 pp.

1. En los últimos años, especialmente en países como Alemania, Italia y Holanda, se han publicado numerosos estudios sobre lo que se ha denominado «Derecho privado europeo». Estos estudios han prestado especial atención al Derecho de los contratos. Sin embargo, hasta la fecha, en nuestro país la materia sólo había sido objeto de trabajos que, si bien no merecen ningún reproche, no dejaban de ser introductorios y generales. Con el libro que ahora se presenta, los profesores Díez-Picazo, Roca y Morales han venido a llenar el vacío existente motivados por la publicación en el año 2000 de los *Principles of European Contract Law (Parts I and II)* preparados por la Comisión para el Derecho Europeo de Contratos presidida por el profesor Ole Lando. Había llegado la hora de que nuestra doctrina civilista se ocupara con más detenimiento de esta materia, y nadie mejor que estos autores para acometer la citada tarea puesto que, como ellos mismos reconocen, no es la primera vez que analizan en detalle textos internacionales (v. gr. la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 –en adelante *CISG*– en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid, 1998).

Estos autores, que se muestran claramente partidarios de la necesidad de la unificación del Derecho europeo de contratos (pp. 121, 124, 131), realizan con su obra una tarea de difusión y a la vez de análisis de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (en adelante *PECL*), adoptando la perspectiva de un jurista de la familia latina, y resaltando aquellos aspectos que nos resultan menos afines. Ello permite al lector español una mejor comprensión de dichos Principios, pues nos destacan las coincidencias y divergencias de los mismos respecto de lo previsto en nuestro ordenamiento. Como método de trabajo, optan por partir del comentario ordenado del texto articulado de los *PECL*, se detienen en la explicación de la regulación que dichos Principios realizan de las principales instituciones del Derecho de obligaciones, rastrean el origen de cada solución en los distintos ordenamientos nacionales y en el Derecho uniforme vigente (principalmente *CISG* y Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales –en adelante *UNIDROIT Principles*–), y ponen de relieve las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos nacionales para constatar que la mayoría de las veces se trata únicamente de diferencias técnicas, puesto que los resultados a los que llegan casi siempre son más homogéneos de lo que en un principio pudiera parecer.

2. Por lo que respecta a la estructura de la obra, ésta se compone de tres apartados: I. *Proemio* (pp. 17-18); II. *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos* (pp. 19-72) donde se incluye una traducción al castellano de dichos Principios lo cual constituye un instrumento útil para la divulgación de los mismos; y III. *Comentario* (pp. 73-384). A ello se añade un *Anexo* (pp. 385-525) –que contiene documentos de distintos órganos de la Unión Europea especialmente intere-

santes para comprender el alcance que tienen los *PECL* en la tarea emprendida hacia un futuro Código civil europeo— y la *Bibliografía* (pp. 527-529).

La parte central de la obra la constituye, sin duda, el *Comentario* a los *PECL* que se estructura en diecisiete capítulos: capítulo I.— Introducción; capítulo II.— *PECL* y Código civil europeo; capítulo III.— Las disposiciones generales de los *PECL*; capítulo IV.— Deberes generales; capítulo V.— Terminología y otras disposiciones; capítulo VI.— La formación de los contratos; capítulo VII.— Oferta y aceptación; capítulo VIII.— La responsabilidad precontractual; capítulo IX.— La representación; capítulo X.— La validez de los contratos; capítulo XI.— Interpretación; capítulo XII.— Contenido y efectos; capítulo XIII.— Cumplimiento de las obligaciones contractuales; capítulo XIV.— Incumplimiento y remedios en general; capítulo XV.— Derecho al cumplimiento; capítulo XVI.— La resolución del contrato; y capítulo XVII.— La indemnización de los daños contractuales.

Realizadas estas consideraciones de carácter general, pasamos a exponer el contenido de los Comentarios a los *PECL*. No vamos a realizar un análisis pormenorizado de los mismos, sino que vamos a detenernos en aquellos aspectos que, desde la perspectiva de un jurista español, a nuestro juicio son más interesantes. Asimismo, destacaremos las especialidades que respecto del ordenamiento español presenta la regulación contenida en los *PECL*.

3. En los capítulos I y II los autores hacen una presentación de los *PECL*, desde su origen más remoto en la iniciativa privada de un grupo de profesores bajo la dirección de Ole Lando, hasta su presentación final, una vez que en el seno de la Unión Europea se comprendió la necesidad de comenzar a trabajar sobre un futuro Código europeo de Derecho privado y se respaldaron los trabajos llevados a cabo por este grupo (que actualmente constituye la Comisión para el Derecho Europeo de Contratos). En este sentido, los *PECL* son un primer paso para alcanzar dicho objetivo. Tratan de establecer el núcleo común del Derecho europeo de contratos de cara a una futura legislación europea, buscando una aproximación en las soluciones que cada sistema ofrece a los problemas más que una aproximación en las instituciones y conceptos dogmáticos (p. 80).

3.1. En su tarea de unificación los *PECL* han tenido como fuente de inspiración los *Restatements* americanos, los *UNIDROIT Principles*, la *CISG* y el Código de Comercio Uniforme redactado por la Conferencia Nacional de Comisionados y el *American Law Institute*.

3.2. Según Díez-Picazo, Roca y Morales, los *PECL* se encuadran en lo que puede denominarse «neoliberalismo intervencionista», pues mientras que por un lado destaca en ellos el reconocimiento indiscutible de la libertad de contratación —se fomenta y se facilita la contratación—, por otro lado, no se renuncia a la inclusión de normas que buscan que la reglamentación interna del contrato sea justa. Para ello existen referencias claras a normas imperativas, a la necesidad de que la negociación del contrato se realice observando las reglas de la buena fe y a que las decisiones y actos que adopten las partes sean «razonables».

4. Los capítulos III, IV y V están destinados a comentar las «disposiciones generales» de los *PECL* que abarcan los artículos 1:101 a 1:305 y que contemplan diferentes aspectos.

4.1. En primer lugar, nos encontramos con las normas sobre aplicación de los Principios; normas que se explican teniendo en cuenta que los *PECL* no tienen carácter oficial ni tampoco consuetudinario (pp. 141-142). El artículo 1:101 prevé la aplicación directa de los Principios a través de un convenio de las partes, que puede ser un convenio de incorporación o bien un convenio o pacto de elección como derecho aplicable.

4.2. En segundo lugar, el artículo 1:102 *PECL* proclama la libertad de contratación conforme a la cual, las partes no sólo son libres de contratar o no contratar, sino, al mismo tiempo, son libres para determinar el contenido del contrato. Si bien, en este último caso, con los límites por un lado, de la exigencia de la buena fe y lealtad y por otro, de las normas imperativas (pp. 145-146). Díez-Picazo, Roca y Morales consideran positivo que los *PECL* abandonen la terminología tradicional de «autonomía de la voluntad» y adopten la de «libertad contractual», porque la primera está teñida de una gran dosis de voluntarismo jurídico (p. 145).

4.3. En tercer lugar, la Sección 2 del capítulo I de los *PECL* se ocupa de los «deberes generales» que existen entre las partes que inician una negociación o han celebrado un contrato. Los autores del comentario destacan la consagración del principio general de buena fe que se contiene en el artículo 1:201 *PECL*, que establece el deber de las partes de actuar de acuerdo con la buena fe y con la lealtad. Dicho precepto guarda un estrecho parentesco con el § 242 del Código civil alemán, el artículo 6.2 del Código civil holandés y el artículo 262 del Código civil portugués (p. 155).

Por su parte, el artículo 1:202 *PECL* declara que cada una de las partes contratantes debe cooperar con la otra parte para conseguir la plena efectividad del contrato. Se sustituye por «deberes» lo que en nuestro ordenamiento interno constituyen «cargas» del acreedor. Ello puede tener una trascendencia importante respecto a los efectos que genera su inobservancia (pp. 158-159).

4.4. En último lugar, la Sección 3 del capítulo I de los *PECL* contempla cuestiones muy diversas entre las que resaltamos dos definiciones. La definición del término «no-cumplimiento» o «incumplimiento» que se describe como cualquier desarmonía entre el cumplimiento que se debió realizar y lo sucedido en realidad –comprende tanto la falta total de cumplimiento como el cumplimiento defectuoso, el cumplimiento retrasado y la inobservancia de los deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato con independencia de cuales hayan sido las causas determinantes del mismo (art. 1:301)–. Y la definición del carácter «razonable» prevista en el artículo 1:302 que exige tomar en cuenta la naturaleza y el fin del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de los ramos de negocios o profesiones involucrados.

5. Díez-Picazo, Roca y Morales destinan los capítulos VI, VII y VIII a comentar los artículos de los *PECL* que regulan la formación del contrato (arts. 2:101 a 2:302).

5.1. En la regulación de los *PECL* se puede hablar de una nueva concepción del contrato más próxima al Derecho anglosajón que al Derecho continental. En ella, las categorías tradicionales de elementos esenciales del contrato quedan superadas por la idea de que lo esencial es que exista un acuerdo suficiente por medio del cual las partes quieran quedar legalmente vinculadas (p. 172). Los autores destacan que los Principios no exigen ningún otro requisito, en concreto, no mencionan ni el objeto ni la causa (cfr. art. 1261 CC español). Respecto a la ausencia en los *PECL* de toda mención a la causa, los autores llegan a la conclusión de que con ello queda demostrado que el concepto «técnico» de causa no es un concepto indispensable para resolver los problemas que soluciona en la actualidad (pp. 175-176).

Por lo que respecta a la voluntad contractual y a su valoración, los *PECL* se decantan por una solución objetiva, pues el artículo 2:102 dispone que tal voluntad se determina por las «declaraciones o la conducta de dicha parte tal y como ellas fueron entendidas por la otra parte». Díez-Picazo, Roca y Morales denuncian que esta regla de carácter objetivo puede resultar arriesgada porque conduce a fundar los contratos exclusivamente sobre el principio de la confianza. Pero, al

mismo tiempo, reconocen que es la regla seguida en los contratos comerciales en los que lo fundamental no es lo que el declarante haya pensado, sino lo que el contratante haya entendido (p. 178).

Otra de las peculiaridades que presentan los *PECL* es que admiten con carácter general que las promesas unilaterales sean fuente de obligaciones, a diferencia de lo que sucede en la mayor parte de los ordenamientos que sólo admiten su eficacia en casos muy concretos (v. gr., promesas unilaterales de recompensa).

5.2. Díez-Picazo, Roca y Morales consideran que los artículos destinados a la oferta y la aceptación (arts. 2:201 a 2:211) son en parte tributarios de la *CISG* (p. 187). No es de extrañar que se haya adoptado el principio de la recepción de la declaración como principio rector en materia de formación del contrato. Ya se había mostrado como el más justo teniendo en cuenta los intereses en conflicto. El principio de la llegada también rige en las demás comunicaciones efectuadas durante el proceso de formación del contrato: efectividad de la oferta, de la retirada, de la revocación, del rechazo de la oferta, de la retirada de la aceptación.

Los *PECL*, al igual que la *CISG* rompen con la regla tradicional del espejo (que exige pleno ajuste entre la oferta y la aceptación) y distinguen entre las modificaciones sustanciales y las que no lo son, de tal forma que la aceptación con modificaciones no sustanciales no impide la formación del contrato.

6. El capítulo IX está dedicado al análisis de la regulación que los *PECL* realizan de la representación (arts. 3:101 a 3:304). A un jurista continental le puede resultar extraño que en unos Principios sobre Derecho contractual se regule la representación pues normalmente se ubica en la Parte general de los Códigos. Los *PECL* sólo se ocupan de la representación voluntaria y se centran en el poder del representante o de otro intermediario para obligar al representado por medio de un contrato celebrado con un tercero; no se dedican a la relación entre representante y representado (pp. 202-203). Contemplan dos tipos de representación: la *representación directa* que se caracteriza porque el agente actúa en nombre y por cuenta del principal, y la *representación indirecta* en la que el agente actúa en nombre propio, pero por cuenta ajena.

Quizá los aspectos más destacables de esta regulación sean las consecuencias que provoca la existencia de conflicto de intereses y los efectos que se otorga a la *representación indirecta*. El conflicto de intereses se presume en dos casos: cuando el representante ha actuado igualmente como representante de otra persona y cuando el representante ha contratado consigo mismo por su propia cuenta. El artículo 3:205 dispone que cuando esto sucede el representado podrá anular el contrato conforme a los artículos 4:112 a 4:116 (*vid. infra* núm. 7). Díez-Picazo, Roca y Morales resaltan que ello supone una diferencia con nuestro ordenamiento en el que la autocontratación es tratada como falta de poder y por tanto determina la nulidad del acto realizado por el representante. Los *PECL* han optado por la anulabilidad porque protege mejor los intereses del sujeto afectado por el conflicto (p. 207). El límite a la anulabilidad lo marca la protección a la confianza del tercero: sólo es posible anular el contrato si el tercero conocía o no podía ignorar la existencia de conflicto. Además hay otros dos casos en los que tampoco cabe la posibilidad de anular: *a*) si el representado ha consentido el modo de actuar del representante o no lo podía ignorar; *b*) si el representante ha revelado el conflicto y el representado no ha hecho objeciones en un plazo razonable.

Por lo que respecta a la *representación indirecta* en los *PECL*, ésta tiene como efecto principal vincular al tercero con el mediador (se corresponde con los Derechos continentales pero no con el *Common Law*). Sin embargo, se establecen excepciones a la regla general permitiendo que en algunos casos se produzcan efectos directos entre principal y tercero (pp. 214 a 217). Así, los artículos 3:302

y 3:303 fijan cuándo y bajo qué condiciones el principal y el tercero pueden exigirse directamente los derechos adquiridos.

7. El capítulo X del libro está destinado al análisis de las normas relativas a la validez del contrato y su anulación (artículos 4:101 a 4:119). Como ponen de relieve Díez-Picazo, Roca y Morales, los *PECL* no incluyen una regulación sobre la invalidez que deriva de la ilegalidad o inmoralidad del contrato ni la que pueda derivarse de la falta de capacidad de las partes, sino que se ocupan de los vicios del consentimiento (error, dolo, intimidación), de la imposibilidad inicial y de las nulidades que surgen del control de cláusulas abusivas y del beneficio excesivo o ventaja indebida.

No les falta razón a estos autores cuando afirman que uno de los aspectos más importantes de las modificaciones introducidas en los *PECL* respecto de lo previsto en la mayoría de los Derechos internos de los Estados miembros de la Unión Europea es el abandono de la idea de la nulidad del contrato por imposibilidad originaria (en virtud de la regla *ad impossibilita nemo tenetur*). Coincidimos con los autores cuando afirman que se trata de una modificación muy positiva.

Merece una mención especial el tratamiento que los *PECL* dan a la forma de ejercicio de la anulación. En este punto se apartan de la tradición del Derecho europeo continental conforme a la cual la anulación es un remedio de ejercicio judicial. Frente a esto, tal y como está concebida en los Principios, se trata de una facultad que se ejerce mediante declaración de voluntad dirigida a la otra parte contratante (art. 4:112).

8. Las normas de los *PECL* sobre interpretación del contrato (arts. 5:101 a 5:107) son objeto de comentario en el capítulo XI. Los autores del comentario resaltan que las soluciones previstas en los Principios son más próximas al Derecho continental europeo que al Derecho anglosajón, pues claramente prevalece la búsqueda de la intención común de las partes.

9. El capítulo XII se ocupa de lo que los *PECL* denominan «Contenido y efectos de los contratos» pero en realidad abarca cuestiones tan diversas como las fuentes de integración del contrato [las declaraciones y afirmaciones hechas por las partes, la publicidad comercial (art. 6:101) y las denominadas cláusulas implícitas (art. 6:102) adquieren un protagonismo especial]; la simulación (art. 6:103); la determinación del precio (arts. 6:104 a 6:107); la calidad del cumplimiento (art. 6:108); los contratos de duración indeterminada (art. 6:109); la estipulación a favor de tercero (art. 6:110); y el cambio de circunstancias (art. 6:111).

9.1. Para un jurista que procede de un ordenamiento como el nuestro, quizás resulte sorprendente la regulación de los Principios sobre la determinación del precio. Como regla general, en nuestro Derecho se exige que el precio esté determinado en el contrato o que pueda determinarse de acuerdo con él. Los *PECL*, siguiendo en este punto a la *CISG*, admiten la validez del contrato aunque las partes no hayan establecido el precio. Así, el artículo 6:104 establece que cuando en el contrato no se fije el precio, o el medio para determinarlo, se considera que las partes han estado de acuerdo en un precio razonable.

9.2. Los *PECL* también se apartan de las soluciones de nuestro Derecho al admitir que quede al arbitrio de una de las partes la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato (*cfr.* art. 1256 CC español). En ese caso, el artículo 6:105 declara que si la determinación realizada por una de las partes resulta manifiestamente irrazonable, es posible su revisión y sustitución por una determinación razonable.

Igualmente, se aparta de la solución española lo previsto en el artículo 6:106, conforme al cual si la determinación del precio u otro elemento del contrato se deja al arbitrio de un tercero, y éste no puede o no quiere hacerlo, se presume que

las partes han autorizado a los Tribunales para que designen a otra persona que realice la determinación en cuestión (en nuestro Derecho el contrato resultaría ineficaz).

9.3. Por último, destacamos de este capítulo la existencia de una regulación en los *PECL* de los efectos del «cambio de circunstancias». Nuestro ordenamiento no ha dado una solución legal a estos casos. Sin embargo, la Jurisprudencia ha llenado este vacío con la denominada cláusula *rebus sic stantibus*. Como apuntan Díez-Picazo, Roca y Morales, el supuesto de hecho del artículo 6:111 se asemeja mucho a lo previsto por nuestra Jurisprudencia (pp. 294-295). Además, por lo que respecta a los mecanismos correctores que prevé para estas situaciones –obligación de renegociar para adaptar el contrato y recurso a los Tribunales cuando las partes no llegan a un acuerdo– son totalmente satisfactorios y dignos de ser tenidos en cuenta por el legislador español si en algún momento opta por reconocer legalmente esta figura.

10. En el capítulo XIII, los autores analizan los artículos 7:101 a 7:112 que regulan lo que se denomina «cumplimiento de las obligaciones» e incluyen aspectos tales como el lugar de cumplimiento de la obligación, el momento de cumplimiento, el cumplimiento anticipado, la obligación alternativa, el pago por tercero, el pago de deudas pecuniarias (medios de pago y moneda de pago), la imputación de pagos, la *mora creditoris* y los gastos del cumplimiento. Como bien exponen Díez-Picazo, Roca y Morales, la regulación de los Principios en materia de cumplimiento de obligaciones es fragmentaria y deja fuera materias como las obligaciones condicionales y la dación en pago (p. 299).

11. Díez-Picazo, Roca y Morales destinan los capítulos XIV, XV, XVI y XVII al incumplimiento y a los remedios frente al mismo. El artículo 8:101 (1) dispone que cuando una parte no cumple una obligación derivada del contrato, y este incumplimiento no queda exonerado de acuerdo con el artículo 8:108, la parte perjudicada puede recurrir a cualquiera de los remedios previstos en el capítulo 9 de los *PECL*. Los autores del libro ponen de relieve que de este precepto se derivan dos principios básicos.

El primero de ellos consiste en el establecimiento de un concepto unitario de incumplimiento –no ejecución de cualquier obligación derivada del contrato: incluye obligaciones de tiempo, de lugar, de entrega, falta de conformidad, falta de titularidad– que ha de ponerse en contacto con lo previsto en el artículo 1:301 (pp. 317-321). Este concepto unitario de incumplimiento permite integrar dentro del ámbito de la responsabilidad contractual lo que en nuestro Código civil y en el resto de los Códigos continentales constituyen supuestos especiales de saneamiento por evicción y vicios ocultos (pp. 322-324).

El segundo se refiere a la articulación de un sistema unitario de remedios para el caso de incumplimiento, que contrasta con la fragmentación presente en la mayoría de los ordenamientos continentales, pero que no resulta del todo novedoso pues está inspirado en la *CISG* (pp. 317-318). Dicho sistema de remedios está integrado por: el derecho al cumplimiento; la suspensión del propio cumplimiento por parte del acreedor insatisfecho; la resolución; la reducción del precio y la indemnización de daños y perjuicios. Todos estos remedios tienen como supuesto de aplicación el incumplimiento, aunque individualmente pueden exigir junto a ello otros requisitos. Además, respecto a la disponibilidad de los remedios, el artículo 8:101 (2) establece que cuando el incumplimiento de una parte se beneficia de la exoneración prevista en el artículo 8:108, la parte perjudicada puede acudir a cualquiera de los remedios excepto el cumplimiento y la indemnización de daños. A ello hay que añadir que si el incumplimiento es imputable al acreedor, el artículo 8:103 le cierra la posibilidad de acudir al sistema de remedios.

11.1. El remedio que hemos denominado «derecho al cumplimiento» está regulado en los artículos 9:101 a 9:103, que se ocupan respectivamente del derecho al cumplimiento en obligaciones pecuniarias, en obligaciones no pecuniarias y de la indemnización de daños y perjuicios en los casos en los que no sea posible el cumplimiento. Frente a lo que sucede en el Derecho anglosajón, donde la posibilidad de exigir el cumplimiento específico es excepcional y la regla es la indemnización de daños, en los *PECL*, al igual que en los Derechos continentales, el cumplimiento *in natura* se concibe como un remedio general que permite al acreedor obtener lo que se le debe en virtud del contrato, evitando las dificultades de la evaluación de los daños y reforzando el carácter vinculante de la obligación contractual (p. 340).

A pesar de ello, los Principios admiten excepciones a la posibilidad de exigir el cumplimiento, algunas de las cuales proceden del *Common Law* (p. 340). En los casos de obligaciones no pecuniarias las excepciones son: *a*) que el cumplimiento sea imposible (física o jurídicamente) o ilícito; *b*) que el cumplimiento suponga al deudor un esfuerzo o gasto no razonable; *c*) que se trate de una obligación de carácter personal; *d*) que el acreedor pueda razonablemente obtener el cumplimiento por otro medio.

11.2. El remedio de la «resolución del contrato» está regulado en los artículos 9:301 a 9:309. Díez-Picazo, Roca y Morales sostienen que el hecho de que la resolución del contrato, que permite a la parte perjudicada por el incumplimiento desvincularse del contrato y liberar los recursos empleados en él para reutilizarlos del modo que estime conveniente, pueda suponer muchas veces para el incumplidor un serio sacrificio, justifica las restricciones introducidas para su aplicación (p. 349). En concreto, el artículo 9:301 atribuye el derecho a resolver el contrato en dos casos: *a*) cuando el incumplimiento de la otra parte sea *esencial*; y *b*) en caso de retraso en el cumplimiento, conforme al artículo 8:106 (3). Respecto a la primera causa de resolución, *incumplimiento esencial*, podemos afirmar que es común a todos los ordenamientos la idea de que no basta cualquier tipo de incumplimiento para poder acudir al remedio resolutorio (p. 350). En el caso de los *PECL*, se utilizan tres criterios para definir el *incumplimiento esencial* (art. 8:103): el primero de ellos atiende al carácter esencial que en el contrato se ha asignado a la obligación incumplida; el segundo no atiende a la entidad de la obligación incumplida, sino a las consecuencias de su incumplimiento para el acreedor; finalmente, el tercero considera esencial el incumplimiento que es intencional y genera en la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte (pp. 350-353). En cuanto a la segunda causa de resolución, en los casos de *retraso no esencial*, el acreedor puede resolver el contrato una vez que ha transcurrido el plazo suplementario de duración razonable que él mismo ha notificado al deudor conforme al artículo 8:106.

Respecto a la forma de ejercicio de la resolución, como bien apuntan los autores (pp. 361-362), en Derecho comparado se encuentran diferencias importantes. Mientras que existen ordenamientos en los que la resolución se ejerce extrajudicialmente mediante una notificación dirigida al incumplidor (*Common Law* y Código civil alemán y portugués), existen otros ordenamientos en los que la resolución ha de ejercitarse judicialmente (Código civil francés, italiano, y, en principio, nuestro Código civil, si bien la Jurisprudencia ha dado entrada al ejercicio extrajudicial de la resolución). Los *PECL* han optado por el primer sistema, pues conforme al artículo 9:303 (1) el derecho a resolver el contrato se ejerce mediante notificación dirigida al incumplidor. Esta misma solución también ha sido la adoptada por la *CISG* y los *UNIDROIT Principles*.

También merecen una mención especial los efectos que los *PECL* reconocen a la resolución (regulados en los artículos 9:305 a 9:309). Díez-Picazo, Roca y Morales distinguen dos tipos de efectos: el efecto desvinculador (como consecuencia de la resolución pierde eficacia la relación obligatoria) y el efecto restitutorio. Los autores resaltan positivamente el hecho de que los *PECL* no atribuyan en principio efecto retroactivo a la resolución. El efecto retroactivo es más bien una excepción que justifica, en determinados casos, la restitución de prestaciones ya realizadas (p. 366).

11.3. La «indemnización de los daños contractuales» regulada en los artículos 9:501 a 9:510 es compatible con el resto de los remedios. Del análisis de este remedio realizado por Díez-Picazo, Roca y Morales vamos a destacar dos aspectos que nos parecen especialmente importantes: la medida de la indemnización y la determinación de cuándo se indemniza.

Por lo que respecta a la medida de la indemnización, los *PECL* parten, en el artículo 9:502, de la indemnización integral de los daños, lo cual comprende la cantidad que permita, en la medida de lo posible, colocar a la parte perjudicada en la situación en la que se encontraría si el contrato hubiese sido adecuadamente cumplido. Este principio queda limitado por la *regla de la previsibilidad* que recoge el artículo 9:503, conforme a la cual el deudor sólo responde del daño previsto o previsible en el momento de contratar. Como señalan los autores (pp. 377-378), la *regla de la previsibilidad* no es nueva —ya estaba recogida en el artículo 74 *CISG* y en el artículo 7.4.4 *UNIDROIT Principles*, además conecta con la tradición del *Common Law* y no es ajena a la tradición jurídica continental (v. gr. arts. 1150 CC francés y 1107 CC español)–. Sin embargo, los *PECL* disponen que en caso de que el incumplimiento fuera intencional o gravemente negligente no opera la *regla de la previsibilidad*. Nuestro Código civil, al igual que el francés, también prevé una indemnización integral en caso de dolo. Sin embargo, tanto la *CISG* como los *UNIDROIT Principles* habían superado esta distinción. Los autores consideran que el respeto de los *PECL* en este punto por la tradición latina es de discutible utilidad (p. 378).

En cuanto a la determinación de cuándo se indemniza, es decir, los criterios de imputación de responsabilidad, el artículo 9:501 establece que los daños causados por el incumplimiento deben ser reparados, salvo que medie causa de exoneración conforme a lo previsto en el artículo 8:108. A partir de estas causas de exoneración, los autores perfilan tres criterios de imputación de responsabilidad. Según el *primer criterio*, el deudor responde de todo lo que ocurra dentro de su esfera de control y se exonerá del incumplimiento provocado por causas que se producen fuera de ella (p. 380). El *segundo criterio* se refiere a los impedimentos que surgen fuera de la esfera de control. El deudor también responde cuando las causas del incumplimiento, aun estando fuera de dicha esfera, podía esperarse que razonablemente las tomara en cuenta al tiempo de la conclusión del contrato (p. 380). El *tercer criterio* que perfilan los autores se refiere igualmente a los obstáculos que surgen fuera de la esfera de control. El deudor responde, aunque se trate de riesgos no previsibles en el momento de contratar, si, situados en ese momento se hubiera podido esperar razonablemente que los previniese o superase o previniese o superase sus consecuencias (p. 381).

12. Dando por finalizada esta sucinta exposición del contenido del libro, queremos concluir esta recensión recordando que nos encontrábamos en un punto en el que resultaba necesario que nuestra doctrina estudiara con cierta profundidad este intento de armonización del Derecho europeo que suponen los Principios de Derecho Europeo de Contratos elaborados por la Comisión de Derecho Europeo de Contratos. En este sentido, el libro que nos presentan los profesores Díez-

Picazo, Roca y Morales constituye una valiosa obra llena de interés como manual o guía de consulta para los estudiosos del nuevo Derecho de obligaciones y cuya lectura resulta amena y sugerente.

Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA
Universidad Autonóma de Madrid

JEREZ DELGADO, Carmen: *Hacia la Inscripción Constitutiva*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, 374 pp.

1. ¿Existen en el ordenamiento jurídico español verdaderos obstáculos para instaurar la inscripción constitutiva?, ¿qué transformaciones es necesario realizar en nuestro ordenamiento para adoptar la inscripción constitutiva? Estas son las preguntas a las que la profesora Jerez Delgado intenta dar respuesta en la monografía objeto de esta recensión. Adelantemos que la autora consigue su objetivo y lo hace magistralmente. Señala que para la adopción de la inscripción constitutiva se deben valorar intereses de naturaleza muy diversa y que se trata, por tanto, de una cuestión de política legislativa. Desde la primera página de su obra, Carmen Jerez considera que no existen impedimentos relevantes para adoptar la inscripción constitutiva y que ello supondría un desarrollo de nuestro sistema inmobiliario registral.

La profesora Jerez Delgado aborda el tema de la inscripción constitutiva con valentía (defiende la posibilidad de su adopción en nuestro ordenamiento) y al mismo tiempo con prudencia (es consciente que su adopción no puede significar una ruptura con nuestro régimen jurídico inmobiliario).

La estructura de la obra es la siguiente: tras el prólogo del profesor Antonio-Manuel Morales Moreno, y el breve planteamiento introductorio que realiza la autora (objetivos, método de investigación), la monografía se divide en tres partes. La primera está dedicada a lo que podríamos denominar los antecedentes históricos de la cuestión (análisis y evolución del proceso legislativo). En la segunda parte del trabajo se ocupa de analizar el grado de compatibilidad de nuestras instituciones con la inscripción constitutiva. Y en la tercera parte, nos ofrece un proyecto de *lege ferenda* para adoptar en nuestro ordenamiento la inscripción constitutiva.

Antes de entrar en el análisis pormenorizado de cada una de las partes de la monografía, debemos señalar que la autora, para fundamentar sus tesis, tiene siempre presente al Derecho comparado. Ello no sería mercedor de ser destacado (en la actualidad la práctica totalidad de las monografías jurídicas tienen referencias de Derecho comparado) si no fuera porque la profesora Jerez Delgado realiza algo que no suele ser habitual, desgraciadamente, entre nosotros: analiza, con detenimiento, las características y el funcionamiento de la inscripción constitutiva en alguno de los ordenamientos de nuestro entorno (Alemania, Holanda y Suiza), extrayendo conclusiones que no intenta extrapolar directamente a nuestro ordenamiento, sino que le sirven para construir un modelo de inscripción constitutiva que se adapte y sea respetuoso con las peculiaridades de nuestro sistema.

2. Como ya hemos señalado en la primera parte de la monografía realiza una exposición de la evolución legislativa referente a la configuración de nuestro sistema inmobiliario registral.

En primer lugar, expone, brevemente, los distintos regímenes de transmisión de la propiedad que existían en España antes de la aprobación de nuestra primera Ley hipotecaria. Centrándose, a continuación, en la descripción minuciosa de

todo el proceso legislativo (trabajos de la Comisión encargada de redactar un proyecto de ley y los debates parlamentarios) que terminó con la aprobación y publicación de la Ley hipotecaria de 1861.

La lectura de esta parte del trabajo nos demuestra que la autora no se ha limitado a realizar una mera recopilación de datos, sino que ha efectuado un estudio serio y riguroso de todo el proceso histórico-legislativo de configuración de nuestro sistema inmobiliario registral. La profesora Jerez Delgado no se detiene en detalles nimios o superfluos. De ahí que la exposición resulte (sin perder el rigor que debe caracterizar toda obra jurídica) amena y dinámica para el lector.

La descripción exhaustiva que realiza nos permite descubrir que la cuestión de la eficacia de la inscripción fue ya en el siglo XIX una cuestión polémica. A lo largo de todo el proceso legislativo surgieron voces tanto a favor de adoptar en nuestro sistema la inscripción constitutiva (propuesta de Luzuriaga), como a favor de adoptar un sistema de inscripción voluntaria de carácter declarativo. Finalmente, fue esta última la tesis que triunfó y que se plasmó en la Ley hipotecaria de 1861. Las razones que a juicio de Jerez Delgado llevaron a las Cortes a adoptar un sistema de inscripción declarativa no fue la confianza en la libertad y en la responsabilidad de los particulares para inscribir sus derechos, sino «la conciencia que se tenía de la falta de preparación de la mayoría de los particulares, que no acudirían a inscribir al Registro».

2.1. A continuación, nos expone las distintas reformas que ha experimentado la Ley hipotecaria. Señala que en lo relativo a la eficacia general de la inscripción ninguna de las reformas ha supuesto un cambio sustancial; se mantiene, por tanto, el carácter declarativo de la inscripción.

Especial atención dedica a la reforma hipotecaria de 1944-1946, no sólo por ser la última gran reforma de nuestra Ley hipotecaria, sino porque a lo largo de todo el proceso de reforma el legislador se planteó, seriamente, la posibilidad de instaurar la inscripción constitutiva. Una vez más, Carmen Jerez nos brinda la oportunidad de conocer los detalles de la tramitación parlamentaria de la reforma y los motivos que llevaron al legislador a estimar como no oportuna la adopción de la inscripción constitutiva en nuestro sistema («la falta de preparación o de costumbre de los ciudadanos y el temor a que la norma agrave *un estado posesorio completamente desconectado del Registro*»). La autora afirma, aportando argumentos convincentes, que hoy en día esos obstáculos no son tales.

2.2. Asimismo, se detiene en el análisis de diversos supuestos que ponen de manifiesto ciertas imperfecciones de nuestro sistema inmobiliario registral. A su entender, si se adoptase la inscripción constitutiva se evitarían en parte estos desajustes del sistema (se produciría un acercamiento entre la realidad registral y la extraregistral).

2.3. La autora finaliza esta primera parte de la monografía realizando unas breves y útiles conclusiones en las que reflexiona no sólo sobre lo ya tratado, sino también sobre los temas que abordará en las páginas sucesivas. Ello, sin duda, redundó en beneficio de la sistemática de la obra.

3. En la segunda parte de la monografía, Carmen Jerez tiene como objetivo demostrar que la adopción de la inscripción constitutiva no supone ruptura sino desarrollo de nuestro sistema jurídico inmobiliario. Analiza, detenidamente, la compatibilidad de la inscripción constitutiva con nuestras instituciones (el Registro de la Propiedad y la posesión) y con las bases de nuestro sistema (mecanismos de adquisición, constitución y extinción del derecho real).

El estudio de los distintos modelos de inscripción constitutiva que existen en Derecho comparado (alemán, holandés y suizo) adquiere en esta segunda parte del trabajo un protagonismo especial.

Desde el primer momento, la profesora Jerez Delgado afirma que la adopción de la inscripción constitutiva no significa que el sistema se cierre en torno al Registro, sino que se admite también una realidad extraregistral. Sólo en los casos de las modificaciones jurídico-inmobiliarias derivadas de negocios jurídicos *inter vivos* la inscripción en el Registro es un requisito necesario (junto a otros) para que se produzca la mutación jurídico-real.

3.1. Después de analizar cuáles son las funciones del Registro de la Propiedad (función informadora y de publicidad de los derechos reales, función probatoria y función de garantía), llega a la conclusión de que la adopción de la inscripción constitutiva en nuestro sistema supondría un reforzamiento de la importancia de dichas funciones y además el Registro cumpliría una nueva función al convertirse la inscripción en un elemento integrante (de carácter necesario) en los procesos de transmisión y constitución de los derechos reales que derivan de un negocio jurídico *inter vivos*.

3.2. Se plantea si la institución de la posesión es compatible con la adopción de la inscripción constitutiva. Para ello analiza las diversas funciones que desempeña la posesión en nuestro ordenamiento.

Antes de adentrarse en el estudio de las funciones de la posesión, se detiene en una cuestión que será objeto de estudio en la tercera parte de la monografía. La cuestión no es otra que matizar el significado de la expresión *inscripción constitutiva*. Ello resulta sumamente útil para poder vislumbrar el verdadero alcance de la propuesta que realiza la autora. Afirma que existe la creencia generalizada de que *inscripción constitutiva* equivale a decir que lo que no está inscrito en el Registro no existe. Ello, a juicio de la profesora Jerez Delgado, no es cierto. De ahí que distinga dos modelos o sistemas de inscripción constitutiva. El primero de ellos lo denomina sistema de inscripción constitutiva de *carácter absoluto* [Luzuriaga (en el siglo XIX) y Gómez Gómez (en la segunda mitad del siglo XX) son partidarios de adoptar este modelo para el ordenamiento español]. Su principal característica es que sólo admite la realidad registral, es decir, se cierra en torno al Registro. En este sistema cualquier modificación jurídico-real, *inter vivos* o *mortis causa*, sólo produce efectos si consta inscrita en el Registro. Por el contrario, en el sistema de inscripción constitutiva de *carácter relativo* (Carmen Jerez propone adoptar este modelo en nuestro ordenamiento), junto a la realidad registral, se admite la existencia de una realidad extraregistral al reconocerse que determinadas modificaciones jurídico-reales (por ejemplo, las que derivan de un negocio jurídico *mortis causa*) se producen al margen del Registro. En este sistema sólo las modificaciones jurídico-inmobiliarias derivadas de negocio *inter vivos* requieren ser inscritas para surtir efectos.

Aclarada dicha cuestión, estudia, en primer lugar, la función legitimadora de la posesión y posteriormente examina cómo afectaría la adopción de la inscripción constitutiva al régimen de las acciones protectoras de la posesión.

Asimismo, analiza, con detenimiento, la figura de la usucapición y cómo encajaría en un sistema de inscripción constitutiva. En relación con esta cuestión, la autora examina cómo se articula la usucapición en alguno de los ordenamientos que han adoptado un sistema de inscripción constitutiva (Alemania, Holanda y Suiza) y expone, a continuación, las distintas modalidades de usucapición que existen en nuestro ordenamiento. A su juicio, la usucapición, tal y como aparece hoy regulada, es compatible con la adopción en nuestro ordenamiento de la inscripción constitutiva de *carácter relativo*.

Por otra parte, señala que la adopción de la inscripción constitutiva supondría que la posesión dejaría de cumplir la función que en la actualidad desempeña como forma de entrega de los inmuebles (*traditio*). Dicha función pasaría a desempeñarla en exclusiva la inscripción en el Registro.

Carmen Jerez concluye que la adopción de la inscripción constitutiva es perfectamente compatible con la institución de la posesión (manteniendo ésta sus funciones y efectos, salvo en lo relativo a su función como forma de entrega de los inmuebles), siempre que se opte por un modelo de inscripción constitutiva de *carácter relativo*; esto es, referido únicamente a las mutaciones inmobiliarias derivadas de negocio jurídico *inter vivos*.

3.3. La autora prosigue su estudio, centrando ahora sus esfuerzos en el análisis de las distintas fuentes de la modificación jurídico-real que existen en nuestro Derecho y su compatibilidad con la inscripción constitutiva.

Aborda, en primer lugar, el examen del sistema español de transmisión del derecho real por negocio jurídico *inter vivos* (que está basado en la teoría del título y el modo) y su compatibilidad con la inscripción constitutiva. Realiza un meticuloso estudio del funcionamiento de la adquisición derivativa *inter vivos* (mediante contrato) en alguno de los ordenamientos que han adoptado la inscripción constitutiva (Alemania, Holanda y Suiza); ello le permite extraer una serie de conclusiones que utilizará en la tercera parte de la obra para proponer de *lege ferenda* la adopción de la inscripción constitutiva en el Derecho español. Sin duda, la conclusión más relevante es que la inscripción constitutiva es compatible con la teoría del título y el modo (así sucede en el sistema holandés y en el suizo).

A continuación, se plantea si, en un sistema de inscripción constitutiva, la renuncia a los derechos sobre inmuebles (cuestión no exenta de conflictos en nuestro ordenamiento) debe constar en el Registro para que surta efectos. La respuesta que nos ofrece, avalada por el estudio de Derecho comparado que realiza, podemos calificarla como prudente y sensata. A su juicio, es aconsejable («si bien no es absolutamente necesario») exigir la constancia registral (inscripción del acto de renuncia o cancelación de la inscripción que publica el derecho) como requisito de eficacia de la renuncia al derecho real.

3.4. La incidencia de la inscripción constitutiva en las modificaciones jurídico-inmobiliarias derivadas de la intervención de los órganos del Estado (adquisición de la propiedad y demás derechos reales por la Ley; modificaciones jurídico-inmobiliarias en virtud de resoluciones judiciales; expropiación forzosa y ejecución forzosa) también es objeto de estudio por la profesora Jerez Delgado. Llega a la conclusión, teniendo presente las directrices que extrae del Derecho comparado, que estas materias no se verían necesariamente afectadas si adoptáramos en España un sistema de inscripción constitutiva.

3.5. Por último, se detiene en el análisis de diversas cuestiones (los inmuebles vacantes, las transmisiones *mortis causa*, las adquisiciones *a non domino* y la accesión) y se pregunta si la adopción de la inscripción constitutiva afectaría a su actual configuración legal. Afirma, una vez examinado el estado de la cuestión en el Derecho comparado, que la actual regulación legal de dichas materias es perfectamente compatible con un sistema de inscripción constitutiva.

3.6. La segunda parte de la monografía finaliza con unas concisas, y a la vez, interesantes conclusiones que facilitan al lector la comprensión de la obra.

4. La tercera parte de la monografía es una prueba evidente de que nos encontramos ante un trabajo de investigación que se caracteriza, principalmente, por su exhaustividad y rigor jurídico. La profesora Jerez Delgado, una vez que ha demostrado la compatibilidad de nuestras instituciones con la adopción de un sistema de inscripción constitutiva y tomando como referente las diversas conclusiones que extrae del análisis del Derecho comparado, asume el reto de desarrollar un proyecto de *lege ferenda* para adoptar en nuestro ordenamiento la inscripción constitutiva. El resultado no puede ser más satisfactorio.

Podría detenerme en la exposición detallada de cada una de las materias que se abordan en esta tercera parte de la monografía [concepto de inscripción constitutiva; ámbito de la inscripción constitutiva; ventajas que se derivan de su adopción; modificaciones legales necesarias para adoptar la inscripción constitutiva (normas de Derecho transitorio, así como normas de Derecho sustantivo y de Derecho forma)]. Sin embargo, creo que ello no sería un comportamiento honesto ni con la autora ni con los hipotéticos y anónimos lectores de esta recensión, pues me resultaría harto complicado poder transmitir, de manera fidedigna, todas y cada una de las interesantes aportaciones o reflexiones que realiza la profesora Jerez Delgado. Creo que la única forma de entender el verdadero alcance y significado de las propuestas de *lege ferenda* que realiza Carmen Jerez es leyendo directamente su obra. Estoy convencido de que su lectura resultará atractiva e interesante para todo jurista preocupado por este tipo de temas.

Es por ello por lo que me limitaré exponer, de manera concisa, las que a mi juicio son las principales conclusiones que se pueden extraer de la propuesta de *lege ferenda*.

La conclusión, a mi entender, más relevante es la posibilidad de desarrollar un sistema de inscripción constitutiva «sobre la base de la teoría del título y el modo, disponiendo que la inscripción sea el único medio admitido como forma de entrega del inmueble» (la inscripción se convertiría en el único medio válido para realizar la *traditio*; pasaría a ser, por tanto, un presupuesto necesario de la modificación jurídico-real derivada de un negocio *inter vivos*).

En segundo lugar, merece destacarse el importante papel que, en un sistema de inscripción constitutiva, está llamada a desempeñar la escritura pública. Será la escritura pública el vehículo mediante el cual lleguen al Registro de la Propiedad «los consentimientos del transmitente y del adquirente en cuanto a la modificación jurídico-real y la causa de la misma».

5. A modo de epílogo reiteramos que la monografía de la profesora Carmen Jerez es fruto de un trabajo de investigación serio, meditado y riguroso. En ella encontramos no sólo interesantes reflexiones sobre nuestro sistema inmobiliario registral, sino también argumentos convincentes que nos demuestran que la adopción de un sistema de inscripción constitutiva respetuoso con nuestras instituciones significaría desarrollo (y no ruptura) de nuestro sistema jurídico inmobiliario.

Se trata, en definitiva, de una obra que el legislador español deberá tener muy en cuenta si algún día se decide a adoptar en nuestro ordenamiento un sistema de inscripción constitutiva.

Máximo Juan PÉREZ GARCÍA
Universidad Autónoma de Madrid

REGLERO CAMPOS, L. Fernando (coordinador): *Tratado de responsabilidad civil*, ed. Aranzadi, Madrid, 2002, 1552 pp.

1. Constituye un manido tópico la afirmación sobre el extraordinario desarrollo que en el moderno ordenamiento jurídico tiene el Derecho de la responsabilidad civil (extracontractual). La simple consulta de los repertorios jurídicos al uso demuestra sobradamente que un porcentaje muy elevado de los litigios tienen que ver con cuestiones relacionadas con ese sector del Derecho. Pero esa importancia práctica de la materia no siempre ha ido acompañada por una elaboración teórica procedente de la doctrina científica, de manera que ha

sido notable el distanciamiento entre ambas aproximaciones. Existen, naturalmente, relevantes aportaciones monográficas, bien en forma de libro o de estudio doctrinal, sobre aspectos singulares del Derecho de daños, relativos tanto a su «parte general» (causalidad, autoría, antijuricidad, culpa, daño ...) como a los regímenes especiales de responsabilidad (productos defectuosos, derechos de la personalidad, accidentes de circulación ...). Aunque se echan en falta elaboraciones globales marcadas por el afán de realizar una exposición sistemática, completa y ordenada de este complejo sector normativo y jurisprudencial. A este intento responden, como más sobresalientes y recientes en el tiempo, las aportaciones de los Profesores Ricardo de Ángel (*Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, 1.^a ed. de 1992), Encarna Roca (*Derecho de daños*, Tirant lo blanch, 3.^a ed. de 2001), Luis Díez-Picazo (*Derecho de daños*, Civitas, 2000) y Mariano Yzquierdo Tolsada (*Sistemas de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001), así como, desde una perspectiva más peculiar, la revista electrónica editada por el Profesor Pablo Salvador disponible en <www.indret.com>, que puntualmente asiste a una cita con el ciberespacio.

El libro que tengo el gusto de presentar, coordinado por el Profesor Fernando Reglero Campos, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Castilla-La Mancha, con destino en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real, se inscribe decididamente en esta misma línea y comparte con los mencionados la voluntad de ofrecer un estudio completo sobre nuestro Derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Basta sin embargo con una simple ojeada a su índice y a sus páginas para apercibirse de que su empeño está marcado por miras más anchas. Al menos por dos razones. En primer lugar, su carácter de obra colectiva permite a cada uno de los autores que en él participan, destacados especialistas en sus respectivas materias, consagrar su atención a un aspecto particular del Derecho de daños. Los autores que han sumido la redacción de los capítulos del libro son, además del propio coordinador, los Profesores Clara I. Asúa González, José Manuel Busto Lago, Esther Gómez Calle, Antonio Ortí Vallejo, M.^a Ángeles Parra Lucán, Elena Vicente Domingo y Mariano Yzquierdo Tolsada. Todos ellos, como se ha dicho, reputados especialistas en las materias que respectivamente exponen. En segundo lugar, la copiosísima jurisprudencia sobre este sector del ordenamiento jurídico es expuesta con rigor a lo largo del libro, dotándolo de un valor añadido que permite augurar a esta nueva publicación de la Editorial Aranzadi una excelente acogida en el mercado. Se trataba de una tarea pendiente de realizar que aquí se afronta con honestidad y pulcritud, y que alcanza resultados dignos del mayor elogio.

2. El libro consta de un total de dieciocho capítulos, divididos en una Parte I (Parte General), que comprende los ocho primeros, y en una Parte II (Parte Especial), que abarca los diez restantes. La distinción entre lo «general» y lo «especial» en materia de daños responde al modo habitual de exponer esta materia y nos remite a una realidad que, más o menos fundada desde el punto de vista dogmático, es conocida por todos los juristas.

El capítulo I («Conceptos generales y elementos de delimitación»; pp. 46 a 162), cuya redacción corresponde al Profesor Reglero, es de tipo introductorio. Las materias que en él se analizan son las funciones de la responsabilidad civil (reparadora-compensatoria y preventivo-punitiva), la relación entre la responsabilidad civil y la Constitución (lo que remite sobre todo al estudio de la STC 181/2000 y su progenie), la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual y el régimen procesal de las acciones en defensa de intereses colectivos y difusos, incluida la legitimación de asociaciones de consumidores y usuarios y de grupos de afectados por un mismo hecho dañoso.

También el capítulo II se debe al Profesor Reglero. Bajo el título «Los sistemas de responsabilidad civil» (pp. 163 a 200) se analiza la evolución de los grandes sistemas jurídicos de responsabilidad, señalando las vicisitudes normativas y jurisprudencias que determinan el tránsito de un sistema de imputación subjetiva basado en la culpa del agente dañoso (previsibilidad y evitabilidad del daño) hacia otro de responsabilidad objetivo que prescinde de aquel elemento.

Del capítulo III («El daño»; pp. 201 a 283) es autora la doctora Elena Vicente Domingo, Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad de Burgos. En él se desarrollan con amplitud las teorías elaboradas en torno al concepto de daño, sus características, las clases de daño (que para la autora son los patrimoniales y los extrapatrimoniales), el daño corporal –donde se incluyen los *wrongfull life*–, el daño reflejo o por rebote y ciertos tópicos sobre la valoración y reparación de los daños (la consideración del *quantum* como una cuestión de hecho, la reparación específica y la pecuniaria, el principio de reparación integral y la compensación de lucros y daños). El capítulo finaliza con un análisis más detenido de la reparación del daño corporal y sus perspectivas de evolución futura.

El capítulo IV («El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas»; pp. 285 a 394) es obra del Profesor Reglero. El estudio de la causalidad no puede hacerse con independencia del régimen de responsabilidad adoptado por cada ordenamiento jurídico (o aplicado por los tribunales), y de ahí que, tras exponer los criterios de causalidad propios de un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, se analice la materia en los sistemas de responsabilidad objetiva y se constate cómo incluso en determinadas hipótesis hay responsabilidad sin imputación causal. Este capítulo constituye la sede donde se desarrollan y confrontan los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, en tanto que episodios que afectan a la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño. Lo mismo sucede con el hecho de un tercero y la culpa de la víctima, con particular atención al caso en que la «victima» de referencia es un inimputable. El capítulo finaliza con una mención a la concurrencia de culpas y a su incidencia en el nexo de causalidad.

La doctora Esther Gómez Calle, Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad Autónoma de Madrid, es la autora del capítulo V («Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno»; pp. 395 a 444). El «actor» de la responsabilidad civil es el perjudicado. Lo normal es que éste sea, simultáneamente, la víctima del daño, pero caben supuestos de perjudicados distintos de la víctima. La autora analiza la posición de los herederos de la víctima y del perjudicado, la posible transmisibilidad *inter vivos* del derecho a exigir la indemnización y los acreedores del perjudicado. El sujeto responsable es el dañante, y cuando hay una pluralidad de ellos hay que plantearse si la responsabilidad entre ellos es solidaria o no. Tampoco merece atención la hipótesis de causación del daño por un miembro indeterminado de un grupo. En el capítulo se analizan la responsabilidad civil de las personas jurídicas y la responsabilidad por hecho ajeno (arts. 1903 y 1904 CC).

El capítulo VI («La responsabilidad civil en el proceso penal»; pp. 445 a 517) es obra del profesor Mariano Yzquierdo Tolsada, Catedrático de Derecho civil en excedencia y Profesor Ordinario de responsabilidad civil en la Universidad Pontificia de Comillas. Se trata, como es sabido, de una de las cuestiones más complejas en este campo, una vez que el Código penal de 1995 optó, no sin críticas, por mantener nuestra tradicional posición. Que el hecho dañoso sea constitutivo de infracción penal da lugar a que, en tema de responsabilidad civil, existan diferencias de régimen al menos en los siguientes aspectos, debidamente examinados

por el autor: la carga de la prueba de la culpa de los guardadores legales, el diseño de la responsabilidad de padres y tutores, la responsabilidad del empresario por hecho de sus dependientes, la responsabilidad de los centros de enseñanza no superiores, la responsabilidad del Estado y demás entes públicos, la responsabilidad plural y el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad. El ejercicio de la acción civil de responsabilidad en el proceso penal provoca también soluciones diferentes en función del modo de finalización de dicho proceso (con sentencia condenatoria sin reserva de acción civil, con sentencia condenatoria y reserva de esa acción o por sobreseimiento). Dictándose sentencia en la vía penal, es obligado plantearse, y así lo hace el autor, su incidencia en el orden civil y su eficacia de cosa juzgada.

«La prescripción de la acción de reclamación de daños» es objeto del capítulo VII (pp. 519 a 602), escrito por el profesor Reglero. No es necesario subrayar la enorme trascendencia práctica de la cuestión, determinante de los vericuetos recorridos desde años por nuestros Tribunales para escapar de la brevedad del plazo del artículo 1968.2.º CC. A lo largo del capítulo se realiza una minuciosa y completa exposición de la casuística sobre el momento de comienzo del cómputo del plazo de la acción de reclamación de daños y sus variables (en caso de lesiones, de daños continuados, de daños diferidos, de aparición de nuevos daños o agravación de los anteriores ...), así como de la prescripción de la acción de daños por hechos por los que se han seguido actuaciones penales.

La Parte General del Tratado finaliza con el capítulo VIII («El seguro de responsabilidad civil», pp. 603 a 713), debido igualmente al profesor Reglero. El actual régimen sustantivo de la responsabilidad civil no se comprende si no es por la influencia que desde principios del siglo XX ha venido desempeñando el contrato de seguro, y de ahí el acierto que reviste estudiar con rigor el seguro de responsabilidad en un volumen de Derecho de daños. Esta conclusión está hoy fuera de toda duda. A lo largo de este capítulo se analizan los elementos subjetivos (asegurador, asegurado y tercero) y los elementos objetivos (riesgo y siniestro, con particular atención, a los efectos del art. 3 LCS, a la distinción entre cláusulas de delimitación del riesgo y cláusulas limitativas de derechos) del contrato, así como las cláusulas *claim made* en sus diversas formulaciones. El régimen de la acción directa es también objeto de un amplio tratamiento, y lo mismo sucede con el régimen de la mora del asegurador previsto en el artículo 20 LCS, sucesivamente reformado.

3. En la Parte Especial del *Tratado de Responsabilidad Civil* se examinan algunos regímenes particulares del Derecho de daños, de esos que la manualística ha dado en llamar «responsabilidades especiales» o «sistemas especiales de responsabilidad civil». Cabe que la selección de las «responsabilidades especiales» estudiadas en esta Parte Especial sea tildada de incompleta, y que, por tal razón, se eche en falta el tratamiento de alguna de ellas de corte más moderno (daños medioambientales, por ejemplo), o bien se considere que alguna de las allí examinadas es merecedora de un tratamiento más amplio (pienso en particular en la responsabilidad en la explotación y práctica de actividades de riesgo, estudiada en el capítulo XVI). Pero se trata de apreciaciones menores –toda selección comporta siempre algo de aleatoriedad–, susceptibles de ser fácilmente mejoradas en sucesivas ediciones de la obra.

El capítulo IX («Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor», pp. 717 a 958) se debe a la pluma del profesor Reglero. Es, con sus más de doscientas páginas, el capítulo más largo del libro. El tratamiento de la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación comprende tanto la

vertiente sustantiva como la procesal, lo que se justifica, de un lado, porque es una misma norma jurídica (la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, que forma parte de la Ley 30/1995) la que regula ambos aspectos, y, de otro, porque la práctica forense demuestra con creces que en este sector de la responsabilidad civil lo sustantivo y lo procesal se encuentran indisolublemente unidos (piénsese sin ir más lejos en la articulación entre las diligencias y el ulterior proceso civil que la víctima puede poner en marcha para obtener la íntegra reparación del daño). El capítulo comprende también un amplio tratamiento del seguro obligatorio de automóviles, de los intereses moratorios previstos en la discutidísima –pero ya hoy derogada y sustituida por el art. 20 LCS- DA 3.^º de la Ley Orgánica 3/1989, de la cobertura en este tipo de daños personales del Consorcio de Compensación de Seguros y del sistema de valoración de daños personales aprobado por el baremo de la Ley de responsabilidad civil y con la jurisprudencia constitucional en la mano, muy de cerca. Téngase en cuenta, además, que en el momento presente se encuentra pendiente de incorporación al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/26/CE, de 16 de mayo (cuarta Directiva sobre seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor), cuya transposición se pretende llevar a cabo a través de la llamada «Ley Financiera».

En el capítulo X la Profesora Clara I. Asúa González, Catedrática de Derecho civil de la Universidad del País Vasco, analiza la «Responsabilidad civil médica» (pp. 959 a 1032). Se trata de una materia que la doctora Asúa ya había tratado con brillantez en la ponencia que desarrolló en la reunión de la Asociación de Profesores de Derecho civil celebrada en el año 2000 en Santiago de Compostela. La autora distingue el campo propio de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en los daños médicos y examina con detalle los criterios de imputación de la responsabilidad en el ámbito sanitario. Junto con el tradicional criterio de la culpa médica, valorada sobre cánones eminentemente profesionales (*lex artis ad hoc*), en este campo viene desempeñando un papel fundamental la aplicación de los criterios propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en la medida en que la inmensa mayoría de las reclamaciones por responsabilidad médica se dirigen contra las instituciones sanitarias del sistema público. Lo que remite derechamente a la autora al estudio del régimen de responsabilidad establecido en la Ley 30/1992 y a sus muchas peculiaridades, destacadamente la responsabilidad también por el funcionamiento normal de los servicios públicos, cuyos efectos perversos, que esporádicamente se han presentado alguna vez en los tribunales, parecen haber sido elevados a categoría por algún sector doctrinal. El capítulo culmina con las consecuencias que se derivan de la enumeración de los servicios sanitarios dentro del artículo 28 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

El capítulo XI («Responsabilidad de padres y centros docentes»; pp. 1033 a 1106) es debido a la profesora Esther Gómez Calle, reconocida especialista en esta materia con estimulantes trabajos que arrancan desde su propia tesis doctoral. La primera parte del capítulo se consagra al estudio de la responsabilidad de los padres, esto es, del artículo 1903.II CC, que establece una responsabilidad directa –y en la práctica judicial cuasiobjetiva– de los padres por los daños causados por sus hijos menores. Se examinan los presupuestos de la responsabilidad paterna (de modo preeminente, la guarda del padre sobre el hijo) y las posibles responsabilidades que la víctima puede exigir en este caso. Consideración aparte merece la responsabilidad civil derivada de la comisión por el menor de una infracción tipificada como delito o falta, materia que cuenta con una regulación propia recogida en el artículo 61 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, regu-

ladora de la responsabilidad penal de los menores. La autora trata de poner orden en este complejo –innecesariamente complejo, habría que decir– panorama normativo. La segunda parte del capítulo XI está consagrada al estudio de la responsabilidad de los centros docentes por actos dañosos de sus alumnos, ya sean o no constitutivos de infracción penal.

El profesor Mariano Yzquierdo Tolsada es autor del capítulo XII, titulado «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)» (pp. 1107 a 1174). No se limita el autor, con todo, a una simple exposición de las medidas indemnizatorias a las que pueden acudir las víctimas de una lesión de esos derechos, sino que realiza un estudio de más amplio alcance, que empieza por analizar el concepto clave en esta disciplina: la «intromisión ilegítima» de que habla el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982. La solicitud de una indemnización es uno más de los remedios que el ordenamiento jurídico pone a disposición de la víctima, junto con los otros que allí se examinan (acciones de cesación, cautelares y de abstención). En el ámbito específicamente indemnizatorio, destaca el estudio del alcance práctico de la presunción de perjuicio que, como gran novedad en su tiempo, contempló la Ley Orgánica 1/1982. El capítulo termina con el estudio de la legitimación activa y pasiva en materia de difamación, el plazo para el ejercicio de acciones y las especificidades en materia de menores.

Los capítulos XIII («La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales»; pp. 1175 a 1259) y XIV («Responsabilidad civil de administradores de sociedades»; pp. 1261 a 1339) se deben a la pluma de la profesora M.º Ángeles Parra Lucán, Catedrática de Derecho civil en la Universidad de La Laguna. En el primero de los capítulos mencionados, materia sobre la que la autora es una reconocida experta, la profesora Parra realiza una completa exposición del régimen de daños por productos, que arranca en los artículos 25 y siguientes de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y termina en la Ley 22/1994, de incorporación al Derecho interno de la Directiva de 1985 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. El capítulo culmina con el régimen de la responsabilidad por prestación de servicios defectuosos, materia sobre la que la Unión Europea está últimamente decidida –veremos si con éxito– a acometer una regulación armonizada.

La responsabilidad civil de los administradores de sociedades es rigurosamente analizada en el capítulo XIV. Después de describir el régimen general de responsabilidad de los administradores, el sistema de responsabilidad acogido en las vigentes leyes sobre sociedades y los sujetos responsables, se analizan por separado las diversas acciones legalmente reconocidas: la acción social, la acción individual y la responsabilidad por deudas sociales, con particular mención al caso prototípico de la jurisprudencia (la responsabilidad por no promoción de disolución de la sociedad insolvente).

El capítulo XV («Los daños causados por animales»; pp. 1341 a 1356) se debe a la profesora Elena Vicente Domingo. Se trata de un capítulo breve, pero suficiente para poner de relieve el carácter objetivo que adorna la responsabilidad civil por este tipo de daños, confirmado de manera unánime por la jurisprudencia.

Antonio Ortí Vallejo, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Granada, es autor del capítulo XVI, titulado «Responsabilidad en la explotación y práctica de actividades de riesgo» (pp. 1357 a 1389). Dentro del amplio abanico de actividades que pueden considerarse de riesgo en el campo de la responsabilidad civil, el autor ha optado por seleccionar aquéllas que se están abriendo paso en la jurisprudencia más reciente. En este sentido, el profesor Ortí realiza un pionero estudio sobre la responsabilidad en la actividad deportiva, con exposición de

los diversos supuestos posibles (daños sufridos por el deportista, daños inferidos a terceros a consecuencia de actividades deportivas y daños a consecuencia del carácter masivo del espectáculo). Lo mismo cabe decir de las restantes actividades de riesgo generadoras de responsabilidad que se analizan: atracciones de feria, festejos taurinos, piscinas y parques acuáticos y espectáculos de pirotecnia.

La «Responsabilidad civil por accidentes de trabajo» es el título del capítulo XVII (pp. 1391 a 1423), elaborado por el profesor Yzquierdo Tolsada. En ese lugar se analizan fundamentalmente los siguientes cuatro bloques de problemas: la jurisdicción competente para el conocimiento de las indemnizaciones laboral y civil; el recargo de prestaciones económicas previsto en el artículo 123 LGSS y las acciones que corresponden a las entidades de asistencia sanitaria y a las entidades gestoras de la Seguridad Social.

La Parte Especial y el Tratado finalizan con el capítulo XVIII («La responsabilidad civil de las Administraciones públicas»; pp. 1425 a 1530), del que es autor el doctor José Manuel Busto Lago, Profesor Titular de Derecho civil en la Universidad de A Coruña. La exposición del régimen vigente de la responsabilidad civil permanecerá incompleto si no se examinara la responsabilidad de la Administración, y de ahí el acierto que supone incluir un capítulo de estas características. El profesor Busto ha sabido proporcionar al lector las líneas maestras de la responsabilidad patrimonial de la Administración, analizando la responsabilidad civil de la Administración y los sistemas asistenciales a las víctimas de determinados daños, la responsabilidad de la Administración frente a los particulares (directa o subsidiaria según los casos), la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas (con otras Administraciones del mismo tipo o con particulares), los daños resarcibles al amparo de este régimen, el papel de la antijuricidad, los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación, el criterio de imputación (funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos), las causas de exoneración de responsabilidad, el seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas, la vía de regreso de la Administración en caso de dolo o culpa grave de su personal, el procedimiento para la exigencia de responsabilidad civil, la prescripción de la acción y, en fin, la responsabilidad en casos especiales (daños causados por el funcionamiento de la Administración de Justicia y responsabilidad civil derivada de actos legislativos).

En definitiva, se trata de una obra en la que se asocian de forma armónica los aspectos teórico-dogmáticos y los prácticos, y en la que sus autores abordan con seriedad y rigor buena parte de los problemas actuales de la responsabilidad civil. Por su estructura y por la calidad de contenido, está llamada a ocupar un lugar destacado en la bibliografía española sobre la materia que constituye su objeto.

Juan José MARÍN LÓPEZ

TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A.: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, ed. Comares, Granada, 2001, 432 pp.

1. La complejidad y actualidad del tema de las uniones de hecho pone de manifiesto la especial relevancia de la presente monografía realizada por Talavera Fernández.

En la obra se abordan dos de las cuestiones más polémicas y trascendentales en relación con esta materia. Por un lado, la necesidad de determinar si la convivencia afectiva desarrollada fuera del matrimonio está amparada por un «derecho

fundamental a no casarse», lo que justificaría su institucionalización jurídica. Y por otro, la delimitación conceptual de las uniones de hecho y el papel que la orientación sexual tiene en las mismas.

La presente obra no es una mera especulación teórica. Se encuentra avalada por numerosas referencias tanto sociológicas como estadísticas, que son el complemento necesario a la reflexión crítica de la dogmática civil y al estudio en profundidad de la legislación dictada por las distintas Comunidades Autónomas, a las distintas propuestas de regulación existentes en nuestro país y a la regulación que en Derecho comparado europeo existe en esta materia.

La monografía de Talavera Fernández es esencial para todo aquel que busque tener una visión global sobre dichas cuestiones polémicas; tanto por su estudio riguroso sobre la institucionalización jurídica de las uniones de hecho, como por su preocupación por el reconocimiento de derechos a las uniones homosexuales. A lo largo de toda su investigación destaca su claridad expositiva y su coherencia argumental.

La estructura de la monografía es la siguiente: una introducción (donde se situa al lector en los temas objeto de estudio de la obra) y nueve capítulos. Los cuatro primeros se refieren al planteamiento general del fenómeno social de las uniones de hecho, destacando su proceso de consolidación en la sociedad, la necesidad de delimitar el concepto de unión y las vías posibles de protección constitucional de estas uniones en virtud de un derecho fundamental a no casarse. En los capítulos V y VI la investigación se centra en la institucionalización jurídica de las uniones tanto heterosexuales como homosexuales, pasando en los dos capítulos siguientes a analizar las propuestas de regulación estatal de las uniones de hecho en España y la legislación autonómica existente en el momento de la publicación (con posterioridad Madrid, Valencia, Baleares y Asturias han aprobado su regulación en esta materia). Por último, en el capítulo IX, el autor nos expone su propuesta de regulación, determinando los criterios y principios que permitirían desarrollar un estatuto jurídico coherente para las uniones de hecho.

2. Como hemos señalado, Talavera Fernández dedica el capítulo I al estudio de *las relaciones de convivencia y al cambio de mentalidad* que se ha experimentado en la sociedad relativo a la concepción de la convivencia en pareja fuera del matrimonio.

2.1. El autor afirma que dicho cambio se manifiesta fundamentalmente en una nueva concepción de las relaciones de pareja que pone de manifiesto lo que denomina «el paradigma de la diversidad de los modelos familiares». No obstante, esa multiplicidad de relaciones familiares que en la actualidad son aceptadas socialmente, impiden una clara identificación de un concepto social de familia y de matrimonio.

2.2. *La consolidación de las uniones de hecho* se asienta en diversos motivos. Entre los más relevantes, el autor menciona: el cambio de las funciones socioeconómicas de la familia, la incorporación de la mujer al mundo laboral, la pérdida de importancia social del matrimonio (con el consiguiente vaciamiento institucional del modelo matrimonial) y el proceso de disociación entre matrimonio, sexualidad y procreación.

2.3. Finaliza el autor este capítulo realizando *una aproximación sociológica* a las uniones no matrimoniales en busca de los principales motivos por los que se convive sin matrimonio. A su juicio, dos son los esenciales. El primero es la no formalización, ya sea voluntaria o no, y el segundo es la mayor funcionalidad de la unión por cuestiones de edad y por motivaciones económicas o legales (su fácil ruptura, por ejemplo). En este último epígrafe del capítulo I se introdu-

cen asímismo las tablas estadísticas, donde se contienen los datos cuantitativos de las inscripciones en los registros municipales y autonómicos de uniones de hecho de Barcelona, Comunidad Valenciana y Comunidad de Madrid.

3. Por lo que se refiere a *la delimitación conceptual de la unión de hecho*, el capítulo II consta de cuatro grandes apartados, destacando entre ellos los relativos al análisis de la doctrina *iusprivatista* y el problema de la analogía entre matrimonio y pareja de hecho.

3.1. Talavera Fernández aborda la cuestión desde un nuevo enfoque. Considera que «lo que la unión de hecho pretende no es desarrollar una relación afectiva de pareja al margen del Derecho, sino al margen del matrimonio». Para el autor, el reconocimiento de efectos jurídicos específicos a las uniones de hecho por parte del ordenamiento no consiste en renunciar a su concepción como institución, sino a no ser una institución jurídico-matrimonial.

3.2. A continuación, profundiza en el estudio del perfil de la figura de la unión de hecho que, a pesar de su heterogeneidad, ha desarrollado *la doctrina iusprivatista* imperante. Partiendo de una breve mención a las cuestiones terminológicas, el epígrafe se centra en la sistematización que dicha doctrina realiza de los elementos constitutivos de estas relaciones de hecho. Destaca la necesidad del carácter monógamo de la relación, la existencia de una comunidad de vida basada en la voluntad de convivir en un mismo domicilio, su carácter estable y la presunción del mismo en el caso de existir hijos comunes, la ausencia de formalización constitutiva, la notoriedad de la relación como presupuesto para el reconocimiento de efectos, y finalmente, la ausencia de un deber recíproco de solidaridad entre los convivientes o de unidad económica entre ambos.

3.3. El autor se detiene especialmente en *el problema de la analogía* entre el matrimonio y la unión de hecho. Tras presentar la doctrina y analizar la jurisprudencia existente, Talavera Fernández concluye con una importante matización dentro de este problema. Afirma que si bien es cierto que ambas figuras, matrimonio y unión de hecho, no son equiparables en cuanto a su dimensión institucional, en el plano de las relaciones afectivas y de la convivencia *more uxorio* manifiestan una clara semejanza que justificaría que en determinados casos se otorgase un tratamiento equiparable a ambas situaciones.

3.4. Para finalizar este capítulo, el autor se plantea *la relevancia de la orientación sexual* a la hora de delimitar el concepto de pareja de hecho, es decir, si dicha orientación constituye un criterio relevante para poder afirmar la existencia de una convivencia *more uxorio* o no.

La doctrina mayoritaria parte de la heterosexualidad como un elemento constitutivo de la unión. Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria no menciona la necesidad de una orientación sexual determinada.

Aunque la tesis del autor en este tema es minoritaria doctrinalmente, él considera necesario el reconocimiento de la posibilidad de *afecatio maritalis* entre personas del mismo sexo, defendiendo la viabilidad de protección por parte del ordenamiento de la convivencia *more uxorio* con independencia de la orientación sexual de las personas que la desarrollen.

4. Pero, ¿es posible exigir la institucionalización jurídica de un modelo de convivencia alternativo al matrimonio? A esta pregunta da respuesta Talavera Fernández en el siguiente capítulo titulado, «*Encaje constitucional de la unión de hecho: ¿pareja o familia?*».

El autor comienza mostrando la relación entre el matrimonio y la familia. Para ello hace referencia a los elementos que configuran ambos conceptos y llega a la conclusión de que en nuestro sistema constitucional no podemos afirmar la existencia de un único modelo de familia susceptible de la protección del artícu-

lo 39 CE. Aunque de momento, el único modelo que se contempla específicamente es el de la familia formada a través del matrimonio.

Completa el capítulo con un estudio detallado de las sentencias del Tribunal Constitucional más relevantes en este tema como son la STC 184/1990, de 15 de noviembre, y especialmente la STC 222/1992, de 11 de diciembre. El autor realiza un análisis crítico de esta última sentencia (especialmente de su FJ 4.º), poniendo de manifiesto sus contradicciones argumentales.

Considera con buen criterio el autor que si admitimos la posibilidad de la existencia de una unión de hecho sin familia, el fundamento de la exigencia de la regulación de las uniones de hecho no tendríamos que buscarlo en el artículo 39 CE, donde se contempla la protección de la familia, sino que lo correcto sería acreditar tal reconocimiento desde el artículo 32 CE donde se protege el derecho a contraer matrimonio.

5. El principal objetivo del capítulo IV consiste en afirmar la existencia de un *derecho a no casarse* como dimensión pasiva del derecho fundamental a casarse que se contiene en el artículo 32 CE.

5.1. Talavera Fernández realiza en el primer epígrafe de este capítulo toda una serie de precisiones sobre el derecho fundamental a casarse como derecho subjetivo individual. Derecho a casarse que enfoca desde dos perspectivas distintas: como libertad/potestad jurídica que admite su ejercicio facultativo y como permiso constitucional sirviendo de modelo o guía de conducta.

El contenido de este derecho constitucional supone, según el autor, una prohibición de inferencia por parte de los terceros que pretendan impedir u obstaculizar su ejercicio, pero también la prohibición de cualquier tipo de actividad conducente a su imposición.

5.2. Del contenido del artículo 32 CE no podemos deducir la prohibición de las relaciones afectivas no matrimoniales. Además, determinados permisos constitucionales poseen una dimensión pasiva que implica no sólo la posibilidad de realizar un determinado acto, sino también el derecho a no hacerlo. El autor pone como ejemplos de tales permisos el artículo 16 CE referido a la libertad religiosa, el artículo 22 CE que reconoce el derecho de asociación o el artículo 28 CE relativo al derecho a sindicarse.

Prosigue la investigación intentando determinar la dimensión pasiva del derecho al matrimonio y la motivación de su concepción como derecho fundamental. Talavera Fernández afirma que «si el derecho al matrimonio como permiso constitucional no se consagra porque se suponga de alguna manera amenazado, ni tampoco porque su garantía resulte indispensable por ser el único medio de constituir una familia, entonces, debemos entender que sólo puede justificarse como un derecho de libertad que incluye ... una dimensión pasiva, es decir, un correlativo derecho a no casarse».

La tesis de la jurisprudencia es contraria a la defendida por el autor, rechazando mayoritariamente la existencia de tal derecho a no casarse. Pero también manifiesta el Tribunal Constitucional que a pesar de que el modelo constitucional idóneo de convivencia es el matrimonial, esto no imposibilita la adecuada institucionalización jurídica de otro tipo de modelos de convivencia como pueden ser las uniones de hecho acorde con sus especificidades.

6. Partiendo del anterior criterio legitimador, en el capítulo V de la monografía se exponen los principales problemas que surgen a la hora de llevar a cabo la *institucionalización jurídica del derecho a no casarse*.

6.1. Inicia Talavera Fernández el estudio de este epígrafe con una serie de consideraciones previas relativas al marco jurídico general de la convivencia de hecho y su repercusión en el Derecho de familia y en el Derecho público. Aboga

por la necesidad de que la regulación jurídica se mueva dentro de unos límites. Unos de carácter externo, que no se identifiquen con el régimen matrimonial, y otros de carácter interno que garanticen la protección del conviviente más débil en el momento de la ruptura de la relación.

No resulta coherente, según su opinión y en virtud de la naturaleza de este tipo de relaciones afectivas, la imposición de obligaciones a los convivientes en el ámbito personal y tampoco en el patrimonial. Si bien, es cierto que en este último supuesto es oportuno establecer una normativa subsidiaria que garantice un mínimo de justicia y equidad entre los miembros de la pareja de hecho. Propone la aplicación de las previsiones establecidas en los artículos 1318 a 1324 CC, puesto que éstas no están pensadas en clave matrimonial sino en el contexto de un planteamiento más amplio como es el del desarrollo de una vida común.

6.2. En el segundo de los apartados, el autor estudia *el problema de la ruptura de la convivencia*. Considera que aunque no puede ser penalizada por ser éste un medio de coartar la libertad que caracteriza estas relaciones, tampoco resulta admisible la posibilidad de una disolución sin ningún tipo de consecuencias, ya que esto podría dar lugar a situaciones de precariedad o a desequilibrios entre los miembros de la pareja, que no pueden ser tolerados por el ordenamiento jurídico.

De ahí que el fundamento de las indemnizaciones en el momento de la ruptura se encuentre en el hecho de la convivencia afectiva estable, que implica un compromiso de solidaridad mutuamente asumido por las partes y que obliga a garantizar la protección del conviviente más débil en ese momento.

6.3. Talavera Fernández finaliza el capítulo analizando la relación de los miembros de la pareja de hecho con los terceros. Centra su investigación en la protección pública de este tipo de relaciones afectivas, y determina los distintos campos en los que dicha protección sería necesaria.

Menciona en este sentido la asistencia sanitaria, las prestaciones por fallecimiento y los derechos laborales. Hace especial hincapié en el tratamiento de la pensión de viudedad del conviviente no casado. Este último es un tema especialmente controvertido. El Tribunal Constitucional niega el reconocimiento de dichas pensiones porque su atribución se basa en la existencia de un vínculo matrimonial y no en el hecho de la convivencia. El autor discrepa frontalmente con esta postura y considera que los motivos por los que se niega el reconocimiento de este tipo de pensiones a los convivientes son de índole política y económica, pero no jurídica.

7. Especial atención merece dentro de la presente monografía el capítulo VI, puesto que son escasos los trabajos existentes en nuestra doctrina sobre el problema de la *institucionalización jurídica de las uniones homosexuales* y en dicho capítulo se realiza un análisis minucioso del mismo.

7.1. En primer lugar se detiene en la evolución que el tratamiento jurídico de las relaciones homosexuales ha experimentado desde su tipificación como delito hasta la Resolución 924 (1981) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que supone el primer reconocimiento jurídico internacional del derecho a tener una determinada orientación sexual y no ser discriminado por ello. Utiliza como ejemplo de la citada evolución en esta materia la situación de los transexuales frente al matrimonio tanto en Europa como en nuestro país. Destacando también la distinta postura que en nuestro ordenamiento mantienen al respecto el Tribunal Supremo (contrario al reconocimiento del matrimonio de los transexuales) y la Dirección General de los Registros y del Notariado (favorable a tal reconocimiento).

Finaliza este apartado mencionando, brevemente, cuál es la situación de las uniones de hecho en ámbito del Derecho comunitario, y la tendencia del Tribunal

Europeo de Derechos Humanos y las previsiones realizadas en distintos Tratados, por ejemplo en el Tratado de Amsterdam, conducentes a la supresión de todo tipo de discriminación basada en la orientación sexual del individuo.

7.2. En la segunda parte del capítulo, analiza el estado de la cuestión dentro de las regulaciones existentes en los países del entorno europeo donde se reconoce jurídicamente a las uniones homosexuales.

Menciona los rasgos más relevantes de las legislaciones de los países nórdicos donde se busca este reconocimiento mediante el establecimiento de un estatuto jurídico similar al matrimonial (Dinamarca, Suecia, Noruega). Estudia con mayor detenimiento, la nueva legislación holandesa, por ser la primera en el mundo que ha concedido a la pareja homosexual una plena equiparación al matrimonio. También se detiene en la ley francesa de uniones de hecho que regula los Pactos Civiles de Solidaridad (PACS), si bien esta opción legislativa es menos arriesgada e implica un menor grado de reconocimiento de derechos pues, tal y como los califica el autor, los PACS no son nada más que contratos de convivencia.

7.3. Talavera Fernández deja constancia del debate jurídico existente en nuestro país sobre la institucionalización de las uniones homosexuales. Comienza exponiendo el carácter minoritario de este tipo de relaciones afectivas a nivel estadístico, para pasar a continuación a dar muestra de los argumentos dogmáticos existentes sobre esta cuestión. Dentro de los de carácter favorable menciona el libre desarrollo de la personalidad y la desconexión entre sexualidad y procreación; y de los argumentos a contrario cita la necesaria protección de la convivencia heterosexual y de la estabilidad social.

Posteriormente, profundiza el autor en la viabilidad constitucional de la admisión del *matrimonio homosexual* en virtud del contenido del artículo 32 CE. Son tres las respuestas posibles: *a*) cabe entender que del contenido de dicho artículo se desprende la exigencia de un matrimonio homosexual; *b*) considerar que la Constitución prohíbe este tipo de matrimonios; o *c*) sostener, como hace Talavera Fernández, que el contenido del artículo 32 CE no exige, pero sí permite el reconocimiento constitucional de la posibilidad de acceso por parte de dos personas del mismo sexo a un «estatuto jurídico equiparable al matrimonio en sus formalidades y en sus efectos».

7.4. Para concluir este capítulo estudia la segunda vía de reconocimiento jurídico para las parejas homosexuales a través de su tratamiento como uniones de hecho. Esta vía no soluciona los problemas relativos al reconocimiento del derecho al matrimonio homosexual, sino que protege la convivencia afectiva estable con independencia de la orientación sexual.

Ahora bien, tal regulación de *la unión de hecho homosexual* puede ser: *a*) en una sola figura legal que contemple tanto la unión heterosexual como la homosexual, tomando como argumento el hecho de la convivencia; o *b*) en figuras legalmente diferenciadas, basando tal distinción en la posibilidad de engendrar descendencia biológica y en la posibilidad de acceso al matrimonio.

El autor afirma que en todo lo perteneciente al estatuto jurídico básico de la unión, es decir, en todo lo que es imprescindible para garantizar el establecimiento y desarrollo de la convivencia *more uxorio*, la equiparación de la regulación es necesaria. Pero también señala cómo dentro de estos elementos básicos del estatuto no estarían materias como la adopción, la patria potestad o la inseminación artificial.

En el último apartado del presente capítulo, Talavera Fernández estudia con especial detenimiento el problema de *la adopción por parte de las uniones homosexuales*. Considera acertadamente este autor que dicha materia no es propia del estatuto jurídico de la unión de hecho, ya que no estamos ante un derecho de los

adoptantes sino ante una cuestión de idoneidad de los mismos en virtud del interés de quien va a ser adoptado. Por este motivo afirma que serán las futuras modificaciones de la legislación en materia de adopción las que deban abordar este problema y no plantearse en el marco del estatuto jurídico de las uniones de hecho.

8. Expuestos en los anteriores capítulos los aspectos generales sobre el reconocimiento de la unión de hecho, se examina en los dos siguientes *las propuestas de regulación en España* y la regulación autonómica existente en nuestro país.

8.1. Tras una breve referencia contextual sobre la evolución de la regulación en nuestro país, se centra en el planteamiento general de las propuestas. Los principales temas abordados en todas ellas son: *a) la aceptación de la afectividad como un elemento definitorio de la unión de hecho; b) la relevancia de la orientación sexual; y c) su institucionalización jurídica dentro del Derecho de familia.*

8.2. En el segundo apartado del capítulo VII, Talavera Fernández analiza en profundidad la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria para el «Reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estable». Inicia su exposición haciendo referencia a la justificación de tal proposición, para luego entrar a examinar en detalle el concepto de unión de hecho que en ella se establece, los requisitos necesarios para acreditar la convivencia y la extinción de la relación y sus efectos jurídicos.

Concluye el autor con una valoración crítica. Destaca por un lado la unificación del concepto de unión de hecho con independencia de la orientación sexual de sus componentes, pero también manifiesta la existencia de defectos de redacción, de coordinación con la legislación vigente y de contingencias no previstas por dicha Proposición de Ley.

8.3. Prosigue el análisis de las proposiciones legislativas con un extenso estudio de la Proposición de Ley Orgánica del Grupo Parlamentario Popular de «Contrato de Unión Civil». El objetivo que se pretende alcanzar con esta propuesta no es establecer un estatuto jurídico básico de la unión de hecho, sino crear un especie de contrato de adhesión para la cooperación y la convivencia.

Después de determinar cada uno de los aspectos esenciales de este tipo contractual (capacidad, objeto, causa, régimen económico, forma, ...), y las modificaciones que su aprobación supondría en los distintos cuerpos legislativos del ordenamiento (entre otros, CC, LAU, LIRPF, ...), Talavera Fernández no considera adecuada esta propuesta de Ley Orgánica. Motiva tal afirmación en el hecho de que a través de este tipo de regulación se elimina la connotación de afectividad de estas relaciones, evitando con ello otorgar la debida relevancia institucional a las uniones de hecho que él defiende.

9. El capítulo VIII se dedica al estudio pormenorizado de *la regulación autonómica de las uniones de hecho en Cataluña, Aragón y Navarra*.

9.1. El primero de los apartados se centra en la *Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Cataluña*, cuya regulación se justifica en el creciente aumento de este tipo de parejas y en la opinión pública favorable al respecto, y no en la necesidad de protección jurídica de este tipo de situaciones que hubiera sido el criterio de justificación más adecuado. Igualmente manifiesta su competencia por no tratarse de la regulación de una modalidad matrimonial y estructura su normativa en dos capítulos: uno relativo a las uniones heterosexuales y el otro a las homosexuales. Tal distinción se basa en la posibilidad de contraer matrimonio y de engendrar descendencia biológica.

De la regulación de *las uniones heterosexuales* destaca el autor la mejora sustancial que implica en lo relativo a los deberes de justicia y solidaridad entre los

convivientes, las previsiones sobre el derecho de alimentos, indemnizaciones, y pensiones periódicas. Aunque también critica determinados requisitos que favorecen a aquellas parejas que formalizan su convivencia mediante escritura pública, ya que dichos requisitos vulneran el principio de libertad y pueden poner en peligro la seguridad jurídica que pretenden promover.

Posteriormente, dentro de la regulación de *las uniones homosexuales* y de la mención de los requisitos de este tipo de unión, el autor critica la exigencia de un documento notarial como requisito constitutivo de estas uniones para ser susceptibles de protección por la ley. Según Talavera Fernández con esta exigencia lo que sucede es que no se le está otorgando a la unión homosexual un estatuto jurídico diferenciado, como el que se establece para las relaciones heterosexuales, sino que se regula una especie de contrato de convivencia para las personas de igual sexo. Esto vulnera, según el autor, el principio de igualdad al establecer una injustificada discriminación en base a la orientación sexual de los miembros de la pareja de hecho.

9.2. A continuación se refiere a la *Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a las parejas estables no casadas*. De nuevo comienza el análisis legislativo con los planteamientos generales de la regulación y con la mención a las previsiones sobre convivencia, extinción y efectos de estas uniones. En este caso, el autor señala las escasas novedades que la norma aragonesa aporta a las previsiones realizadas por la ley catalana, aunque también destaca la regulación que lleva a cabo en una sola figura del concepto de unión de hecho con independencia de la tendencia sexual de sus miembros y la plena equiparación entre matrimonio y unión en todas las materias de Derecho público competencia de dicha Comunidad Autónoma.

9.3. Finalmente la *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra* fundamenta sus disposiciones en la no discriminación por razón de la pertenencia a un grupo familiar no matrimonial. Esta ley otorga el estatuto jurídico de familia a las uniones de hecho con independencia de su orientación sexual. Talavera Fernández considera que tal posición es discutible remitiéndose al estudio realizado en los capítulos anteriores sobre el reconocimiento del derecho fundamental a vivir en pareja sin casarse y la distinción entre familia y pareja.

Tras una breve exposición de las previsiones de este cuerpo legislativo relativas al concepto de unión, la regulación de la convivencia y sus efectos legales, menciona con detenimiento los problemas que se plantean ante el reconocimiento del derecho de adopción por parte de parejas homosexuales que la ley establece en su articulado. El autor vuelve a poner de manifiesto que no es partidario de regular el problema de la adopción en sede de legislación de uniones de hecho.

10. El último capítulo de la monografía lleva por título *«Hacia una regulación coherente de las uniones de hecho»*. En él el autor pretende responder al reto de determinar cuáles son los criterios y principios necesarios para elaborar el estatuto jurídico básico de este tipo de relaciones, respondiendo con ello a la reflexión crítica desarrollada a lo largo de toda la obra.

10.1. En el primer apartado sintetiza los *fundamentos* que justifican la necesidad de esta regulación. Enumera así la existencia de un derecho fundamental a vivir en pareja fuera del matrimonio y la necesidad de su reconocimiento a través de un estatuto jurídico básico dentro del Derecho de familia. Para ello delimita como características esenciales de estas uniones su carácter fáctico y la irrelevancia de la orientación sexual de sus miembros. Igualmente destaca la primacía del principio de libertad de los convivientes para regular mediante pacto sus relaciones personales y patrimoniales; así como su plena equiparación respecto al matri-

monio en todas aquellas medidas dirigidas a la protección pública de la pareja. Y concluye manifestando el sometimiento al imperio de los principios de justicia y solidaridad de la convivencia *more uxorio*.

10.2. En el siguiente apartado Talavera Fernández realiza una aproximación al estatuto jurídico básico de la unión de hecho. En primer lugar, afirma que su ubicación estructural no debe establecerse a través de leyes especiales, sino que propone su integración dentro del Código civil como convivencia marital alternativa al matrimonio.

Parte de la base del reconocimiento de la existencia de un derecho a no casarse, fijando a continuación los *elementos sustantivos* de su estatuto jurídico, ya que no toda convivencia encuentra acomodo en el concepto de unión de hecho susceptible de reconocimiento. Estas uniones han de ser estables, basadas en un vínculo de afectividad entre sus miembros y tener un carácter notorio (evitando en todo caso incongruencias respecto a la posibilidad de exigir su formalización). Emplea un criterio negativo a la hora de determinar la capacidad de los convivientes, enumerando los supuestos en los que no es posible tal unión. También otorga prioridad a los convenios reguladores de la convivencia estableciendo un régimen económico subsidiario, pero contemplando en todo caso un reconocimiento de la potestad doméstica y realizando previsiones sobre la vivienda habitual similares a las que se contienen en el artículo 1320 CC.

Resulta indispensable para este autor la regulación pormenorizada de las causas y consecuencias de la ruptura de la unión tendentes a asegurar la efectiva salvaguarda de los derechos de los convivientes. Respeta a su vez las previsiones sucesorias del artículo 1321 CC para estos casos, ya que el contenido de este artículo responde a unos criterios mínimos de solidaridad que se derivan de la convivencia y no del vínculo matrimonial. Para finalizar considera que además de perfilar estas disposiciones sobre el régimen jurídico básico de las uniones de hecho, sería necesario también garantizar una protección pública de estas relaciones de pareja estable con independencia de que exista o no un vínculo matrimonial entre sus miembros.

Susana ESPADA MALLORQUÍN
Becaria F. P. U.
Universidad Autónoma de Madrid

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, María Rosario DÍAZ ROMERO, María Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Josep SOLÉ FELIU, Isabel SIERRA PÉREZ

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.—II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.-Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

BÉCHILLON, D.: «Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire», *RTDC*, 2002, núm. 1, pp. 47-69.

Análisis de la doctrina jurídica surgida a propósito del caso *Perruche* sobre la función del Derecho en asuntos donde la ética tiene una función importante y la tendencia antropológica del Derecho. (R. A. R.)

CARTWRIGHT, J.: «Common Mistake in Common Law and in Equity», *L. Q. R.*, 2002, vol. 118, pp. 196-200.

Frente a la tendencia a aplicar una medida de la *equity* al incurrir una parte en un error no suficientemente «fundamental» para satisfacer el test del *common law*, el juez Toulson J. considera que quien lo sufre no puede invocar aquella medida si el contrato es válido y puede hacerse efectivo con base en los principios ordinarios del derecho contractual. Entonces, según el juez, los tribunales no gozan de discrecionalidad para declarar la nulidad del contrato (*Great Peace Shipping Ltd v. Tsavliris Salvage [International] Ltd* [2001]

151 N.L.J. 1696). En esa ocasión el buque demandante fue fletado para prestar servicios de salvamento a los demandados, los cuales entendieron que aquél se hallaba a 35 millas de distancia del lugar del accidente cuando en realidad eran 410. Advertidos de esa circunstancia por un tercero, esos últimos permitieron que el buque *Great Peace* continuara su ruta hasta que se aseguraron la contratación de otro buque más cercano. Habiéndose negado a pagar dos días de flete en lugar del mínimo de cinco días previstos en el contrato, Toulson J. declara que el error en que incurrieron los demandados no es suficiente para hacer que el contrato sea sustancialmente distinto del negociado por las partes. (J. M. B. S.)

COSTANZA, M.: «*Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto— nota a Cass. 11 dicembre 2000 n. 15592*», *GC*, 2001, núm. 10, pp. 2443-2445. (M. R. D. R.)

D'AMICO, G.: «*Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*», *RDC*, 2002, núm. 1, parte prima, pp. 37-61.

Comentario acerca de las normas de validez y comportamiento en el proceso de formación del contrato, con especial tratamiento del principio de buena fe y los supuestos de dolo omisivo de información, cláusulas abusivas, abuso de posición dominante. Remedios resarcitorios. (M. R. D. R.)

FARJAT, G.: «*Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche*», *RTDC*, 2002, núm. 2, pp. 221-245.

Ante los nuevos fenómenos surgidos en los últimos años, el Derecho se ha visto afectado ante las dificultades de utilizar las categorías jurídicas tradicionales, especialmente, ante la distinción entre personas y cosas. Así, el autor, propone la creación de un nuevo concepto, el de «centro de interés», que sería una categoría intermedia para encuadrar aquellos supuestos donde falta la personalidad pero tampoco son cosas, como el embrión, los grupos de empresas, etc. (R. A. R.)

GHESTIN, J.: «*Les données positives du droit*», *RTDC*, 2002, núm. 1, pp. 11-30.

La utilización de datos positivos para encontrar una solución jurídica. Su aplicación en los métodos de interpretación. El criterio de la integración de la regla en el sistema. La búsqueda de una solución jurídica justa a través del conocimiento de datos positivos del derecho. (R. A. R.)

KENNEDY, D.: «*The Political Stakes in “Merely Technical” Issues of Contract Law*», *ERPL*, vol. 10, núm. 1, 2002, pp. 7-28.

El trasfondo político (ideológico) de las cuestiones «meramente técnicas» del Derecho contractual. (I. G. P.)

KÖTZ, H.: «*Savigny v. Thibaut und das gemeineuropäische Zivilrecht*», *ZEuP*, 2002, pp. 431-435.

De nuevo sobre el debatido tema de un Derecho civil común para Europa. El autor, en la línea de Basedow, recomienda paciencia para lo que se pre-

senta como un proceso lento que, entre otras cosas, precisa un lenguaje jurídico común a *todos* los países de la Unión Europea. Lo que todavía llevará más de treinta años, con una visión realista. (I. G. P.)

LANDO, O.: «My life as a lawyer», *ZEuP*, 2002, pp. 508-522.

El profesor Lando nos cuenta su vida profesional y algo más. El camino que le condujo a formar la Comisión Europea sobre Derecho contractual y el trabajo que se realizó hasta formular los Principios de Derecho europeo de contratos, nos ilustran sobre las razones de su postura favorable a un Derecho europeo unificado. El Código europeo, nos dice, debe ser un Código de «Principios fecundos en consecuencias» si quiere prevalecer. El camino es largo, pero, concluye, quizás el euro nos ayude. (I. G. P.)

LASSERRE-KIESOW, V.: «La compréhensibilité des lois à l'aube du XXIe siècle», *RDS*, 2002, 1er cah., núm. 14, pp. 1157-1160.

Sentidos del término comprensión de las leyes y su importancia en la disputa sobre la crisis del derecho. (R. A. R.)

LEGRAND, P.: «On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unseasonable Observations», *ERPL*, vol. 10. núm. 1, 2002, pp. 61-76.

El autor manifiesta sus opiniones como especialista en Derecho comparado sobre la pretendida unificación del Derecho europeo. Defiende la diversidad y critica el modo en el que se estudia y trabaja hacia tal meta. (I. G. P.)

MANSEN, H. P.: «Die Neuregelung des Verjährungsrechts», *NJW*, 2002, pp. 89-99.

Las nuevas normas sobre la prescripción.

La ley de modernización del Derecho de obligaciones ha reordenado completamente las normas generales sobre la prescripción de los §§ 194 y siguientes del BGB, así como las normas especiales sobre la prescripción de las acciones de garantía en el Derecho de la compraventa y del contrato de obra. Este artículo presenta las nuevas reglas y sus rasgos fundamentales. (M. P. G. R.)

MARTIN, R.: «Le droit en branches», *RDS*, 2002, 1e. cah., núm. 21, pp. 1703-1704.

El problema de la desintegración del derecho debido a la especialización. A propósito de las ramas del derecho y concretamente, del carácter del denominado «Derecho económico». (R. A. R.)

MATHIEU, B.: «De quelques exemples récents de l'influence des droits européens sur le juge constitutionnel français. A propos des décisions 2002-458 DC et 2001-455 DC», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 18, pp. 1439-1441.

Utilización de los derechos reconocidos por la Unión Europea por el juez constitucional francés en materia de no discriminación. Forma de evitar conflictos entre normas constitucionales y normas europeas y comunitarias. (R. A. R.)

MATTEI, U./ROBILANT, A. DI.: «The Art and Science of Critical Scholarship. Post-modernism and International Style in the Legal Architecture of Europe», *ERPL*, vol. 10, núm. 1, 2002, pp. 29-59.

El artículo constituye una crítica a diversas corrientes de pensamiento en la ciencia jurídica europea. Los autores consideran que una determinada ideología, trasplantada fuera de su contexto, puede cambiar su sentido, como en su opinión ocurre con el movimiento del «Critical Legal Studies», nacido en los Estados Unidos y considerado de izquierdas y post-modernista. En Europa, en cambio, el impacto de tal doctrina se convierte en una opción política conservadora, crítica frente a los intentos de cambio y unificación legislativa y en consecuencia protectora del *status quo*, contraria a la idea de un Código europeo. No obstante, teniendo en cuenta las aportaciones procedentes de las escuelas arquitectónicas, los autores apuntan que una perspectiva postmodernista no tiene que ser necesariamente contraria al proyecto de codificación europea. (I. G. P.)

MIZARAS, V./NEKROSIUS, V.: «Das neue Zivil-und Zivilprozessrecht in Litauen», *ZEuP*, 2002, pp. 466-488.

El 18 de julio de 2000 entró en vigor el nuevo Código civil de Lituania. Los autores ofrecen una visión resumida de su sistemática y contenido, así como las principales leyes especiales que lo complementan. Según los autores el nuevo texto se adapta a las circunstancias actuales del país y es conforme a los criterios internacionales y al Derecho de la Unión Europea. (I. G. P.)

MOYSAN, H.: «La codification à droit constant n'érésiste pas à l'épreuve de la consolidation», *SJ*, 2002, núm. 27, pp. I-147, 1231-1236.

Fundamento de la codificación en el siglo XIX: accesibilidad a la ley y conocimiento del Derecho. Dificultades actuales de la codificación y prácticas complementarias discutibles. (I. S. P.)

PORRARIO, D.: «Presunzioni d'insolvenza, status professionale e condizione di fallibilità nella revocatoria fallimentare- nota a Cass. 7 febbraio 2001 n. 1719», *GC*, 2001, núm. 12, pp. 2980-2990. (M. R. D. R.)

RESCIGNO, P.: «La forma codice: storia e geografia di una idea», *RDC*, 2002, núm. 1, parte prima, pp. 29-35.

Reflexión sobre el ideal codificador, desde sus inicios históricos y geográficos hasta la actual tendencia codificadora del Derecho contractual europeo. (M. R. D. R.)

TERRÉ, F.: «Pitié pour les juristes!», *RTDC*, 2002, núm. 2, pp. 247-252.

Estudio a propósito de la obra de Canto-Sperber, (*L'inquiétude morale et la vie humaine*), sobre la separación entre derecho y moral a propósito del problema del aborto. (R. A. R.)

WILHELMSSON, T.: «Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation», *ERPL*, vol. 10, núm. 1, 2002, pp. 77-94.

En su artículo el autor se ocupa de la unificación del Derecho privado europeo. Su atención se centra en el papel que en tal proceso corresponde a los académicos y las alternativas con las que se enfrentan. *Grosso modo* las posturas pueden ser favorables a una armonización sistemática con la construcción de un nuevo sistema legal europeo, o bien puede preferirse un camino fragmentado y flexible, «fragmented Europeanisation». El autor examina los criterios que presiden cada una de estas opciones y las posibilidades que ofrece un camino fragmentado, entendido como la introducción de elementos que pueden subvertir (*Legal irritants*, en expresión de Teubner) en determinadas parcerias el Derecho nacional, usando la experiencia de otros países. (I. G. P.)

ZIMMERMANN R.: «Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi», *RDC*, 2001, núm. 6, parte prima, pp. 703-763.

Comentario acerca del Derecho privado europeo y su evolución histórica desde el Derecho romano hasta nuestros días, pasando por el *Ius commune* y la dualidad del *Civil Law* y el *Common Law*.

Ánalisis concreto de diferentes temas como el régimen jurídico de la liquidación del estado posesorio, responsabilidad por vicios ocultos, compensación, riesgo del comprador, la figura del *trust*, el principio de la buena fe, fuentes del derecho, etc. (M. R. D. R.)

DERECHO DE LA PERSONA

AUVRET, P.: «La détermination des personnes responsables. (Réflexions sur l'application de la responsabilité en cascade à Internet)», *GP*, 2002, núm. 132-134, pp. 17-29.

Problemas de aplicación de la legislación francesa a la hora de determinar los responsables en materia de infracción mediante internet. Consecuencias de la aplicación del artículo 93.3 de la Ley de 29 de julio de 1982 de aplicación a varios sujetos. (I. S. P.)

BENABOU, V. L.: «Puiser à la source du droit d'auteur», *RIDA*, núm. 192, abril 2002, pp. 3-109.

Desde la perspectiva del Derecho francés, la autora confronta las fuentes del Derecho de autor con el sistema vigente en esta materia, con el fin de reflexionar acerca de algunas de las críticas que el sistema recibe y que han llevado a cuestionar si no habrá muerto el Derecho de autor. (C. J. D.)

BIGOT, CH.: «L'exercice d'un droit de réponse et l'internet», *GP*, 2002, núm. 132-134, pp. 6-12.

Adaptación del derecho de réplica a las nuevas situaciones, concretamente a internet. Posible aplicación, mediante una adaptación, del artículo 6 de la Ley de 29 de julio de 1982 en materia de comunicación audiovisual. (I. S. P.)

BONI, G.: «Tutela rispetto al trattamento dei dati personali tra sovranità dello Stato e sovranità della Chiesa cattolica», *DFP*, 2001, núm. 4, pp. 1687-1768.

Estudio acerca de la normativa jurídica italiana sobre datos personales de carácter religioso. (*Alma R. G.*)

BRUN, S.: «*Danno biologico e dies a quo della prescrizione— nota a Cass. 10 giugno 2000 n. 7937*», *GC*, 2001, núm. 11, pp. 2772-2776. (*M. R. D. R.*)

COMOGLIO, M. P.: «*L'effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 471-482.

El artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Precedentes normativos y fuentes jurisprudenciales. La efectividad de los recursos jurisdiccionales y de las formas de tutela. (*Alma R. G.*)

CONCI, P.: «*La nuova disciplina dell'aiuto attivo a morire e del suicidio clinicamente assistito nei Paesi Bassi*», *DFP*, 2001, núm. 4, pp. 1787-1797.

Disciplina normativa de la eutanasia en los Países Bajos. (*Alma R. G.*)

DEGUERGUE, M.: «*Le point de vue du publiciste sur l'arrêt Perruche*», *GP*, 2002, núm. 111-113, pp. 5-10.

Estudio sobre las consecuencias jurídicas ante el nacimiento de un niño incapaz por error médico, de acuerdo con la jurisprudencia emitida por la Corte de casación francesa en el asunto «*Perruche*». (*I. S. P.*)

FICSOR, M.: «*How much of what? The “three-step test” and its application in two recent WTO dispute settlement cases*», *RIDA*, núm. 192, abril 2002, pp. 111-251.

En el marco del mecanismo de solución de litigios de la OMC, las decisiones de los grupos especiales están incidiendo en una evolución de la jurisprudencia. El autor analiza dos casos recientes (en materia de patentes y en materia de derecho de autor) en cuya solución se han aplicado las «tres condiciones acumulativas» («*three-step test*»), inventadas con ocasión de la Conferencia de revisión de Estocolmo (1976), previstas en el artículo 9.II del Convenio de Berlín a fin de determinar la extensión de las limitaciones y excepciones al derecho exclusivo de reproducción del autor, y extendidas primero —como «triple criterio»— al conjunto de los derechos de autor (reconocidos por este título, no a los derechos afines) en el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC (1994), y —posteriormente— a otras muchas aplicaciones. (*C. J. D.*)

FRISONI, P.: «*Nuovo intervento della Cassazione in merito al divieto di propaganda pubblicitaria di prodotti da fumo*», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 125-133.

La prohibición de propaganda publicitaria del tabaco entre la libertad de iniciativa económica y el derecho de información. (*Alma R. G.*)

FROMMEYER, I.: «*Persönlichkeitsschutz nach dem Tode und Schadensersatz*— *BGHZ* 143, 214 ff. («*Marlene Dietrich*») und *BGH*, *NJW*, 2000, 2201 f. («*Der blaue Engel*»)», *JuS*, 2002, pp. 13-18.

Protección de la personalidad después de la muerte e indemnización.

El artículo gira en torno a dos casos resueltos por el BGH conocidos como caso «Marlene Dietricht» y «El ángel azul». Ambos tuvieron su causa en hechos ocurridos inmediatamente después del fallecimiento de la actriz germana instalada en Hollywood. En ambos casos se habían utilizado con fines comerciales imágenes de la actriz y de la película citada. La hija de Marlene Dietricht, María Rvia, exigió la cesación de esas actividades y la indemnización de daños y perjuicios a terceros por la utilización comercial de la imagen y el nombre de su madre. (M. P. G. R.)

GAUTIER, P-Y.: «De la prescription des infractions commises sur l'internet ... et dans le monde physique», *RDS*, 2002, 1er cah., núm. 23, pp. 1852-1855.

Utilización de internet para cometer delitos. Problemas de su prescripción y prueba ante los tribunales. Derecho a la reparación de la víctima. (R. A. R.)

GRAZIOSO, G.: «Sulla legittimazione attiva e la rappresentanza processuale dell'interdetto infermo di mente in relazione all'azione di divorzio», *DFP*, 2001, núm. 4, pp. 1404-1429.

Artículo acerca de la representación legal del enfermo mental incapacitado respecto de los actos de carácter personalísimo y de los derechos de carácter familiar. (Alma R. G.)

GUERDER, P.: «L'application de la loi de 1881 à Internet», *GP*, 2002, núm. 132-134, pp. 3-5.

Análisis de la normativa francesa en materia de libertad de prensa y de expresión en medios escritos y su aplicación a los nuevos medios de comunicación, como internet. (I. S. P.)

KLOEPFER, M.: «Humangentechnik als Verfassungsfrage», *JZ*, 2002, pp. 417-428.

La genética humana como cuestión constitucional.

Más de diez años después de la entrada en vigor de la Ley para la protección jurídica del embrión (EschG), se cuestionan en Alemania los límites éticos y jurídicos de la investigación y diagnóstico sobre embriones humanos, cada vez más discutidos. Ni la decisión de 29 de noviembre de 2001 del Consejo ético nacional, ni la decisión del *Bundestag* de 30 de enero de 2002 sobre la importación controlada de células madre han podido acabar con las disputas sobre la cuestión. El artículo se ocupa de los fundamentos jurídico constitucionales del tema y analiza la mencionada decisión del *Bundestag*. (M. P. G. R.)

LE DOUARIN, N./PUIGELIER, C.: «L'expérimentation à partir de cellules souches embryonnaires humaines», *SJ*, 2002, núm. 15, pp. I-127, 707-715.

A favor del estudio mediante células madre, se presentan las ventajas en materia de embriones y del derecho. Necesidad de revisar las leyes bioéticas de 1994. (R. A. R.)

LISERRE, A.: «In tema di danno prenatale», *RDC*, 2002, núm. 1, parte prima, pp. 97-108.

Reflexión acerca del problema de la causación de daños a la persona con anterioridad a su nacimiento y las dificultades de prevención. Imputación de responsabilidad. Orientación jurisprudencial. (M. R. D. R.)

MALAURIE, Ph.: «La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français», *SJ*, 2002, núm. 25, pp. I-143, 1123-1128.

La Convención europea: fundamento e intención. Evolución de la Corte europea de derechos humanos y comparación de la evolución de los tribunales franceses. (I. S. P.)

MALLET-BRICOUT, B.: «Réforme de l'accouchement sous X. Quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique?», *SJ*, 2002, núm. 11, pp. I-119, 485-489.

Tendencia a favorecer al menor mediante la investigación de sus orígenes biológicos. Posibilidad por la Ley de 22 de enero de 2002. Equilibrio de los derechos del menor y de la madre. (R. A. R.)

MANSEUR-RIVET, M.: «Droit de la presse et internet: Observations sur la pres-cription», *GP*, 2002, núm. 132-134, pp. 13-16.

Naturaleza de la infracción cometida mediante el uso de internet. Régimen jurídico de tal infracción. (I. S. P.)

MASSIP, J.: «L'intérêt légitime de changer de prénom», *GP*, 2002, núm. 167-169, p. 3.

Estudio a propósito de la sentencia del tribunal de familia de *Montbrison* de 4 de septiembre de 2001 que recoge la tendencia más liberal sobre cambio de nombre en Francia. (I. S. P.)

MASSIS, TH.: «Sport, liberté d'expression et droits de la personnalité», *GP*, 2002, núm. 167-169, pp. 8-12.

Importancia del deporte en la sociedad que ha desembocado en numerosos conflictos entre los derechos de la personalidad del deportista y la libertad de información. Atentados cometidos en los derechos de la personalidad, fundamentalmente al derecho al honor, intimidad e imagen. (I. S. P.)

MISTRETTA, P.: «La loi n.º 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé», *SJ*, 2002, núm. 24, pp. I-141, 1075-1083.

Derechos de los enfermos a raíz de la Ley *Kouchner* de 4 de marzo de 2002. Derechos naturales a la dignidad humana y derecho a la autonomía y transparencia en la actuación médica. Consecuencias de la actuación médica: daños y reparación. (I. S. P.)

MUSIO, A.: «Legittimazione per provvedimento del giudice e trasmissione del cognome materno», *DFP*, 2001, núm. 4, pp. 1439-1462.

Reflexiones sobre el derecho de atribución del apellido materno. (Alma R. G.)

PABST, H. J.: «Der postmortale Persönlichkeitsschutz in der neueren Rechtsprechung des BVerfG», *NJW*, 2002, pp. 999-1004.

La protección de la personalidad después de la muerte en la nueva jurisprudencia del *BverfG*.

Desde el caso Mephisto el Tribunal Constitucional alemán mantuvo la opinión de que la protección de la memoria de las personas fallecidas no está protegida por el artículo 2.1 de la Ley Fundamental, sino por el artículo 1.1. La nueva jurisprudencia constitucional se ocupa otra vez de la cuestión de la protección de la personalidad después de la muerte, lo cual requiere una reflexión crítica sobre los límites de la citada protección. Según el autor se constata también en esta jurisprudencia una tendencia a relativizar los deseos de las personas fallecidas. (M. P. G. R.)

RAPARELLI, V.: «Alcune riflessioni sul fondamento giuridico del diritto al nome. (Nota a Corte cost. 11 maggio 2001, n. 120)», *FI*, 2002, núm. 3, pp. 647-657.

Debate acerca de la existencia en el ordenamiento italiano del derecho al nombre en cuanto signo distintivo de la identidad personal. (Alma R. G.)

RAVANAS, J.: «Retour sur quelques images», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 19, pp. 1502-1505.

Comercialización de la información y la pasión actual por las imágenes. El conflicto actual en la jurisprudencia entre el derecho a la imagen y el derecho a la información. (R. A. R.)

REITER, E. H.: «Personality and Patrimony: Comparative Perspectives on the Right to One's Image », *Tul. L. Rev.*, 2002, vol. 76, pp. 673-726.

Estudio comparativo sobre la protección del derecho a la propia imagen y de su vertiente comercial. El autor sugiere que la cada vez mayor protección de los intereses patrimoniales vinculados a la imagen de los famosos obliga a desgajarlos de la del derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad, sin que la protección de aquéllos dependa de consideraciones relativas a lo merecido o no de la fama de que alguien pueda llegar a gozar. (J. R. I.)

RITNER Ch./ RITTNER, N.: «Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung», *NJW*, 2002, pp. 1745-1753.

Informes de DNA no permitidos relativos a la determinación del origen genético. Una zona gris desde el punto de vista jurídico.

Este artículo se ocupa de la problemática, muy desarrollada y perfeccionada en los últimos años, ocasionada por la utilización del método de análisis del DNA para la determinación del origen genético que muchas veces encarga uno de los progenitores, la mayor parte de las veces el padre, para conocer el de su hijo. Especialmente se trata la lesión de los derechos del hijo y de la madre mediante la utilización de datos personales en la elaboración de los informes y su utilización en los procesos de filiación, bajo la perspectiva de la Constitución, la ley de protección de datos y la *ZPO*, mostrándose el autor en sus conclusiones favorable a la utilización judicial de estos informes. (M. P. G. R.)

SCHØNNING, P.: «News from the Nordic Countries», *RIDA*, núm. 192, abril 2002, pp. 253-309.

Crónica de la legislación y jurisprudencia de los Países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia). Este artículo es continuación de otras crónicas publicadas en números anteriores de la *RIDA*, donde se describía la trayectoria del Derecho de autor en los Países nórdicos hasta 1997. En él, se propone el autor hacer un balance de su evolución hasta noviembre de 2001. (C. J. D.)

SCHROTH, U.: «Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechts», *JZ*, 2002, pp. 170-179.

Investigación con células madre embrionarias y diagnóstico preimplantatorio desde la perspectiva jurídica. (M. P. G. R.)

SICA, S.: «Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica», *RDC*, 2001, núm. 6, parte segunda, pp. 621-641.

Análisis del derecho a la intimidad y los métodos de protección de los datos personales, con especial reflexión acerca de la necesidad del consentimiento de los titulares de dichos datos, para su almacenamiento y utilización: naturaleza jurídica de dicho consentimiento, forma de prestación, vicios del consentimiento, facultad de revocación. (M. R. D. R.)

WERNER, H.: «Embryonenforschung und Verfassung.. Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos», *JZ*, 2002, pp. 517-524.

Investigación con embriones y Constitución. Derecho a la vida y dignidad humana del embrión. (M. P. G. R.)

PERSONA JURÍDICA

DORSNER-DOLIVET, A.: «Loi sur les sectes», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 13, pp. 1086-1096.

La Ley de 12 de junio de 2001 es la primera que regula íntegramente a los denominados grupos sectarios ampliando su responsabilidad y formas de infracción. (R. A. R.)

DUPICHOT, J.: «De la délicate sortie de “clandestinité” des sociétés civiles créées avant la loi de 1978: à propos de la Loi “NRE” et de quelques incertitudes relatives à la publicité légale», *GP*, 2002, núm. 149-150, pp. 55-60.

Datos legales en los que se encubre la práctica de creación de sociedades secretas. Problemas jurídicos actuales tras las disposiciones de la Ley NRE. (I. S. P.)

FUSARO, A. R.: «Nome e identità personale degli enti collettivi. Dal “diritto” all’identità uti singuli al “diritto” all’identità uti universi», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 51-72.

El derecho al nombre y el derecho a la identidad personal de las personas jurídicas: identidad política, escisión del ente y disminución del uso de la denominación, tutela de la denominación de los grupos musicales ... (*Alma R. G.*)

FUSARO, A. R.: «La disciplina delle associazioni nel codice civile europeo», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 95-100.

El derecho de asociación en la Carta Europea y en las constituciones de los Países de la Unión. Un modelo de disciplina para el Código civil europeo. (*Alma R. G.*)

LIET-VEAUX, G.: «Les associations de personnes et les associations de biens», *SJ*, 2002, núm. 30, pp. I-154, 1389-1392.

Estudio a propósito de los grupos de personas y grupos de bienes en el Derecho francés. Formas de unión o asociación y su regulación jurídica. (*I. S. P.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AMADIO, G.: «Difetto di conformità e tutela sinallagmatiche», *RDC*, 2001, núm. 6, parte prima, pp. 863-909.

Extenso comentario e interpretación de la Directiva 99/44/CE sobre garantía por vicios ocultos en el objeto del contrato, para adaptarla al sistema de garantías del ordenamiento jurídico italiano. (*M. R. D. R.*)

AMELUNG, U./VOGENAUER, S.: «Schutz der Privatheit vor Presseveröffentlichungen», *ZEuP*, 2002, pp. 341-364.

La sentencia del *Court of Appeal* de 23 de noviembre de 2000 es la ocasión para repasar el estado de la cuestión sobre el conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad en el Derecho inglés, a la vista de la evolución jurisprudencial en la materia y de la *Human Rights Act* de 1998. (*I. G. P.*)

ANDÓ, B.: «Responsabilità della Consob per inadeguato controllo di prospetto falso alla luce della l. n. 216/1974», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 161-173.

Responsabilidad de los órganos de vigilancia en la jurisprudencia. (*Alma R. G.*)

ARNOKOUROS, G. I.: «Liability for Legal Services», *ZEuP*, 2002, pp. 542-556.

El autor se ocupa de la responsabilidad civil del abogado en el Derecho griego. En la Sesión Plenaria núm. 18/1999, el Tribunal Supremo griego (*Areios Pagos*) declaró que los servicios jurídicos quedaban excluidos de la norma sobre responsabilidad por prestación de servicios en la Ley de protección de consumidores de 1994, reformada en 1999. Tras analizar el sentido de esta última norma, se comenta en sentido crítico la decisión del Alto Tribunal. (*I. G. P.*)

ARTZ, M.: «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002- Integration der Nebengesetze in das BGB», *JuS*, 2002, pp. 528-535.

La modernización del Derecho de obligaciones 2001/2002. La integración de las leyes especiales en el BGB.

Después de la entrada en vigor del nuevo BGB, está echada la suerte y es inútil cuestionarse la integración de las leyes especiales en él y discutir cuál sería su lugar adecuado en los diferentes libros del BGB. Ahora es mucho más necesario exponer el bosquejo de cada una de las leyes, destacar las involuntarias modificaciones que se han producido en el hasta ahora Derecho vigente y sus primeras líneas de desarrollo y poner de relieve algunos problemas. Sobre todo ello trata este artículo. (M. P. G. R.)

AUER, M.: «Good Faith: A semiotic Approach», *ERPL*, vol. 10, núm. 2, 2002, pp. 279-301.

Se trata de un estudio sobre la buena fe en el ámbito contractual, desde la perspectiva de la semiótica. La autora no pretende insistir en el concepto de buena fe, sino investigar las claves de la discusión teórica y doctrinal y presentar la estructura semiótica de los argumentos utilizados, buscando una exposición ordenada, coherente y sintetizada. (I. G. P.)

BANAKAS, S.: «*La Human Rights Act del 1998 ed i suoi effetti sul diritto privato*», *RDC*, 2002, núm. 1, parte segunda, pp. 31-40.

Reflexión acerca del Acta de Derechos Humanos de 1998, análoga a la Convención Europea de Derechos del Hombre, adoptada por Inglaterra, Gales y Escocia, como base de la protección legislativa de los Derechos fundamentales del hombre en todos los sectores del ordenamiento jurídico.

Especial atención a la protección de la persona en relación al derecho a la intimidad, *Wrongful Birth*, tratamientos sanitarios según la fe religiosa, inmisiones, etc. (M. R. D. R.)

BANAKAS, S.: «European Tort Law: is it Possible?», *ERPL*, vol. 10, núm. 3, 2002, pp. 363-375.

El autor comienza por analizar los argumentos a favor y en contra de un Derecho europeo de responsabilidad civil. A continuación se pregunta por el camino adecuado para alcanzar dicho resultado, proponiendo cinco nuevos principios básicos con ejemplos de cómo deben aplicarse. Además propone la creación de un Instituto de Derecho Europeo para la promoción de un texto uniforme de Derecho europeo de daños. (I. G. P.)

BARCA, A.: «*La responsabilità contrattuale dell'avvocato nell'espletamento dell'incarico ricevuto*», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 483-504.

Naturaleza jurídica de la obligación del abogado. La obligación de diligencia. La obligación de informar al cliente. La relación de causalidad. Indemnización de las pérdidas de oportunidad. (Alma R. G.)

BARGELLI, E.: «*Interesse alla conservazione e all'acquisto dell'alloggio nella nuova locazione abitativa: profili applicativi del –diritto all'abitazione- nei rapporti fra i contraenti*», *RDC*, 2001, núm. 6, parte segunda, pp. 585-619.

Reflexión sobre el debate surgido acerca del derecho a la vivienda en el ámbito del contrato arrendaticio: derecho de adquisición preferente del arrendatario y resolución del contrato por necesidad del arrendador. (M. R. D. R.)

BARTSCH, M.: «Softwarepflege nach neuem Schuldrecht», *NJW*, 2002, pp. 1526-1530.

El mantenimiento del *software* en el nuevo Derecho de obligaciones.

El mantenimiento del *software* es, por el número de operaciones, mucho más significativo económico que su suministro y entrega. El artículo plantea los principales problemas de este tipo contractual, especialmente las cuestiones relativas a la fijación del contenido de la prestación y las consecuencias del incumplimiento. Se demuestra que la muy discutida cuestión relativa a si se trata de una modalidad contractual clasificable como contrato de servicios o de obra queda sin significado y que se debe considerar el carácter complejo de esta prestación de servicios. (M. P. G. R.)

BERNFELD, C.: «Les nouvelles dispositions de la loi du 4 mars 2002 sur les accidents médicaux sont-elles applicables aux instances en cours?», *GP*, 2002, núm. 160-162, pp. 16 y 33.

Estudio sobre la interpretación del artículo 101.1.º de la Ley de 4 de marzo de 2002. (I. S. P.)

BERTINI, B.: «Risarcimento danni da incidente sciustico», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 740-744.

Responsabilidad civil en el ámbito de las actividades deportivas. (Alma R. G.)

BITETTO, A.: «Il contratto preliminare: tutela per l'acquirente della "prima casa"?», *FI*, 2002, núm. 4, pp. 1081-1085.

Comentario jurisprudencial acerca de la existencia de vicios en el bien objeto de una promesa de venta. (Alma R. G.)

BOCCHINI, F.: «La vendita tra piazze diverse di beni di consumo», *RDC*, 2002, núm. 1, parte segunda, pp. 1-29.

Análisis de la legislación aplicable tras la trasposición de la Directiva 1999/44/CE, a través del d. legisl. 24/2002, para armonizar el Derecho europeo de contratos con consumidores, respetando las normas de la Convención de Viena de 1980, sobre venta internacional de bienes muebles.

Especial tratamiento de la venta a plazos, según los diferentes bienes de consumo: el concepto «servicios», la disciplina del riesgo contractual, garantías por vicios ocultos o defectos en el objeto, responsabilidad por destrucción o daños del bien transportado, etc. (M. R. D. R.)

BONINI, M.: «Professioni intellettuali, società di mezzi e contratto atípico per la fornitura di materiali necessari alla professione», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 723-731.

Acerca de la naturaleza jurídica de la actividad profesional ejercida en forma asociada. (*Alma R. G.*)

BONNEAU, J.: «La clause de conscience et le droit médical», *GP*, 2002, núm. 170-171, pp. 23-26.

La cláusula de conciencia del médico en supuestos conflictivos, como el caso del aborto. Los problemas de la cláusula de conciencia con el derecho de información del paciente y el deber de secreto médico. La cláusula de conciencia del paciente. (*I. S. P.*)

BRUN, S.: «Danno biologico e dies a quo della prescrizione— nota a Cass. 10 giugno 2000 n. 7937», *GC*, 2001, núm. 11, pp. 2772-2776. (*M. R. D. R.*)

BÜDENBENDER, U.: «Der Werkvertrag», *JuS*, 2001, pp. 625-635.

El contrato de obra.

El contrato de obra descrito en el § 631 BGB es uno de los contratos de gran importancia práctica. Ello se pone de manifiesto por el amplio campo de aplicación que la ley establece en el § 631. El objeto del contrato de obra puede ser no sólo la construcción o la modificación de una cosa, sino también en cualquier otra prestación producida a través de un trabajo o de un servicio que da lugar a un resultado. El § 631.II describe de este modo el contrato de obra. El contratista responde en función de esta indubitable orientación al resultado. Al ser objeto del contrato de obra la construcción o la modificación de una cosa se pone de manifiesto la obligación del contratista de lograr la exitosa terminación de su actuación definida por el objeto contractual. El dueño de la obra está interesado en la ejecución o modificación del objeto contractual y sobre eso contrata. Al definir el objeto del contrato por la producción de un trabajo o de una prestación de servicios, la ley pone de relieve que se debe alcanzar el resultado. Aquí radica la principal diferencia entre el contrato de obra y el contrato de servicios, que según el § 611.1 obliga al deudor a la prestación del servicio prometido, pero que no le carga con el riesgo del resultado. El acreedor no tiene acción para exigir el resultado al que se dirige la prestación del servicio, ni la ejecución forzosa del resultado de la acción de la contraparte. La mala ejecución del servicio puede ser motivo para la resolución del contrato. Sin embargo, una acción para mejorar la calidad del servicio deficientemente prestado no puede basarse en el § 611, mientras que el dueño de la obra en el contrato de obra puede basarla en los §§ 631.II y 631.I.II. En el ámbito de la planeada reforma del Derecho de obligaciones, se prevén modificaciones en la regulación del contrato de obra, principalmente en el ámbito de las prestaciones de garantía. (*M. P. G. R.*)

BÜLOW, P.: «Verbraucherkreditrecht im BGB», *NJW*, 2002, pp. 1145-1150.

Las normas sobre crédito al consumo en el BGB.

Las disposiciones sobre crédito al consumo, que antes estaban en la ley de crédito al consumo, han sido integradas en el BGB con una nueva ordenación y una nueva terminología. Junto a estos cambios formales, existen otros de contenido que se presentan en este artículo. (*M. P. G. R.*)

BÜRGER, M.: «Das Fernabsatzrecht und seine Anwendungbarkeit auf Rechtsanwälte», *NJW*, 2002, pp. 465-470.

Las normas sobre contratos a distancia y su aplicabilidad a los gabinetes jurídicos.

El 30 de junio de 2000 entró en vigor la Ley de contratos a distancia de 27 de junio de 2000. Se trataba de trasponer la Directiva 97/7 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección del consumidor en los contratos celebrados a distancia de 20 de mayo de 1997. En ambas normas se prevé que bajo el fundamento de la protección del consumidor éste obtenga determinadas informaciones y que el propio contrato pueda ser resuelto en dos semanas, sin necesidad de justificación alguna. A través de la ley para la modernización del Derecho de obligaciones de 21 de noviembre de 2001 estas reglas se incorporan al BGB. En el ámbito de los bufetes de abogados, para la preparación de los contratos, además del teléfono, gana progresivamente significado la utilización de medios electrónicos, como el telefax o internet y el e-mail, por lo que este artículo trata de investigar el ámbito de aplicación de las normas sobre contratos a distancia en este tipo de actuaciones de los abogados. (M. P. G. R.)

CACCAVALE, C.: «Riducibilità del titolo di provenienza e distribuzione del rischio contrattuale nella compravendita immobiliare», *GC*, 2001, núm. 10, pp. 457-472.

Reflexión acerca de los negocios de circulación de bienes del patrimonio familiar: reducción de donaciones por el legitimario y efectos frente a terceros, evicción y garantía frente a ello. (M. R. D. R.)

CALVO, R.: «L'equilibrio normativo del contratto standard nella AGB-Gesetz», *RTDPC*, 2001, núm. 4, pp. 1081-1131.

Análisis de la directiva sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores y la ley interna de trasposición, en relación con la regulación existente sobre el tema en el Derecho alemán: principio de transparencia, control de contenido de los contratos en masa, etc. (M. R. D. R.)

CAMPBELL, D.: «The Treatment of *Teacher v Calder* in *AG v Blake*», *Modern L. R.*, 2002, vol. 65, núm. 2, pp. 256-268.

Comentario de la sentencia de la *House of Lords* británica *AG v Blake* (*Jonathan Cape Ltd Third Party*) [2001] 1 AC 268, relativa al incumplimiento que el demandado habría cometido de su deber contractual de secreto. El caso se refiere a un ex miembro de los servicios secretos británicos, encarcelado en 1961, huído desde 1966, y cuyas memorias publicó una importante editorial inglesa. El *Attorney General* hizo valer la infracción de la cláusula contractual de confidencialidad con el fin de obtener –en concepto de daños por incumplimiento contractual– 90.000 libras esterlinas que la editorial adeudaba al Sr. Blake. El comentario se centra en la posibilidad o no de obtener un remedio de este tipo, lo que el autor niega y considera contrario a los principios básicos del Derecho inglés de contratos. (J. R. I.)

CAMPEIS, G.: «La copertura costituzionale del danno biologico è limitata al solo aspetto statico del danno alla salute», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 663-666.

Resarcimiento del daño biológico causado a un ciudadano extranjero. (Alma R. G.)

CARUSI, D.: «Principio di egualanza, responsabilità civile, difesa privata», *RDC*, 2002, núm. 1, parte seconda, pp. 67-77.

Reflexión acerca del acercamiento entre la figura de la responsabilidad civil y el principio de igualdad. Relación con la institución de defensa privada.

El texto es una reproducción, con ciertas modificaciones, de la ponencia expuesta en la Mesa Redonda sobre Responsabilidad Civil celebrada en *Gardane Riviera*, el 24 de junio de 2000, y organizada por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Génova y Bolonia. (M. R. D. R.)

CAVALLARO, M.: «Il danno da *fermo tecnico*: fondamento e limiti della sua risarcibilità», *RDC*, 2002, núm. 1, parte seconda, pp. 79-99.

Análisis de la responsabilidad civil en el supuesto de parada técnica de máquina o utensilio destinado a facultades de uso y disfrute determinadas, a propósito de la sentencia Cass. N. 12820 de 19 de noviembre de 1999: relevancia del daño, prueba, cuantificación, posible evitabilidad, gastos de sustitución del bien, etc. (M. R. D. R.)

CERESOLA, M.: «Sui criteri di liquidazione del danno biologico e modalità di computo degli interessi sulle somme liquidate a titolo di risarcimento del danno aquilano», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 36-38.

Valoración y criterios de liquidación del daño biológico. (Alma R. G.)

CHABAS, F.: «Les infections nosocomiales. Responsabilité en Droit privé et en Droit public», *GP*, 2002, núm. 111-113, pp. 2-4.

Ante los crecientes daños provocados durante tratamientos médicos en los enfermos, por microorganismos, se prepara en Francia una nueva regulación que prevea la posible responsabilidad. El autor analiza el tipo de responsabilidad que se provoca según se dé en la medicina pública o en la privada. (I. S. P.)

CHINDEMI, D.: «Furto del bene in leasing con polizza furto vincolata a favore della società concedente: obblighi a carico del contraente e del beneficiario dell'indennizzo», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 607-610.

El seguro a favor de tercero. (Alma R. G.)

CHINDEMI, D.: «Rilevanza della veridicità delle risposte dell'assicurato al questionario, ai fini dell'operatività della polizza assicurativa», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 610-616.

Responsabilidad del asegurado por las declaraciones inexactas realizadas en el contrato de seguro privado. (Alma R. G.)

CIACCIA, N.: «Le lettere di patronage», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 85-94.

Artículo acerca de las cartas de patrocinio. (Alma R. G.)

CONCETTI, A.: «La ratifica della clausola derogativa della competenza territoriale contenuta in condizioni generali di contratto», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 30-35.

Poder del representante para la aprobación de la cláusula que deroga la competencia territorial incluida entre las condiciones generales de un contrato. (*Alma R. G.*)

COSTANZA, M.: «La prelazione artistica fra nullità della vendita e garanzia del venditore– nota a Cass. 16 luglio 2001 n. 9642», *GC*, 2001, núm. 12, pp. 2950-2952. (*M. R. D. R.*)

CURTI, M.: «Arbitrato irruale e obbligo di imparzialità e terzietà dell’arbitro-mandatario», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 101-109.

La nota de la imparcialidad en el arbitraje. (*Alma R. G.*)

CURTI, M.: «Verso una tipicizzazione della c.d. “clausola di conciliazione contrattuale”», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 17-19.

Artículo acerca de los diversos modelos existentes de resolución extrajudicial de los litigios. (*Alma R. G.*)

D’ALESSANDRO, L.: «Concessione di vendita: descrizione del fenomeno e profili sistematici», *GC*, 2002, núm. 2, pp. 71-104.

Análisis del contrato de concesión de venta en tratos sucesivos: naturaleza jurídica –franchising–, efectos, rescisión, resolución, incumplimiento, pactos de exclusiva, etc. (*M. R. D. R.*)

D’AMICO, G.: «Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto», *RDC*, 2002, núm. 1, parte prima, pp. 37-61.

Comentario acerca de las normas de validez y comportamiento en el proceso de formación del contrato, con especial tratamiento del principio de buena fe y los supuestos de dolo omisivo de información, cláusulas abusivas, abuso de posición dominante. Remedios resarcitorios. (*M. R. D. R.*)

DELLACHÁ, P.: «Contratti preliminari, contratti definitivi e gli adempimenti previsti dagli artt. 17 e 40 della l. 28.2.1985, n. 47: una dimenticanza del legislatore?», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 646-652.

La distinción entre los contratos preliminares y los contratos definitivos: un olvido del legislador. (*Alma R. G.*)

DEUTSCH, E.: «Die Medizinhaltung nach dem neuen Schuldrecht und dem neuen Schadensrecht», *JZ*, 2002, pp. 588-593.

El artículo analiza las implicaciones que para la responsabilidad médica tienen la ley para la modernización del derecho de daños y la segunda ley sobre la modificación del derecho de daños. (*M. P. G. R.*)

DI MARZIO, F.: «Ancora sulla nozione di consumatore nei contratti– nota a Cass. 25 luglio 2001 n. 10127», *GC*, 2002, núm. 3, pp. 688-692. (*M. R. D. R.*)

DI MARZIO, F.: «Interposizione reale di persona, simulazione, frode alla legge nei contratti», *GC*, 2001, núm. 10, pp. 433-456.

Comentario acerca de la figura del intermediario en una relación negocial: tipos de intermediación (representación y negocio fiduciario), simulación, efectos (nulidad e ineficacia), fraude de ley, daños a terceros, venta en garantía. (M. R. D. R.)

DÖRNER, H.: «Rechtsgeschäfte im Internet», *AcP*, núm. 2, 2002, pp. 363-396.

La contratación a través de internet y las nuevas tecnologías de la comunicación plantean numerosos problemas en el ámbito del Derecho privado, que el autor resume en los siguientes: 1. En qué medida el Derecho vigente puede ofrecer solución adecuada a los conflictos de intereses que las nuevas tecnologías suscitan. 2. Determinar el sí y el cómo de la integración en el sistema codificado de las normas referidas específicamente a internet. 3. Diagnosticar y ofrecer criterios para resolver los problemas jurídicos derivados de la aplicación de las nuevas normas. (I. G. P.)

FOGT, M.: «Rechtzeitige Rüge und Vertragsaufhebung bei Waren mit raschem Wertverlust nach UN-Kaufrecht», *ZEuP*, 2002, pp. 580-596.

El autor comenta una sentencia de 10 de noviembre de 1999 del Tribunal danés *Vestre Landsret* en la que se plantea el problema del plazo de denuncia de los defectos de la cosa vendida a los efectos de los remedios del comprador. Se discute si, en el caso, la pretensión del comprador había de limitarse a la reducción del precio o si podía solicitarse la resolución del contrato. Además, respecto de la ley aplicable, el Convenio de Viena sobre compraventa internacional no regulaba totalmente el supuesto, puesto que la cuestión relativa a la perfección del contrato y la interpretación de las declaraciones de voluntad de las partes habían de resolverse por las normas del Derecho danés. (I. G. P.)

FOUASSIER, E. VAN DEN BRINK, H.: «Produits de santé défectueux: premières applications des articles 1386-1 et suivants du Code civil», *GP*, 2002, núm. 170-171, pp. 11-19.

Aplicación del nuevo régimen de responsabilidad por productos médicos a partir de la Ley núm. 98-389, de 19 de mayo de 1998. Respuesta a la insuficiencia normativa tradicional y a la adaptación normativa por la jurisprudencia. (I. S. P.)

FÜHRICH, E.: «Reisevertrag nach modernisierung Schuldrecht», *NJW*, 2002, pp. 1082-1084.

El contrato de viaje en el modernizado Derecho de obligaciones.

La ley para la modernización del Derecho de obligaciones contiene algunas modificaciones importantes en las normas sobre prescripción, ante todo en lo relativo a su suspensión, así como sobre los problemas de delimitación de la responsabilidad en el contrato de viaje y las normas generales de obligaciones. Este artículo presenta estas nuevas reglas. (M. P. G. R.)

GIACALONE, G.: «Compromissione dell'ambiente e danno morale per turbamento psichico –osservazione a Cass., sez., un., 21 febbraio 2002 n. 2515», *GC*, 2002, núm. 3, pp. 572-574. (M. R. D. R.)

GILIKER, P.: «Rough Justice in an Unjust World», *Modern L. R.*, 2002, vol. 65, núm. 2, pp. 269- 279.

Comentario de la sentencia de la *House of Lords* británica *Lister v. Hesley Hall Ltd.* ([2001] 2 WLR 1331), relativa a un supuesto de *vicarious liability* por los abusos sexuales cometidos por un empleado. Los demandantes eran niños que entre 1979 y 1982 residieron en un internado para menores con problemas de comportamiento. La demanda se interpuso contra la sociedad propietaria y gestora del centro, y en ella los demandantes reclamaban la indemnización de los daños sufridos por los abusos sexuales a que les había sometido el vigilante del centro mientras estuvieron internados. La principal dificultad a que se enfrentaba la *House of Lords* era que, según el Derecho británico tradicional, el dolo del empleado situaba su actuación fuera del «marco de sus funciones» y ello excluía la responsabilidad vicaria del principal. La sentencia *Lister* flexibilizó esa regla y entendió que el principal debía responder vicariamente por la conducta dolosa del empleado siempre que entre el *tort* cometido (abusos sexuales) y las funciones del empleado (guarda del internado que casi convivía con los chicos) existiera una estrecha conexión. (J. S. F.)

GNANI, A.: «L'estinzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione nell'obbligazione soggettivamente complessa», *RDC*, 2002, núm. 1, parte segunda, pp. 41-66.

Estudio acerca de los efectos de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, en obligaciones subjetivamente complejas o con pluralidad de sujetos, según diferentes hipótesis: imposibilidad sobrevenida que afecta al objeto, imposibilidad sobrevenida de cumplimiento por parte de todos los codeudores o sólo de parte de ellos, supuestos de actuación conjunta o parcialia. (M. R. D. R.)

GRUNDMANN, S.: «Europäisches Schuldvertragsrecht: Standort, Gestalt und Bezüge», *JuS*, 2001, pp. 946-951.

Derecho europeo de la responsabilidad contractual: posición, forma y percepciones.

El Derecho europeo de la responsabilidad contractual es joven. Desde finales de los años ochenta se ha venido discutiendo el Derecho privado europeo con intensidad creciente y en ámbitos concretos. Uno de ellos es el Derecho de la responsabilidad contractual. El Derecho de la responsabilidad contractual europeo se encuentra en el Derecho privado de la Unión, pero sobre todo en el Derecho derivado, donde ya se ha construido prácticamente un Derecho de la responsabilidad contractual con interesantes soluciones para el futuro. Más del cincuenta por ciento de las transacciones realizadas en el conjunto de los Estados no pueden ser correctamente enjuiciadas sin tener en cuenta el Derecho contractual europeo. Crecientemente, cada joven jurista debe conocer cuál es la correspondiente respuesta europea a la respuesta nacional sobre un tema. A ello intenta servir el presente artículo. (M. P. G. R.)

GRUNDMANN, S.: «Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht- warum sind sich UN-Kaufrecht und Eu-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?», *AcP*, núm. 1, 2002, pp. 40-71.

Una sumaria comparación entre la regulación de la compraventa en la Convención de Viena sobre compraventa internacional y la Directiva comuni-

taria sobre venta y garantía en bienes de consumo de 25 de mayo de 1999, permite al autor desarrollar dos tesis: la primera es que el Derecho de obligaciones europeo no debe calificarse como derecho de consumidores, sino que es un derecho de los empresarios y del mercado; el consumidor es sólo un actor, pero el papel principal desde el punto de vista del mercado y de la perspectiva de la regulación corresponde al empresario. La Directiva antes mencionada tampoco debe calificarse como Derecho mercantil; al contrario, constituye Derecho privado general. (I. G. P.)

GSELL, B.: «Schuldrechtsreform: Die Übergangsregelungen für die Verjährungsfristen», *NJW*, 2002, pp. 1297-1303.

Reforma del Derecho de obligaciones: las normas transitorias en los plazos de prescripción.

Desde que el 1 de enero de 2002 entrara en vigor la ley para la modernización del Derecho de obligaciones, también la prescripción tiene una nueva regulación. En la práctica, la norma transitoria del artículo 229 § 6 EGBG juega un importante papel. Especialmente problemático es el juego de los viejos y nuevos plazos. De ello trata el presente artículo. (M. P. G. R.)

HEß, B.: «Das neue Schuldrecht- In Kraft-Treten und Übergangsregelungen», *NJW*, 2002, pp. 253-260.

El nuevo Derecho de obligaciones. Entrada en vigor y normas de transición.

Las normas transitorias de la ley sobre la modernización del Derecho de obligaciones pretenden una rápida transición hacia el nuevo Derecho. Las disposiciones transitorias son normas sobre una rápida transición. Se trata de reglas en parte incompletas y en parte demasiado perfeccionistas. Este artículo presenta las nuevas reglas y trata de poner concretos ejemplos prácticos. (M. P. G. R.)

HEUZÈ, V.: «À propos d'une "initiative européenne en matière de droit des contrats"», *SJ*, 2002, núm. 29, pp. I-152, 1341-1345.

La actual disputa de la Comisión de la Unión Europea en torno a la conveniencia de unificar el derecho de contratos. Formas de aproximación de las legislaciones nacionales y procedimientos de adopción de reglas uniformes. (I. S. P.)

HOUTCIEFF, D.: «Pour une indemnisation mesurée du préjudice subi par le sous-traitant en cas de manquement du maître de l'ouvrage à l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 19, pp. 1506-1509.

Inconvenientes de la solución prevista en el artículo 1382 en caso de responsabilidad en el contrato de obra y la garantía del pago al subcontratista del artículo 14.1 de la Ley de 1975. Articulación de sanciones en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso. (R. A. R.)

HOWELLS, G./MILDRED, M.: «Infected Blood: Defect and Discoverability A First Exposition of the EC Product Liability Directive», *Modern L. R.*, 2002, vol. 65, núm. 1, pp. 95-106.

Dos conocidos tratadistas británicos del derecho de la responsabilidad por productos comentan los aspectos más problemáticos que los casos de daños

causados por transfusiones de sangre contaminada plantean desde el punto de vista de la responsabilidad por productos defectuosos. Para ello, toman como punto de partida de su comentario la sentencia *A and others v. The National Blood Authority* ([2001] 3 All ER 289), que aplicó la ley británica de implementación de la Directiva (*Consumer Protection Act [1987]*) y resolvió en favor de los demandantes. En especial, las cuestiones jurídicas que plantean este tipo de supuestos se refieren al defecto, a la exoneración por riesgos de desarrollo, y a la relación de causalidad. En nuestro Derecho español, es altamente recomendable consultar sobre la materia la reciente monografía del profesor Joan C. Seuba Torreblanca, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas*, Madrid, Civitas, 2002. (J. S. F.)

HUBER, U.: «Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts», *AcP*, núm. 2, 2002, pp. 179-242.

El autor analiza los principales problemas que plantea la venta de empresa y las distintas soluciones ofrecidas por doctrina y jurisprudencia. En su opinión, el problema jurídico central es un problema de información que suele ser insuficiente para el comprador. La cuestión entonces es determinar cuál de las partes debe soportar el riesgo de una información defectuosa. El estudio realizado se refiere tanto a la situación anterior como a la posterior a la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 26 de noviembre de 2001, que carece de normas específicas referidas a la responsabilidad del vendedor en el supuesto contemplado; lo que, según el autor, es lo mejor que el legislador podía hacer. La discusión se centra en aplicar las normas sobre vicios de la compraventa o bien las normas generales sobre culpa *in contrahendo*. (I. G. P.)

IORIO, G.: «Natura del contratto di albergo e prestazioni accessorie», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 22-29.

Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje y obligaciones esenciales y accesorias del prestador del servicio. (*Alma R. G.*)

JACQUIN, A.: «Le loyer binaire ou la fixation impossible! À propos de l'arrêt du 7 mai 2002», *GP*, 2002, núm. 198-199, pp. 5-7.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de casación francesa sobre renovación de arrendamiento y fijación del precio. Consecuencias de tal decisión ante la legislación francesa. (I. S. P.)

JAMIN, Ch.: «Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil», *RDS*, 2002, 1er. cah, núm. 11, pp. 901-907.

Análisis de las tres interpretaciones dominantes sobre el primer párrafo de este artículo, según la tendencia ideológica de su intérprete. (R. A. R.)

KLESTA DOSI, L.: «Trapianto di rene e responsabilità per danno da prodotti difettosi: un'interpretazione ardita della Corte di Lussemburgo», *NGCC*, 2002, núms. 1-2, pp. 186-193.

El hospital como garante de la seguridad de los productos que introduce en su ámbito. (*Alma R. G.*)

LA SPINA, A.: «La revocazione delle donazioni per sopravvenienza di figli dopo la sentenza n. 250/2000 della corte costituzionale», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 73-84.

La revocación de las disposiciones testamentarias y de la donación por supervenencia de hijos y las reformas del derecho de familia al respecto. (*Alma R. G.*)

LAMBERT-FAIVRE, Y.: «La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. I-La solidarité envers les personnes handicapées», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 15, pp. 1217-1220.

Necesidad de evitar la solución del asunto *Perruche* ante los defectos congénitos de los fetos. Responsabilidad médica y derecho de reparación de los padres ante el hijo incapaz. (*R. A. R.*)

LAMBERT-FAIVRE, Y.: «La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. II-Les droits des malades, usagers du système de santé», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 16, pp. 1291-1296.

Derechos de los enfermos en la sanidad pública. Derecho a su dignidad y no discriminación, así como derecho a no divulgar sus datos. Derecho a la información antes y después de los actos médicos, y derecho a consentir o no la actuación médica. (*R. A. R.*)

LAMBERT-FAIVRE, Y.: «La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. III. L'indemnisation des accidents médicaux», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 17, pp. 1367-1374.

Reforma de la indemnización por daños médicos. Principios que generan esa responsabilidad, procedimientos de indemnización. (*R. A. R.*)

LEIPP, CH.: «Réforme de la publicité des ventes (Décret núm. 2002-77 du 11 janvier 2002)», *GP*, 2002, núm. 160-162, pp. 34-36.

Aspectos modificados por el Decreto 2002-77 en materia de publicidad en las ventas. Situación anterior y situación nueva. (*I. S. P.*)

LEPRE, A.: «La responsabilità civile del primario e del medico di fiducia dipendente della struttura ove si è verificato il danno», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 205-208.

Acerca de la existencia de la responsabilidad del médico ginecólogo dependiente del hospital tras la operación, a pesar de que el daño es debido a la insuficiente dotación técnica e instrumental de la organización hospitalaria. (*Alma R. G.*)

LIVERZIANI, C.: «Un nuovo passo sulla strada del danno esistenziale», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 674-678.

El daño existencial: una nueva categoría de la responsabilidad civil. (*Alma R. G.*)

LONGEQUEUE, C./VANDEWAETER, D./VOELKER, D./WLACHE, D.: «Le devoir de conseil du notaire», *GP*, 2002, núm. 188-190, pp. 12-16.

El deber de aconsejar por el notario como un caso de responsabilidad frente al cliente. Supuestos planteados ante los tribunales. Exoneración de responsabilidad. (*I. S. P.*)

LUMINOSO, A.: «Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita. Dal codice civile alla direttiva 1999/44», *RDC*, 2001, núm. 6, parte prima, pp. 837-862.

Comentario acerca de la adaptación del Código civil italiano a la Directiva de 25 de mayo 1999/44/CE sobre derecho del comprador a la reparación o sustitución de bienes en caso de vicios o falta de calidad del objeto de la venta: fundamento, naturaleza jurídica, acciones de cumplimiento y resarcimiento del daño en forma específica. (*M. R. D. R.*)

LYTTON, T. D.: «Should Government Be Allowed to Recover the Costs of Public Services from Tortfeasors?: Tort Subsidies, the Limits of Loss Spreading and the Free Public Services Doctrine», *Tul. L. Rev.*, 2002, vol. 76, pp. 727-781.

La *free public services doctrine* consiste en negar que la Administración pueda repetir contra el causante de un hecho dañoso por los gastos que ese hecho ocasionó a los servicios públicos (p. ej., extinción de incendios, limpieza de vertidos de petróleo, desescombro en accidentes aéreos). El autor considera que este planteamiento es rechazable porque, además de carecer de una tradición consolidada en el Derecho americano, supone un beneficio indebido e ineficiente a los causantes de los daños. (*J. R. I.*)

MACARIO, F.: «Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare», *RDC*, 2002, núm. 1, parte prima, pp. 63-95.

Tratamiento del riesgo contractual y la posibilidad de renegociación, a la luz del nuevo Derecho de los contratos, según los principios UNIDROIT y los Principios de Derecho Contractual Europeo. (*M. R. D. R.*)

MAGNUS, U.: «Das UN-Kaufrecht- aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechungspraxis», *ZEuP*, 2002, pp. 523- 541.

El autor ofrece una amplia información sobre la actual situación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. Además de señalar los Estados que ya han ratificado y de los principales comentarios doctrinales sobre la Convención, expone algunos de los casos que se han suscitado en la jurisprudencia. (*I. G. P.*)

MANACCIO, G.: «Contratto a termine: prime riflessioni sulla nuova disciplina (Nota a Cass. 30 ottobre 2001, n. 13515)», *FI*, 2002, núm. 1, pp. 57-63.

Acerca de la disciplina normativa de los contratos con fecha de duración determinada. (*Alma R. G.*)

MANDELLI, E.: «Il divieto di alienazione e la sua attuale portata», *GC*, 2002, núm. 3, pp. 117-124.

Comentario a la sentencia *Cass.* núm. 12769 de 1999, sobre prohibición de disponer y sus límites de tiempo. Análisis de la aplicación jurisprudencial del artículo 1379 del Código civil italiano. (*M. R. D. R.*)

MARANGONI, E.: «Contratto preliminare ad effetti anticipati e certificato di abitabilità», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 235-241.

Venta de edificios sin la oportuna licencia administrativa de habitabilidad. (*Alma R. G.*)

MATTHEUS, D.: «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002. Die Neuordnung des allgemeinen Leistungstörungsrechts», *JuS*, 2002, pp. 209-218.

La modernización del Derecho de obligaciones 2001/2002. La nueva regulación del incumplimiento.

La nueva regulación de las normas generales del incumplimiento de las obligaciones constituye para la autora de este trabajo la parte esencial de la reforma del Derecho de obligaciones. En este tema, como en ningún otro sector de la ley de modernización, han influido el proyecto del Gobierno, las consideraciones de la doctrina y de la práctica. Esto no ha significado la ruptura con la tradición jurídica y los fundamentos de la parte general del Derecho de obligaciones. Las propuestas sobre las normas del incumplimiento fueron modificadas varias veces antes y durante la tramitación parlamentaria de la nueva ley. Como resultado se presenta al estudio un sistema armonizado del incumplimiento, el cual no se orienta ya sobre los distintos supuestos de hecho, sino sobre sus consecuencias jurídicas. (*M. P. G. R.*)

MCKENDRICK, E.: «Traditional Conceptos and Contemporary Values», *ERPL*, vol. 10, núm. 1, 2002, pp. 95-109.

El autor no pretende negar la evidencia: existe un proceso de creación de un Derecho europeo de contratos, que se desarrolla en varios niveles. Pero a continuación examina las razones por las que tal meta se considera deseable y, a través del análisis de dos supuestos prácticos, aconseja prudencia. La cuestión es la legitimidad de un proyecto que pretenda imponer una solución única europea a problemas que implican juicios de valor contradictorios y, en ocasiones, pueden responder a directrices sociales o a políticas de alcance nacional, en las que no asoma la necesidad de una regulación uniforme. (*I. G. P.*)

MITCHELL, P./ PHILLIPS, J.: «The Contractual Nexus: Is Reliance Essential?», *Oxford J. Legal Stud.*, 2002, vol. 22, núm. 1, pp. 115-134.

Frente al dogma generalmente admitido conforme al que la confianza es esencial en la formación del contrato, Mitchell y Phillips consideran que la teoría de los contratos y ciertas razones políticas permiten afirmar que en el Derecho inglés una obligación contractual subsiste incluso cuando la parte que realiza la prestación acordada no confía en el compromiso. (*J. M. B. S.*)

MONTEDORO, G.: «*Questioni di giurisdizione in materia di atti illeciti delle autorità di vigilanza sui mercati*», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 33-50.

Resarcimiento de los daños causados por la Administración Pública, en concreto, por la autoridad garante de los mercados. (*Alma R. G.*)

MORELLI, M. R.: «*I contratti non negoziati (a proposito di una nuova ipotesi ricostruttiva del contratto dei consumatori nel sistema della contrattazione di massa)*», *GC*, 2001, núm. 11, pp. 495-499.

Nuevo análisis del sistema de contratación en masa, a favor de mantenimiento y defensa de la libertad negocial e igualdad de las partes, tras el control de las cláusulas vejatorias. (*M. R. D. R.*)

MORLOTTI, R.: «*Prelevamento da conto corrente per delega paterna: un caso di donazione indiretta*», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 48-53.

¿Constituye una donación un mandato para operar sobre la cuenta corriente del mandante, pero en el exclusivo interés del mandatario y con renuncia del deber de rendir cuentas? (*Alma R. G.*)

NAGAREDA, R. A.: «*Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Action*», *Harvard L. Rev.*, 2002, vol. 115, pp. 749-830.

Pueden distinguirse dos tendencias en la literatura sobre las llamadas acciones de clase (*class actions*) en supuestos de daños masivos (*mass torts*). La primera se centra en analizar cómo las acciones de clase coartan la autonomía de sus miembros. Para estos autores, el principal problema consiste en asegurar que el consejo de clase (*class counsel*) es suficientemente representativo, por ende, legítimo. Para la tendencia opuesta, lo importante es asegurar en qué medida las acciones de clase sirven a los objetivos del Derecho de daños, en particular la prevención óptima de la creación de riesgo por los fabricantes de productos. Este artículo intenta sintetizar ambas tendencias mediante la propuesta de una explicación de las acciones de clase basada en su analogía con las llamadas opciones de venta (*put options*) en los mercados financieros. Desde este punto de vista, los miembros de la clase pueden optar por ejercer su derecho de interponer demandas individuales, u obligar al demandado a comprar ese derecho a cambio de una contraprestación en los términos pactados en un acuerdo de transacción (*settlement*). Nagareda patrocina así la utilización de acciones de clase que permitan a sus miembros la salida de la misma y cuyo único objetivo es llegar a un acuerdo con el demandado; a falta de acuerdo, el grupo se disuelve y no se entablán acciones individuales contra él. (*A. R. G.*)

NAVARRETA, E.: «*Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema del diritto privato*», *RDC*, 2001, núm. 6, parte prima, pp. 779-804.

Reflexión sobre la importancia y complejidad de la aplicación de los principios generales como fuentes del Derecho, en diferentes temas de la disciplina civil: bioética, responsabilidad civil extracontractual, contratos, etcétera, a la luz de los principios UNIDROIT y los Principios del Derecho Contractual Europeo. (*M. R. D. R.*)

NICOLETTI, P.: «La tutela ambientale nell'interpretazione giurisprudenziale», *GC*, 2001, núms. 11, pp. 473-494.

Reflexiones acerca de la tutela del medio ambiente: la evolución jurisprudencial, intervención del Estado, revalorización de los derechos de la persona. Tratamiento en el ámbito de la responsabilidad civil: cuantificación del daño y naturaleza del resarcimiento. (M. R. D. R.)

NOTE: «Contract, Unjust Enrichment and Unconscionability», *L. Q. R.*, 2002, vol. 118, pp. 352-358.

En el caso *Roxborough v. Rothmans of Pall Mall Australia Ltd.* (2002) 76 A.L.J.R. 203, el Tribunal Supremo australiano ha tenido ocasión de mostrar la antipatía que siente hacia el llamado principio de prohibición de enriquecimiento injusto o sin causa. En *Roxborough* se defiende que la restitución de lo cobrado sin causa puede obtenerse mejor mediante el expediente técnico de la *unconscionability*. Esto es algo que la nota critica, en la medida en que significa sustituir un remedio relativamente claro, como es la acción de enriquecimiento, por otro que no lo es. Por este motivo, apunta la necesidad de rechazar el enfoque australiano en Gran Bretaña. (A. R. G.)

OETKER, H.: «Versendungskauf, Frachtrecht und Drittenschadensliquidation», *JuS*, 2001, pp. 833-841.

Compraventa a distancia, derechos de envío y liquidación de daños de terceros.

En la compraventa a distancia los daños del transporte atribuidos al comprador si no ha habido separación de las instrucciones dadas por éste por el § 447 BGB ocasionan una injusta exoneración del causante del daño por medio de la prohibición de la liquidación de los daños de terceros por el vendedor. La reforma de la ley del Derecho del transporte de 1998 ha dado en los nuevos § 421.I. 2 y 3 HGB dos tipos de soluciones al tema. La primera es claramente insuficiente, porque el riesgo de la prestación en la compraventa a distancia no justifica generalmente el recurso a los principios generales de la liquidación de daños de terceros. En la segunda, establecida en el nuevo § 421.I. 2 y 3 se ha de examinar si se establece una regla especial para la reclamación de daños independiente de la liquidación de daños de terceros, que también se pueda interponer en una compraventa a distancia. (M. P. G. R.)

PAISANT, G./LEVENEUR, L.: «Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation?», *SJ*, 2002, núm. 21, pp. I-135, 923-925.

El problema de la trasposición de la directiva al Código civil y al Código de consumo. Consecuencias en un caso y en otro. (I. S. P.)

PALMIERI, A.: «Interessi usurari: una nuova partenza (Nota a Corte cost. 25 febbraio 2002, n. 29)», *FI*, 2002, núm. 4, pp. 934-937.

Acerca de la usura sobrevenida. (Alma R. G.)

PALMIERI, A.: «Risarcibilità del danno non patrimoniale tra aperture giurisprudenziali e tipizzazione legislativa», *FI*, 2002, núm. 4, pp. 1000-1002.

Indemnización del daño moral sufrido a causa de una lesión al medio ambiente. (*Alma R. G.*)

PATRUNO, F.: «Il consolidato indirizzo della Cassazione in relazione alla responsabilità per i gravi difetti e la rovina dell'opera ex. art. 1669 c.c.–nota a Cass. 7 gennaio 2000 n. 81», *GC*, 2001, núm. 10, pp. 2514-2517. (*M. R. D. R.*)

PÉRINET-MARQUET, H.: «Les difficultés de délimitation du champ d'application des droits de rétractation et de réflexion offerts à l'acquéreur immobilier. Article L. 271-1 du Code de la construction», *SJ*, 2002, núm. 16-17, pp. I-129, 761-770.

Dificultades de aplicar el artículo L. 271-1 del Código de la construcción tras la reforma de la Ley SRU sobre derecho de retracto. Bienes a los que afecta, sujetos y actos permitidos. (*I. S. P.*)

PETERSHAGEN, J.: «Der neue Basiszinssatz des BGB- eine kleine Lösung in der großen Schuldrechtsreform», *NJW*, 2002, pp. 1455-1457.

El nuevo tipo de interés legal en el BGB, ¿una pequeña solución en la gran reforma del Derecho de obligaciones?

Entre los abundantes cambios introducidos por la Ley de modernización del Derecho de obligaciones, se ha incluido en el § 247 BGB un nuevo tipo de interés legal que ha pasado casi desapercibido. Numerosos contratos y disposiciones legales se refieren al tipo de interés legal, así por ejemplo, para el cálculo de los intereses de demora civiles o para la satisfacción de los pagos reclamados por la Administración. (*M. P. G. R.*)

RADLEY-GARDNER, O.: «Wrongful Birth Revisited», *L. Q. R.*, 2002, vol. 118, pp. 11-15.

Comentario a la sentencia de la *Court of Appeal* británica *Greenfield v. Irwin* ([2001] 1 W.L.R. 1279), relativa a una anticoncepción fallida que no impidió la concepción de un hijo sano. A pesar del título del artículo, se trata más bien de un supuesto conocido entre nosotros con el nombre de *wrongful conception*. Como ya había establecido la sentencia de la *House of Lords*, *McFarlane v. Tayside Health Board* ([2000] 2 A.C. 59), en *Greenfield* se indemnizan los daños morales sufridos por la madre debido a las molestias causadas durante el embarazo y el parto, así como los ingresos dejados de obtener como consecuencia de la gestación y el parto, pero no el lucro cesante posterior ni el coste de los alimentos debidos al hijo en el marco de la relación entre padres e hijos sujetos a la patria potestad. (*J. S. F.*)

RINALDI, F.: «La donazione di beni altrui tra nullità ed inefficacia», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 683-689.

Donación de cosa ajena. (*Alma R. G.*)

RITGEN, K.: «Vertragparität und Vertragsfreiheit», *JZ*, 2002, pp. 114-121.

Paridad contractual y libertad contractual.

Se presentan las planeadas modificaciones de la Ley de derecho de autor y se someten a discusión los aspectos constitucionales de una acción legal del autor en materia de indemnización, desde la perspectiva de la autonomía privada. (M. P. G. R.)

ROMAGNOLI, G.: «Le clausole vessatorie, professionisti, consumatori e contraenti non qualificati. Ipotesi interpretative alla prova dei fatti della giurisprudenza», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 577-586.

Normativa italiana sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. (Alma R. G.)

ROSENBERG, D.: «Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases», *Harvard L. Rev.*, 2002, vol. 115, pp. 831-897.

Rosenberg responde al artículo de Nagareda publicado en el mismo volumen (extractado más arriba). Para el primero, este artículo tiene el mérito de enfocar el tema de los daños masivos (*mass torts*) desde el punto de vista de la responsabilidad civil, sin centrarse, como viene siendo habitual en la doctrina, en aspectos puramente procedimentales. Sin embargo, su propuesta no convence a Rosenberg. Frente a ella, éste mantiene su tesis, formulada en trabajos anteriores, de que el mecanismo eficiente para los casos de daños masivos son las acciones de clase (*class actions*) del tipo *mandatory-litigation*, en las que no se permite la salida de los miembros. A juicio del autor, la propuesta de Nagareda no tiene en cuenta enseñanzas básicas sobre la prevención (*deterrence*) y el seguro. Así, olvida evaluar las reglas jurídicas en términos de sus posibles efectos *ex ante* sobre el objetivo social de minimizar la suma del coste de los accidentes y, en última instancia, sobre el bienestar esperado de los individuos. (A. R. G.)

SALVESTRONI, U.: «Ingiustificata lesione di interessi legittimi e danno ingiusto», *RTDPC*, 2001, núm. 4, pp. 17-29.

Acercamiento al Derecho de daños, a propósito de la sentencia *n. 500 de 1999, sez. un.*, sobre lesión de intereses legítimos: presupuestos del supuesto ilícito, fuentes de responsabilidad aquiliana, causas de justificación. (M. R. D. R.)

SCHLECHTRIEM, P.: «Wandlungen des Schuldrechts in Europa», *ZEuP*, 2002, pp. 213-221.

En el artículo se resume el discurso que pronunció el autor para inaugurar el congreso de Derecho comparado sobre la transformación del Derecho de obligaciones en Europa, celebrado los días 11 y 12 de septiembre de 2001 en Freiburg, organizado por la *Ernst von Caemmerer-Stiftung*. En él se plantean diversas cuestiones relacionadas con la construcción de un Derecho de obligaciones europeo, el servicio que a tal fin pueden prestar las directivas y el diálogo entre Derecho europeo y Derecho nacional. (I. G. P.)

SCHELEY, M.: «La grande réforme du droit des obligations en Allemagne», *RDS*, 2002, 2e. cah., núm. 21, pp. 1738-1740.

La reforma del Derecho de obligaciones en Alemania, entrada en vigor el 1 de enero de 2002. Sus novedades en materia de prescripción, incumplimiento, venta y derecho de sociedades. (R. A. R.)

SCHNEIDER, A.: «Des exceptions que la caution peut opposer au créancier. Pour un retour aux sources», *JuS*, 2002, núm. 12, pp. I-121-545.

Problemas de la distinción entre excepciones inherentes a la deuda y excepciones personales del deudor principal deducida de los artículos 2012 y 2036 del Código civil. Nueva solución dada por la Corte de casación recientemente. (R. A. R.)

SCHUBEL CH.: «Schuldrchtsmodernisierung 2001/2002- Das neue Kau-
frecht», *JuS*, 2002, pp. 313-319.

La modernización del Derecho de obligaciones. Las nuevas normas sobre la compraventa.

Las normas sobre la compraventa constituyen, junto con las normas generales del incumplimiento, los dos grandes puntos fuertes de la modernización del Derecho de obligaciones en Alemania que entró en vigor el 1 de enero de 2002. No se trata simplemente de una reforma parcial, sino de una amplia recodificación del Derecho de la compraventa que en sus líneas generales se presenta en este artículo. (M. P. G. R.)

SCHUDNAGIES, J.: «Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform», *NJW*, 2002, pp. 396-400.

Las normas sobre el contrato de obra después de la reforma del Derecho de obligaciones.

El artículo presenta una primera panorámica de las normas sobre el contrato de obra introducidas en los §§ 631 y ss. del BGB por la Ley de modernización del Derecho de Obligaciones que entró en vigor el 1 de enero de 2002, normas sobre las que el autor manifiesta sus opiniones. (M. P. G. R.)

SCHWAB, M. «Das neue Schuldrecht im Überblick», *JuS*, 2002, pp. 1-8.

Una panorámica sobre el nuevo Derecho de Obligaciones.

El 1 de enero de 2002 entró en vigor la Ley para la modernización del Derecho de obligaciones. Contiene importantes modificaciones en partes muy relevantes del BGB, que se presentan en este artículo en sus líneas más generales. Se trata del trabajo inicial de un ciclo dedicado por la revista *JuS* al análisis del nuevo Derecho de Obligaciones, a través de contribuciones de varios autores que estudiarán el nuevo Derecho de la prescripción, el incumplimiento, la compraventa, el contrato de obra, la integración en el GB de leyes afines y la resolución en los contratos sinalagmáticos. La nuevas normas se dirigen también a transponer en el Derecho alemán algunas Directivas comunitarias, especialmente la de compraventa y garantías de los bienes de consumo, la de morosidad en el pago y la de comercio electrónico. (M. P. G. R.)

SERMIER, R.: «Le régime juridique de la vente sur folle enchère», *GP*, 2002, núm. 221-222, pp. 2-7.

Venta voluntaria de bienes muebles a entidades públicas de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado de 11 de abril de 2002. (I. S. P.)

SEBASTO, F.: «Lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante nei mercati della televisione commerciale a pagamento e nel mercato della diffusione televisiva dei diritti sportivi— nota a Tar Lazio, sez. I, 21 settembre 2001 n. 7433», *GC*, 2001, núm. 11, pp. 2843-2847. (M. R. D. R.)

SICA, S.: «Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica», *RDC*, 2001, núm. 6, parte segunda, pp. 621-641.

Análisis del derecho a la intimidad y los métodos de protección de los datos personales, con especial reflexión acerca de la necesidad del consentimiento de los titulares de dichos datos, para su almacenamiento y utilización: naturaleza jurídica de dicho consentimiento, forma de prestación, vicios del consentimiento, facultad de revocación. (M. R. D. R.)

SIEMS, M.: «No Risk, No Fun? Should Spouses be Advised before Committing to Guarantees? A Comparative Analysis» *ERPL*, vol. 10, núm. 4, 2002, pp. 509-528.

El tema es la garantía que presta o que consiente un cónyuge para asegurar un préstamo concedido en interés de los negocios o de la empresa del otro. Generalmente se trata de la mujer que afianza o consiente la constitución de una garantía sobre un bien conyugal, sin percatarse de la trascendencia económica de la operación. El autor analiza las decisiones relevantes de la jurisprudencia inglesa, escocesa y alemana, comparando los resultados. También se plantea la existencia de un deber de información del acreedor con base en la buena fe. (I. G. P.)

SORDI, P.: «L'invalidità degli accordi del 1992 sull'indennità di cessazione del rapporto di agenzia- nota a Trib. Treviso 18 giugno 2001», *GC*, 2002, núm. 2, pp. 487-491. (M. R. D. R.)

SPANGARO, A.: «Anatocismo bancario: i giudici di merito contrastano la Cassazione», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 630-640.

Diversas cuestiones relacionadas con el anatocismo bancario: límites, uso normativo o negocial, cuándo se entiende consolidada esta figura jurídica, compatibilidad de las cláusulas de anatocismo con las normas comunitarias... (Alma R. G.)

SPINDLER, G, «Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr- Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip», *NJW*, 2002, pp. 921-927.

La ley sobre el comercio electrónico. Responsabilidad del prestador de servicios y principio de procedencia.

La ley sobre comercio electrónico modifica, entre otras cosas, las reglas sobre responsabilidad del prestador de servicios. Mientras a primera vista no se produce ninguna modificación fundamental respecto de la situación jurídica pre-

cedente, en este análisis se presentan numerosas y significativas divergencias, que en parte incrementan la responsabilidad de los prestadores de servicios. Un punto fundamental lo constituye la introducción del principio de procedencia que en numerosos casos impide la aplicación del Derecho nacional. (M. P. G. R.)

SQUERI, D.: «Riferibilità alla volontà delle parti della determinazione arbitrale tardivamente emessa, criteri di giudizio e presunzioni giurisprudenziali», *NGCC*, 2002, núms. 1-2, pp. 10-13.

Efectos jurídicos que tiene la no observancia por el árbitro del término fijado por las partes para la emisión del laudo. (Alma R. G.)

TEICHMANN, CH.: «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002- Das neue Werkvertragsrecht», *JuS*, 2002, pp. 417-424.

La modernización del Derecho de Obligaciones 2001/2002. Las nuevas normas sobre el contrato de obra.

El presente artículo explica las modificaciones de las normas relativas al contrato de obra en el ámbito de la reforma del Derecho de Obligaciones en Alemania. Esta parte de la reforma estuvo motivada, por un lado, por las exigencias de transposición de varias directivas comunitarias y, por otro, por las consideraciones sobre este contrato de la Comisión para la reforma del Derecho de Obligaciones de 1992. (M. P. G. R.)

TRUCHET, M.: «Les transformations de la notion de responsabilité civile et pénale depuis 40 ans», *GP*, 2002, núm. 186-187, pp. 2-7.

Extensión de la noción de responsabilidad aumentando las posibilidades de indemnización en caso de daños. Causas de la extensión. (I. S. P.)

VAYRE, P.: «Transaction extrajudiciaire: règlement amiable des complications des actes médico-chirurgicaux», *GP*, 2002, núm. 170-171, pp. 27-30.

Tendencia a esta vía en supuestos de errores médicos ante la lentitud y complejidad de los procedimientos judiciales y administrativos. Consecuencias de este sistema. (I. S. P.)

VENCHIARUTTI, A.: «Cadute e responsabilità oggettiva per danni da cose in custodia», *NGCC*, 2002, núms. 1-2, pp. 177-180.

Responsabilidad civil por los daños causados a terceros por la cosa bajo custodia. (Alma R. G.)

VIGORITI, V.: «E-commerce e tutela giurisdizionale», *NGCC*, 2002, núms. 1-2, pp. 20-31.

Diversas cuestiones acerca del comercio electrónico: naturaleza contractual de las obligaciones, tutela jurisdiccional, disciplina europea al respecto, protección de consumidores... (Alma R. G.)

VISALLI, N.: «Contratto di accesso ad internet e tutela della privacy», *GC*, 2002, núm. 3, pp. 125-144.

Acercamiento al nuevo contrato surgido como consecuencia de la proliferación de uso de Internet y las crecientes relaciones entre cliente y empresa proveedora o servidor de Internet: naturaleza jurídica, responsabilidad civil y penal y sistema de protección del banco de datos en relación al derecho a la intimidad y privacidad de los datos personales. (M. R. D. R.)

VON BAR, C.-LANDO, O.: «Communication on European Contract Law: joint response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 598-638.

De nuevo más reflexiones sobre la promulgación de un Código civil europeo. (Alma R. G.)

VON BAHR, C.- LANDO, O.- SWANN, S.: «Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code», *ERPL*, vol. 10, núm. 2, 2002, pp. 183-248.

El 11 de julio de 2001 se publicó una «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo» (COM [2001] 398 final). El artículo es la respuesta conjunta de la Comisión Lando y del «Study Group on a European Civil Code». En ella se enfatizan las desventajas de la diversidad legislativa en el mercado interno y, considerando la importancia del Derecho de daños y del Derecho de propiedad, se comienza a que las medidas de unificación en el Derecho de contratos se consideren sólo como una parte del Derecho europeo patrimonial. Se analizan cada una de las «opciones» de la «Comunicación» y se concluye con un plan potencial de armonización de las áreas esenciales del Derecho privado. (I. G. P.)

VVAA: «Les cahiers de l'arbitrage», *GP*, 2002, núm. 163-164, p. 60.

Número especial sobre la jurisprudencia en materia de arbitraje en América, Asia, Egipto, Alemania, Inglaterra, España, Italia, Holanda y Suiza. (I. S. P.)

VVAA: «Les cahiers de l'arbitrage», *GP*, 2002, núm. 156-157, pp. 68.

Número especial sobre arbitraje en el que se analizan diversos puntos como: la cláusula compromisoria ante los tribunales franceses, el «umpire», las reglamentaciones de arbitraje en Italia, el arbitraje internacional, etc. (I. S. P.)

VVAA: «La publicité», *GP*, 2002, núm. 135-136, p. 52.

Número especial sobre la publicidad y las relaciones contractuales. Se analiza la publicidad y el derecho de consumo en Europa; la publicidad del tabaco en Inglaterra y las consecuencias para niños y mujeres de la publicidad en Finlandia. (I. S. P.)

WAGNER, G.: «Mangel y Mangelfolgeschäden im neuen Schuldrecht?», *JZ*, 2002, pp. 475-481.

¿Vicios y daños derivados de los vicios en el nuevo Derecho de Obligaciones? (M. P. G. R.)

WALTERMANN, R: «Aktuelle Fragen der Haftungsbeschränkung bei Personenschäden», *NJW*, 2002, pp. 1225-1231.

Cuestiones actuales sobre los límites de la responsabilidad por daños personales.

Las disposiciones sobre prestaciones sociales tienen un significado práctico para el Derecho privado, lo que también es aplicable en materia de responsabilidad civil. Sobre esta mutua interrelación versa el presente artículo. (M. P. G. R.)

WESTERMANN, H. P.: «Das neue Kaufrecht», *NJW*, 2002, pp. 241-253.

Las nuevas normas sobre la compraventa.

Se trata de una contribución sobre la nueva disciplina de la compraventa en el BGB que ha sido reestructurada en la reciente ley para la modernización del Derecho de Obligaciones, bajo la influencia de la directiva comunitaria sobre compraventa y garantía de bienes de consumo, armonizándola también con las nuevas normas generales sobre el incumplimiento. (M. P. G. R.)

WESTPHALEN F. G.: «AGB-Recht ins BGB- Eine erste Bestandsaufnahme», *NJW*, 2002, pp. 12-25.

Las normas sobre condiciones generales en el BGB. Un primer inventario.

Después de que las disposiciones de la AGB-G hayan sido integradas en los §§ 305 y siguientes del BGB, se debe hacer un primer inventario y un balance provisional. No se trata de aclarar las numerosas modificaciones de los preceptos de la AGB-G, se trata más bien de presentar la nueva concepción del Derecho vigente, especialmente en lo relativo al incumplimiento y su relación con el control judicial del contenido de las condiciones generales del § 307 del BGB. (M. P. G. R.)

WITT, C. H.: «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002, Das neue Verjährungsrecht», *JuS*, 2002, 107-113.

Modernización del Derecho de Obligaciones 2001/2002. El nuevo Derecho de la prescripción.

En el ámbito de la modernización del Derecho de Obligaciones ha sido también completamente modificado el Derecho de la prescripción, cuyas nuevas reglas han permanecido, a juicio del autor de este artículo, un poco en la sombra. Según él, es posible que esto haya sucedido por tratarse de una materia que pertenece al núcleo central de la Parte General del BGB, y cuya contribución a la modernización del Derecho de Obligaciones no es reconocible a primera vista. A pesar de ello, la reforma del Derecho de la prescripción implica una significativa simplificación, sistematización y modernización. El nuevo inicio del cómputo del plazo general de prescripción significa también un cambio de sistema: el legislador ha reemplazado el hasta ahora sistema exclusivamente objetivo, por un sistema subjetivo con límites máximos absolutos. (M. P. G. R.)

ZENO-ZENCOVICH, V.: «Art. 111 Cost. «Giusto Processo» e liquidazione del danno civile in sede penale», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 657-660.

Concurrencia entre la vía penal y la civil para el resarcimiento del daño aquiliano. (*Alma R. G.*)

ZENO-ZENCOVICH, V.: «Il contratto di trasporto aereo e la tutela del consumatore», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 1-4.

Las condiciones generales en el transporte aéreo de personas. (*Alma R. G.*)

ZIMMER, D.: «Das neue Recht der Leistungstörungen», *NJW*, 2002, pp. 1-12.

Las nuevas normas sobre el incumplimiento.

La Ley para la modernización del Derecho de obligaciones ha introducido profundas modificaciones en las normas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones. El artículo presenta las principales y las somete a una apreciación crítica. (*M. P. G. R.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ASTRUC, J. F.: «La clause de non-concurrence accessoire au contrat de cession d'un bien immobilier», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 11, pp. 908-911.

El contrato de cesión de bien inmobiliario y la frecuencia de la cláusula contractual de no concurrencia como servidumbre contractual. Su invalidez cuando falta interés legítimo en el acreedor. (*R. A. R.*)

BAMFORTH, N.: «Human Rights and Consumer Credit», *L. Q. R.*, 2002, vol. 118, pp. 203-209.

Nota relativa a la sentencia de la *Court of Appeal* británica *Wilson v. First County Trust Ltd* ([2001] 3 W.L.R.42) que declara incompatible la *section 127(3)* de la *Consumer Credit Act 1974* con el Convenio europeo de derechos humanos. En esa ocasión se plantea si el prestamista no puede exigir el préstamo convenido por el simple hecho de no haber expresado debidamente su cuantía en el contrato, como establece la *section 127(3)*. Constatado que su aplicación otorgaría al prestatario el derecho no solamente a disponer del dinero recibido sino también a reclamar la restitución del coche aportado como garantía, el tribunal declara que ese precepto infringe algunos derechos previstos por el Convenio (art. 6) y el Primer Protocolo (art. 1) al tener «el efecto de excluir el acreedor de cualquier medida judicial de asistencia de sus derechos». (*J. M. B. S.*)

BARGELLI, E.: «Interesse alla conservazione e all'acquisto dell'alloggio nella nuova locazione abitativa: profili applicativi del –diritto all'abitazione– nei rapporti fra i contraenti», *RDC*, 2001, núm. 6, parte segunda, pp. 585-619.

Reflexión sobre el debate surgido acerca del derecho a la vivienda en el ámbito del contrato arrendaticio: derecho de adquisición preferente del arrendatario y resolución del contrato por necesidad del arrendador. (*M. R. D. R.*)

BOUYEURE, JR.: «L'opposabilité des modifications du règlement de copropriété», *GP*, 2002, núm. 74-75, pp. 2-5.

Necesidad de transcribir en el Registro el reglamento de la comunidad para que sea oponible, tanto en su origen como en cualquiera de sus modificaciones. (I. S. P.)

BRIDGE, M.: «The English Law of Real Security», *ERPL*, vol.10, núm. 4, 2002, pp. 483-508.

El artículo trata el presente y el probable futuro de las garantías reales sobre bienes muebles y su configuración en el Derecho inglés, tradicionalmente considerado proclive a favorecer el aseguramiento del crédito y, de esta manera, los préstamos a la industria y al comercio. (I. G. P.)

CAPOULADE, P.: «Du nouveau du côté des syndicats en difficulté», *GP*, 2002, núm. 74-75, pp. 6-13.

La administración provisional y la escisión de la propiedad, sus consecuencias. (I. S. P.)

CIANCI, A. G.: «La soggettività dell'amministratore del condominio», *GC*, 2002, núm. 1, pp. 3-19.

Comentario acerca de la figura del administrador en el régimen de propiedad horizontal: competencias, cualificación profesional, naturaleza jurídica análoga al mandato, nombramiento, duración, delegación de facultades, revocación.

Análisis de la figura en el Derecho comparado francés. (M. R. D. R.)

CRISTIANO, M.: «Sull'ammissibilità della rivendica di beni fungibili ai sensi dell'art. 103 l. fall.», *GC*, 2002, núm. 1, pp. 21-27.

Breves apuntes sobre la acción reivindicatoria de bienes fungibles en el supuesto de quiebra de empresas integradas en el mercado financiero: títulos de crédito, títulos de deuda pública, valores mobiliarios. (M. R. D. R.)

DAGRENAT, O.: «Cautionnement hypothécaire donné par une société civile immobilière», *GP*, 2002, núm. 188-190, pp. 8-11.

El interés de la sociedad civil en las garantías. Intento de definir ese interés social. Supuesto en que la sociedad no tenga interés en la garantía. (I. S. P.)

DE SANCTIS, V. M.: «Copyright and *fake* in Italy», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 1, pp. 47-58.

Artículo relativo al plagio de obras originales. (Alma R. G.)

ERCOLANI, S.: «L'armonizzazione del *droit de suite* sulle opere d'arte originali», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 1, pp. 7-22.

Profundización en las normas comunitarias que regulan el reconocimiento de una compensación al autor (o a sus herederos) con ocasión de las ventas de obras de arte originales, posteriores a la primera cesión. (Alma R. G.)

FABIANI, M.: «Abusiva riproduzione dell'opera da files di internet», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 1, pp. 98-101.

Acerca del delito penal consistente en la abusiva duplicación en internet de obras protegidas con el fin de vender las copias privadas con contraseña SIAE. (*Alma R. G.*)

FERRAGUTO, A.: «Il regime impositivo dei proventi percepiti dai non residenti a seguito della cessione delle opere protette dalla legge sul diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 1, pp. 33-46.

Artículo sobre la normativa fiscal acerca de las ganancias derivadas de la cesión de obras tuteladas por la ley italiana de 22 de abril de 1941 (los denominados *royalties*). (*Alma R. G.*)

FRAGOLA, A.: «Terminologia di diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 1, pp. 1-6.

Delimitación de cada uno de los conceptos relativos al derecho de autor que surgen como respuesta a las nuevas realidades sociales. (*Alma R. G.*)

GIVERDON, CL.: «Le statut de la copropriété du droit privé au droit public», *GP*, 2002, núm. 74-75, pp. 17-22.

Regulación jurídica pública que afecta a la copropiedad: expropiación, titularidad por persona jurídica pública, etcétera. Aspectos públicos de sus órganos. (*I. S. P.*)

KENDÉRIAN, F.: «L'image des biens: nouveau droit subjectif ou faux débat?», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 14, pp. 1161-1164.

El derecho a la imagen sobre un bien propio no es, actualmente, un derecho subjetivo nuevo, como se ha pretendido por algunos y la Corte de casación francesa así lo ha establecido, sino que es un elemento más del derecho de propiedad. (*R. A. R.*)

LE TARNEC, A.: «Jurisprudence en matière de propriété intellectuelle», *GP*, 2002, núm. 158-159, p. 33.

Número especial sobre la jurisprudencia francesa más reciente en materia de propiedad intelectual. (*I. S. P.*)

LEPSIUS, O.: «Geld als Schutzgut der Eigentumsgarantie», *JZ*, 2002, pp. 313-321.

El dinero como bien jurídico protegido por la garantía constitucional de la propiedad. (*M. P. G. R.*)

LONGHINI, S.: «La violazione dei diritti di sfruttamento dell'opera musicale negli spot pubblicitari con particolare riferimento alla responsabilità dell'emittente televisiva e della concessionaria di pubblicità», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 1, pp. 23-32.

Derecho de reparación a favor de la empresa titular de los derechos de disfrute económico de una obra musical ante la ilegítima utilización de la misma en un mensaje publicitario transmitido en televisión. (*Alma R. G.*)

LUISO, F. P.: «L'efficacia della sentenza che accoglie la domanda di reintegrazione nel possesso– nota a Cass. 6 luglio 2001 n. 9202 e a Cass. 14 giugno 2001 n. 8056», *GC*, 2002, núm. 1, pp. 105-109. (M. R. D. R.)

MUSSELLI, L.: «Legittimazione al ricorso, natura –aperta– degli accordi di programma e diritto all'effettivo risanamento ambientale: il caso delle ex acciaierie di Cornigliano-Genova – nota a Cons. St., sez. IV, 1 agosto 2001 n. 4206», *GC*, 2002, núm. 2, pp. 504-511. (M. R. D. R.)

NICOLETTI, P.: «La tutela ambientale nell'interpretazione giurisprudenziale», *GC*, 2001, núm. 11, pp. 473-494.

Reflexiones acerca de la tutela del medio ambiente: la evolución jurisprudencial, intervención del Estado, revalorización de los derechos de la persona. Tratamiento en el ámbito de la responsabilidad civil: cuantificación del daño y naturaleza del resarcimiento. (M. R. D. R.)

NOTE: «Nuisance, Property and Human Rights», *L. Q. R.*, 2002, vol. 118, pp. 27-31.

La Note estudia el significado del caso *Marcic v. Thames Water Utilities* [2001] 2 All E.R. 698 en el Derecho inglés. En *Marcic*, la *Court of Appeal* entiende que el hecho de que el propietario de un sistema de alcantarillado no haga nada para evitar que éste cause inundaciones en un inmueble vecino de forma reiterada e intermitente durante un período de nueve años de duración vulnera el derecho a la intimidad y a la vida familiar de quien vive en él, reconocido en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La Note compara este avance con algunos casos conocidos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como *López Ostra c. España*, en que la tutela jurídica de los derechos humanos sirve para proteger al demandante frente a daños causados por inmisiones. (A. R. G.)

SEBASTIO, F. : «Originalità di un brevetto e concorrenza– nota a Cass. 28 giugno 2001 n. 8879», *GC*, 2002, núm. 3, pp. 703-710. (M. R. D. R.)

SEBASTIO, F.: «Segni distintivi e marchio geografico in relazione alla disciplina della tutela del nome e della normativa sulla pubblicità ingannevole e della libertà di concorrenza– nota a Cass. 20 dicembre 2000 n. 16022», *GC*, 2001, núm. 12, pp. 2993-2998. (M. R. D. R.)

TAORMINA, G.: «Le glas de la publicité "... à son de cloche, trompe ou tambour", ou les apports du décret n° 2002-77 du 11 janvier 2002», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 21, pp. 1698-1702.

La reforma de los modos de anuncio en materia de ejecución de embargos inmobiliarios mediante el Decreto 2002/77. (R. A. R.)

TRIOLA, R.: «Le distanze tra gli edifici nel d.m. 2 aprile 1968 n. 1444- osservazione a Cass. 27 marzo 2001 n. 4413», *GC*, 2002, núm. 1, pp. 190-191. (M. R. D. R.)

VIGNERON, G.: «Les nouvelles obligations du syndic», *GP*, 2002, núm. 74-75, pp. 35-37.

Obligaciones contables y financieras de los comuneros; obligación de conservación del inmueble y obligaciones particulares derivadas de los estatutos. (I. S. P.)

VISALLI, G.: «I contraddittori risvolti di vecchie questioni: la trasmissione all'erede del coerede ereditario dei diritti di prelazione e riscatto e la nozione di estraneo ex art. 732 c.c.– nota a Cass. 28 gennaio 2000 n. 981», *GC*, 2001, núm. 10, pp. 2504-2509. (M. R. D. R.)

DERECHO DE FAMILIA

BIANCA, C. M.: «Le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia», *GC*, 2001, núm. 10, pp. 429-432.

Revisión de la institución de la adopción, a propósito de la l. 28 marzo 2001 n. 149, que establece el derecho del menor a crecer y ser educado en la familia y no ser abandonado por motivos de imposibilidad de asistencia material como consecuencia de la insuficiencia de recursos económicos, ya que éstos deberán ser proporcionados por el Estado, a tal fin, según las circunstancias familiares. (M. R. D. R.)

BOULANGER, F.: «Modernisation ou utopie?: la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 20, pp. 1571-1577.

La cuarta reforma de la patria potestad desde la promulgación del Código civil francés supone la unificación de todas las normas sobre la institución, con independencia de la situación civil de los padres. Insuficiencias respecto a los abuelos y en cuanto al papel del menor. (R. A. R.)

BRAUN, J.: «Ein neues familienrechtliches Institut. Zum Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes», *JZ*, 2002, pp. 23-31.

Una nueva institución de Derecho de familia. Sobre la entrada en vigor de la ley de parejas de hecho.

El Tribunal Constitucional alemán ha denegado la suspensión cautelar de la ley de parejas de hecho. Las parejas del mismo sexo pueden así, desde el 1 de agosto de 2001, fundar una pareja inscrita en cuanto se lo permita la correspondiente ley de ejecución del correspondiente *Land*. El artículo versa sobre la citada decisión del Tribunal Constitucional y plantea alguna de las cuestiones que sugiere. (M. P. G. R.)

CICCHITELLI, G.: «La capacità dell'interdetto di esercitare le azioni relative allo status coniugale– nota a Cass. 21 luglio 2000 n. 9582», *GC*, 2001, núm. 11, pp. 2751-2757. (M. R. D. R.)

CIPRIANI, F.: «Sulle domande di separazione, di addebito e di divorzio», *FI*, 2002, núm. 2, pp. 383-387.

Impugnación de la sentencia de separación al mostrar su disconformidad uno de los cónyuges con la pensión acordada. (Alma R. G.)

CZERNER, F.: «Die elterlich initiierte Unterbringung gemäß § 1631 b BGB: ein familienrechtliches Fragment im vormundschafts- und verfassungsrechtlichen Spannungsfeld», *AcP*, 2002, pp. 72-136.

En el año 1980 se introdujo en el BGB la norma del § 1631 b que somete a autorización del Tribunal de Tutelas el internamiento de menores a iniciativa de sus padres. La tensión entre la autonomía del menor, el derecho de educación de los padres y la intervención pública, se resuelve en primer término con la idea de proteger al menor frente a limitaciones de su libertad que puedan ser contraproducentes, y en este sentido es una norma de protección del interés y de la autonomía del menor. Sin embargo, el autor analiza las críticas que el precepto merece, su coordinación con normas constitucionales y las perspectivas de reforma. (*I. G. P.*)

DANOVİ, F.: «Inammissibilità di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio nei confronti del coniuge defunto», *DFP*, 2001, núm. 4, pp. 1535-1547.

Consecuencias jurídicas que tiene la muerte de una de las partes de un litigio cuyo objeto son los *status* personales y familiares. (*Alma R. G.*)

DI CHIARA, G.: «Appunti in tema di “giusto processo”, rito camerale, accesso delle parti al fascicolo d’ufficio e presunti poteri di segretazione parziale degli atti di causa», *DFP*, 2001, núm. 4, pp. 1473-1492.

Acerca de las repercusiones que tiene la violencia sexual de los padres sobre los hijos en el Derecho de familia. (*Alma R. G.*)

DOUET, F.: «L’aménagement du régime fiscal de la prestation compensatoire en cas de divorce sur demande conjointe», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 22, pp. 1774-1777.

Las repercusiones beneficiosas fiscales sobre la pensión compensatoria en caso de divorcio por mutuo acuerdo con la Ley de 30 de junio de 2000. (*R. A. R.*)

FENU, G. M.: «Termine per il disconoscimento e decorso dalla conoscenza dell’evento anche per il figlio nato prima dei 180 giorni», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 93-101.

Dies a quo para la interposición de la acción de impugnación de la paternidad y pretendida constitucionalidad de la normativa jurídica al efecto. (*Alma R. G.*)

FERA, G.: «Il silenzio degli innocenti: note critiche in tema di audizione dei minori nella separazione e nel divorzio– nota a Cass. 16 luglio 2001 n. 9632», *GC*, 2002, núm. 3, pp. 693-698. (*M. R. D. R.*)

FINOCCHIARO, M.: «Divisione della casa familiare, assegnata in sede di divorzio al coniuge affidatario dei figli minori e (pretesa) inidoneità del provvedimento di assegnazione a incidere sul valore commerciale dell’immobile– nota a Cass. 17 settembre 2001 n. 11630», *GC*, 2002, núm. 1, pp. 57-60. (*M. R. D. R.*)

FLOUR, Y.: «Présentation du Droit patrimonial de la famille», *GP*, 2002, núm. 188-190, p. 3.

Presentación de los diversos trabajos editados en la revista a propósito del Derecho patrimonial de la familia. (*I. S. P.*)

FONTANA, A.: «Chi può chiedere il ricongiungimento familiare?», *DFP*, 2001, núm. 4, pp. 1429-1439.

Repercusiones de la normativa sobre inmigración en el Derecho de familia. (*Alma R.G.*)

GENTILI, A.: «Il diritto all'identità personale nuovamente all'esame della Corte costituzionale», *NLCC*, 2001, núm. 6, pp. 1193-1200.

Análisis de la sentencia *Corte cost., 11 maggio 2001, n. 120*, sobre inviolabilidad del domicilio y consideración del nombre como elemento fundamental de identidad personal, en relación al supuesto concreto de conservación del nombre y apellido por los adoptados, anteponiéndolos al del adoptante. (*M. R. D. R.*)

GIACALONE, G.: «Esclusione della litispendenza tra le cause di divorzio di cittadini italiani in Francia e le cause di separazione in Italia- osservazione a Cass. Sez. un., 20 luglio 2001 n. 9884», *GC*, 2002, núm. 1, pp. 85-87. (*M. R. D. R.*)

GAIMO, G.: «La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio. Profili comparativi», *DFP*, 2001, núm. 4, pp. 1606-1641.

Análisis del instituto de la mediación familiar y de su función en los conflictos familiares en los ordenamientos italiano, inglés y japonés. (*Alma R. G.*)

IMPRUDENTE, A.: «Spunti sull'affidamento della prole nella crisi della coppia», *DFP*, 2001, núm. 4, pp. 1783-1786.

Criterios a tener en cuenta por el juez a la hora de decidir a quién de los progenitores se le atribuye la guarda del menor. (*Alma R. G.*)

LAMARCA I MARQUÉS, A.: «Das neue Familiengesetzbuch Kataloniens», *ZEuP*, 2002, pp. 557-579.

Además de exponer sucintamente el contenido del Código de familia catalán, se explica el modelo español de coexistencia de varios ordenamientos civiles dentro del mismo Estado como un ejemplo a considerar en la armonización del Derecho en Europa. (*I. G. P.*)

LE BLAVEC, P.: «Réforme de l'autorité parentale: Les nouvelles dispositions législatives en matière de prévention et de saction des enlèvements parentaux d'enfants vers l'étranger», *GP*, 2002, núm. 109-110, pp. 16-19.

Estudio a propósito de la reforma de la patria potestad en el Código civil francés con la Ley de 4 de marzo de 2002. (*I. S. P.*)

MANERA, G.: «Ancora sui limiti di età tra adottandi e adottato nell'adozione legittimante– nota a Cass. 8 febbraio 2000 n. 1366», *GC*, 2001, núm. 10, pp. 2487-2494. (*M. R. D. R.*)

MASURE, G.: «Transmission d'entreprise. Exonération partielle des droits de succession», *GP*, 2002, núm. 188-190, pp. 4-7.

Dificultades de la transmisión de patrimonio ante las elevadas tasas fiscales. El autor analiza la posibilidad de transmisión de acciones y transmisión de empresa. (*I. S. P.*)

MAURY, Fl.: «Brèves réflexions sur la liquidation d'une indivision après rupture d'un concubinage», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 20, pp. 1578-1581.

Liquidación de una situación de indivisión ante la separación de una pareja de hecho. Posibles procedimientos judiciales para la división evitando alargar la situación durante años. (*R. A. R.*)

MELIN, PH.: «Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile», *GP*, 2002, núm. 109-110, pp. 2-15.

Fundamentos de la responsabilidad por reconocimiento de hijo natural no conforme con la verdad biológica. Régimen jurídico aplicable. (*I. S. P.*)

PATRUNO, F.: «La vicenda sul c.d. utero in affitto. Profili giuridici», *DFP*, 2001, núm. 4, pp. 1642-1686.

Procreación artificial y maternidad subrogada realizada con ánimo de liberalidad: el equilibrio entre la libertad de autodeterminación de la mujer y el interés del menor. (*Alma R. G.*)

PELLEGRINO, P.: «L'impedimentum ligaminis nel matrimonio canonico», *DFP*, 2001, núm. 4, pp. 1555-1605.

De nuevo sobre el matrimonio en el Derecho canónico. (*Alma R. G.*)

SCIA, F.: «Mancata richiesta dell'assegno nel giudizio di divorzio ed esperibilità, ex art. 9, comma 1.º, l. n. 898/1970, dell'azione diretta alla revisione della misura e delle modalità dell'assegno medesimo», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 136-142.

Possible reclamación, mediante el procedimiento de la Ley núm. 898/1970, de una pensión no solicitada en el anterior juicio de divorcio. (*Alma R. G.*)

SIGILLÓ, V.: «Il mediatore familiare può considerarsi ausiliario (atípico) del juzic?», *DFP*, 2001, núm. 4, pp. 1501-1509.

Debate acerca de si el juez que resuelve litigios de crisis conyugales puede servirse a la hora de adoptar su decisión de los servicios sociales, en concreto de los Centros de mediación familiar. (*Alma R. G.*)

TRABACE, S.: «La delibazione della sentenza di nullità del matrimonio non travolge l'anteriore giudicato di divorzio», *FI*, 2002, núm. 1, pp. 188-191.

Relaciones entre la sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial y la anterior sentencia civil de divorcio. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

BERNARDONI, R.: «Divisione ereditaria. Collazione delle donazioni dissimilate. Limiti probatori– nota a Cass. 29 marzo 2000 n. 3821», *GC*, 2001, núm. 12, pp. 3062-3065. (*M. R. D. R.*)

BRENNER, CL.: «L’organisation des paiements dans les successions acceptées sous bénéfice d’inventaire: du vin nouveau dans de vieilles autres», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 22, pp. 1769-1773.

Insuficiencia normativa del Código civil sobre la regulación del pasivo sucesorio y su intento de normalización por la jurisprudencia. La necesidad de una reforma legal ante la reforma de procedimientos civiles de ejecución mediante la Ley de 9 de julio de 1991 y la doctrina de la Corte de casación civil francesa, sección segunda, de 18 de octubre de 2001. (*R. A. R.*)

CACCAVALE, C.: «Riducibilità del titolo di provenienza e distribuzione del rischio contrattuale nella compravendita immobiliare», *GC*, 2001, núm. 10, pp. 457-472.

Reflexión acerca de los negocios de circulación de bienes del patrimonio familiar: reducción de donaciones por el legitimario y efectos frente a terceros, evicción y garantía frente a ello. (*M. R. D. R.*)

COPPOLA, C.: «Legittimazione attiva e passiva all’impugnazione della rinuncia all’eredità ex art. 524 cod. civ.», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 746-752.

Naturaleza jurídica y efectos de la acción de impugnación de la repudiación de la herencia interpuesta por los acreedores del renunciante. (*Alma R. G.*)

DAVIAUD, PH.: «La nouvelle indignité successorale. Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001», *RDS*, 2002, 1er. cah., núm. 23, pp. 1856-1859.

La reforma de los artículos 727 y 728 del Código civil francés así como su repercusión en los artículos 729 y 730 debido a su envejecimiento ante los nuevos fenómenos sociales. El autor hace un análisis sintético de los nuevos artículos. (*R. A. R.*)

DAVIAUD, PH.: «Les droits successoraux du conjoint survivant: Loi du 3 décembre 2001», *GP*, 2002, núm. 188-190, pp. 17-19.

Evolución legislativa de la regulación de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente en Francia. Situación actual con la nueva reforma mediante un análisis sintético de las novedades. (*I. S. P.*)

GRILLON, G.: «Les nouveaux droits successoraux du conjoint survivant», *SJ*, 2002, núm. 19-20, pp. I-133, 865-870.

La reforma del Derecho de sucesiones en Francia a raíz de la Ley 2001-1135, de 3 de diciembre de 2001 sobre el cónyuge superviviente aunque existan hijos o hermanos. (I. S. P.)

OTTE, G.: «Das Pflichtteilsrecht- Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik», *AcP*, núm. 2, 2002, pp. 317-362.

Para afrontar la reforma de la sucesión forzosa, el autor realiza un examen de diversas cuestiones. En primer lugar, las distintas opiniones sobre la protección constitucional del sistema legitimario, punto en el que la doctrina ofrece criterios divergentes. Además se analiza la jurisprudencia constitucional sobre el tema y las perspectivas de reforma, teniendo en cuenta las distintas funciones asignadas a las legítimas, comparando la situación existente cuando se promulgó el BGB y las circunstancias actuales. En particular, se estudia la incidencia que tienen o deben tener circunstancias tales como el deber de alimentos, composición de la familia, contenido del patrimonio, ayudas estatales por hijos, etcétera. (I. G. P.)

PABST, H. J.: «Vererben und Verschenken aus grundrechtlicher Sicht», *JuS*, 2001, p. 1145-1151.

Herencia, legado y donaciones desde el punto de vista constitucional.

El autor de este artículo destaca las similitudes y puntos de relación que existen entre las atribuciones sucesorias y las donaciones, tanto en el ámbito del Derecho privado como en el Derecho público, así como también en la práctica. No obstante, adoptando un punto de vista constitucional, llama la atención sobre las diferencias entre el Derecho de sucesiones y el Derecho de donaciones impuestas desde la Ley Fundamental. (M. P. G. R.)

TREGGIARI, F.: «Interpretazione del testamento e ricerca della volontà», *RTDPC*, 2001, núm. 4, pp. 911-937.

Reflexión acerca de la búsqueda de la voluntad del testador: interpretación literal del testamento como base fundamental y búsqueda de otro tipo de interpretaciones testamentarias. (M. R. D. R.)

VIDIRI, G.: «Società personali di due soci e liquidazione della quota agli eredi del socio deceduto – nota a Cass. 14 marzo 2001 n. 3671», *GC*, 2001, núm. 10, pp. 2403-2407. (M. R. D. R.)

VISALLI, G.: «I contraddittori risvolti di vecchie questioni: la trasmissione all'erede del coerede ereditario dei diritti di prelazione e riscatto e la nozione di estraneo ex art. 732 c.c.– nota a Cass. 28 gennaio 2000 n. 981», *GC*, 2001, núm. 10, pp. 2504-2509. (M. R. D. R.)

VARIA

BESSONE, M.: «L’“associazione” fondo pensione. Il contratto, gli assetti organizzativi, la comunione di scopo “a rilevanza esterna”», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 5-19.

Artículo sobre los fondos de pensiones. (*Alma R.G.*)

BURROWS, A.: «We Do This At Common Law But That In Equity», *Oxford J. Legal Stud.*, 2002, vol. 22 (1), pp. 1-16.

El artículo trata de las dificultades para combinar las reglas de *common law* y las de *equity* cuando ambas resuelven de manera antagónica una misma cuestión jurídica. La posición de Burrows es crítica porque considera que los juristas británicos no hacen todo lo posible para eliminar las diferencias terminológicas superfluas y las incongruencias en el contenido. Esta desidia se manifiesta de manera especial en los casos en que una mínima modificación de las reglas existentes resolvería de manera óptima el conflicto. (J. S. F.)

ERAMO, F.: «La devianza minorile nella società multietnica e multiculturale», *DFP*, 2001, núm. 4, pp. 1769-1782.

Estudio sobre la disciplina jurídica de la inmigración. (Alma R. G.)

FAUVARQUE-COSSON, B.: «Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple», *Am. J. Comp. L.*, 2001, vol. 49, pp. 407-428.

Examen de la evolución de la relación entre Derecho comparado y Derecho internacional privado donde se subraya que los fines y la metodología de ambas disciplinas divergen esencialmente. Concluye sin embargo que, al menos en Europa, existe un amplio marco para la convergencia basado en la creciente «comunitarización» del Derecho conflictual y en la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (J. R. I.)

FLESSNER, A.: «Juristische Methode und europäisches Privatrecht», *JZ*, 2002, pp. 14-23.

Método jurídico y Derecho privado europeo.

Partiendo de la contradicción entre la consistencia del ordenamiento jurídico del que es dependiente el método científico alemán y la formación múltiple del Derecho privado europeo, el autor se cuestiona la posibilidad de utilizar un nuevo método jurídico más adecuado para este último. (M. P. G. R.)

GRUNDMANN, S.: «Harmonisierung, Europäischer Kodex, Europäisches System der Vertragrechte», *NJW*, 2002, pp. 393-396.

Armonización, Código europeo, Sistema europeo y Derecho contractual.

Las perspectivas de la Comunicación de la Comisión sobre el Derecho contractual europeo.

Después de la reforma del Derecho contractual alemán, que tiene su origen en disposiciones europeas, se aborda la codificación del Derecho contractual en Europa. La ciencia jurídica alemana no puede dejarlo pasar. Con la citada Comunicación de julio de 2001, la Codificación del Derecho contractual europeo aparece en la agenda política. La Comunicación no es sólo un dato más. Se trata ahora de discutir las distintas alternativas de construcción de un Derecho privado europeo. Se plantea si un Código de Derecho contractual europeo reemplazará al Derecho contractual nacional, o si nacerá

un sistema europeo de Derecho contractual en el que la codificación del Derecho contractual europeo y nacional puedan ser aprovechados de manera coordinada. El artículo introduce los principales argumentos sobre el tema y las múltiples alternativas de construcción. (M. P. G. R.)

JESTAZ, Ph./JAMIN, Chr.: «Doctrine et jurisprudence: cent ans après», *RTDC*, 2002, núm. 1, pp. 1-9.

Ante el primer centenario de la revista, los autores analizan el objetivo de sus fundadores con A. Esmein a la cabeza y sus resultados a lo largo del siglo XX. Igualmente, hacen un intento respecto a las perspectivas de la revista a lo largo del siglo XXI. (R. A. R.)

KÖTZ, H.: «Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung», *JZ*, 2002, pp. 257-264.

Viejas y nuevas tareas de la comparación jurídica.

El autor, destacado y conocido comparatista, se ocupa de las modernas funciones de la comparación jurídica. Especialmente se dedica a la cuestión relativa a la contribución que el método comparado puede tener en la obtención de los principios del Derecho civil europeo comunitario y las consecuencias que pueden obtenerse de este método en el proceso de globalización y transnacionalización del Derecho. (M. P. G. R.)

MÉMETEAU, G.: «La présentation du droit médical dans la RTDciv. Petite compilation», *RTDC*, 2002, núm. 2, pp. 253-268.

El autor destaca la importancia del Derecho médico en la revista a lo largo de los últimos años, negando que sea una revista especializada en el tema sino en las interpretaciones sobre el Derecho civil en general. Crítica a los pretendidos especialistas en Derecho médico o en bioética. (R. A. R.)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione - Terzo Quadrimestre 2000», *RDC*, 2002, núm. 1, parte segunda, pp. 113-130.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (M. R. D. R.)

MÖLLERS, TH. M. J.: «Europäische Richtlinien zum Bürgerlichen Recht», *JZ*, 2002, pp. 121-134.

Directivas europeas y Derecho civil.

Cada vez en mayor medida se pretende la armonización jurídica a través de directivas que afectan al Derecho civil y al Derecho económico, con el fin de conseguir en Europa un mercado común. El artículo expone estas directivas y su correspondiente jurisprudencia. Además el 1 de enero de 2001 entró en vigor la Ley para la modernización del Derecho de obligaciones. En ambos casos aparecen principios jurídicos civiles de nuevo cuño. (M. P. G. R.)

REMY, Ph.: «Planiol: un civiliste à la Belle Epoque», *RTDC*, 2002, núm. 1, pp. 31-45.

Análisis del pensamiento del civilista Planiol a través de sus obras. Su importancia para el Derecho civil francés así como su repercusión en el ámbito legislativo. (R. A. R.)

SACCO, R.: «Diversity and Uniformity in the Law», *Am. J. Comp. L.*, 2001, vol. 49, pp. 171-189.

El artículo contiene distintas reflexiones acerca del debate resurgido en Europa entre los partidarios de la unificación del Derecho y aquellos que se muestran favorables a mantener su diversidad. Destaca las ventajas de la diversidad desde el punto de vista de innovación y de la unificación en cuanto a la previsibilidad que conlleva. Analizados los pros y los contras de ambos planteamientos, el autor da algunas sugerencias al legislador para acometer sus propósitos de unificación. (J. M. B. S.)

SCHWINTOWSKI, H. P.: «Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch», *JZ*, 2002, pp. 205-211.

En el camino hacia un Código civil europeo.

El artículo aboga por un Código civil europeo de carácter limitado, que no sustituya al Derecho nacional, sino que cree un marco conjunto para la multiplicidad de culturas jurídicas europeas. (M. P. G. R.)

VV.AA.: «Gazette du droit des technologies avancées», *GP*, 2002, núm. 107-108, 56 pp.

Número especial sobre la influencia de la informática y la electrónica en el Derecho. (I. S. P.)

VV.AA.: «Internet, droit et santé», *GP*, 2002, núm. 83-85, pp. 64.

Número especial sobre la influencia de internet en los derechos de los pacientes y su regulación jurídica. (I. S. P.)

ZIMMERMANN, R.: «Europa und das römische Recht», *AcP*, núm. 2, 2002, pp. 243-316.

El artículo comienza con un recuerdo de la obra de Koschaker, del mismo título, para destacar la plena actualidad de su visión sobre la importancia que el conocimiento y el estudio del Derecho romano tiene para el entendimiento del Derecho moderno y para tomar plena conciencia de que el Derecho privado en Europa se asienta sobre una base común. En el artículo se contemplan muchas y variadas cuestiones de Derecho privado y su tratamiento en distintos ordenamientos europeos. Mirar hacia atrás permite comprender el cómo y el por qué de la evolución del Derecho y su estado actual. Permite determinar hasta qué punto las soluciones de los distintos Derechos nacionales son variantes de un mismo tema así como fijar los puntos comunes, cuestión esencial en un futuro Derecho privado europeo. (I. G. P.)

DERECHO MERCANTIL**PARTE GENERAL. EMPRESA**

BAZEX, M./FLÉCHEUX, G.: «L'application du droit de la concurrence aux ordres professionnels», *GP*, 2002, núm. 174-176, pp. 6-8.

Los colegios profesionales como asociaciones de empresas o como autoridades públicas. Consideración de las tarifas profesionales. Modalidades de ejercicio de la profesión. (*I. S. P.*)

HAEDICKE, M.: «Kein Patent auf Leben?- Grundlagen es Patentrechts und der Schutz biotechnologischer Erfindungen», *JuS*, 2002, pp. 113-118.

¿No es patentable la vida? Fundamentos del Derecho de patentes y la protección de los descubrimientos biotecnológicos.

Con el desarrollo de la Biotecnología ha ganado en significado en los últimos tiempos el Derecho de patentes. Simultáneamente la cuestión de la patentabilidad de los descubrimientos biotecnológicos, especialmente en el campo de la Genética, se coloca en el centro de una acalorada discusión. Con este panorama, el presente artículo examina los fundamentos del Derecho de patentes y la problemática de la protección de los descubrimientos biotecnológicos. (*M. P. G. R.*)

PALAZZOLO, A.: «Alcuni spunti in tema di regolamentazione dei nomi di dominio: la pignorabilità, il potere di disposizione del titolare registrante e la disciplina pubblicistica», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 41-45.

Artículo sobre el nombre de la sociedad y las marcas privadas de tutela. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

ALTMEPPEN, H.: «Gesellschafterhaftung und Konzernhaftung bei der GmbH», *NJW*, 2002, pp. 321-324.

Responsabilidad del socio y responsabilidad del consorcio en la sociedad de responsabilidad limitada.

A través del caso *Bremen Vulkan* se somete a discusión nuevamente la protección del acreedor de la sociedad limitada de un solo socio. El conjunto de normas sobre consorcios fácticos deben ser definitivamente revisado, a juicio del autor. La práctica debe adaptarse al cambio fundamental de la jurisprudencia del *GH*. (*M. P. G. R.*)

BLANC, G.: «La société européenne: la pluralité des rattachements en question (à propos du règlement (CE) n° 2157/2001 du 8 octobre 2001)», *RDS*, 2002, 2e. cah., núm. 12, pp. 1052-1057.

Normas comunes sobre la constitución y funcionamiento de la denominada sociedad europea. Reenvío de normas. Consecuencias de la pluralidad. (*R. A. R.*)

BUSSANI, A.: «Sulla derogabilità della procedura formale di liquidazione nelle società di capitali», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 558-566.

Artículo sobre la liquidación en las sociedades mercantiles. (*Alma R. G.*)

DUPICHOT, J.: «La loi “NRE” et le Droit des sociétés», *GP*, 2002, núm. 149-150, pp. 3-35.

Origen y evolución de los trabajos legislativos de la Ley. Su contenido y fundamento. (*I. S. P.*)

GOUDET, R. B: «La faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'Aix le 20 septembre 2000)», *RDS*, 2002, 2e. cah., núm. 22, pp. 1821-1823.

Imposibilidad de responsabilidad personal frente a tercero del director de una sociedad cuando actúa como tal. Evolución jurisprudencial al respecto. (*R. A. R.*)

GUÉVEL, D.: «Quelques aspects de la loi “NRE” en matière de concurrence», *GP*, 2002, núm. 149-150, pp. 36-54.

Críticas a la ley al no conseguir simpleza y equidad en la regulación de operaciones económicas. Análisis de la Comisión de prácticas comerciales y de relación contractual entre fabricantes y distribuidores: composición, funciones, etcétera. Prácticas desleales y sanciones. (*I. S. P.*)

GIULIANELLI, S.: «Alienazione di partecipazioni societarie, autonomia patrimoniale della società e principi di correttezza e buona fede», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 213-222.

Artículo acerca de las garantías existentes en la cesión de participaciones sociales. (*Alma R. G.*)

LIENHARD, A.: «Nouvelles régulations économiques: commentaire du décret n° 2002-803 du 3 mai 2002», *RDS*, 2002, 2e. cah., núm. 20, pp. 1649-1657.

Reforma del Derecho de sociedades mediante el decreto 2002-803 atendiendo a las nuevas regulaciones en materia económica. Separación de funciones entre presidente y director general, el consejo de administración y las juntas generales. Los accionistas y la nueva regulación. (*R. A. R.*)

MARCHEGIANI, L.: «In tema di scindibilità dell'aumento di capitale – nota ad App. Cagliari 26 aprile 2000», *GC*, 2001, núm. 12, pp. 3078-3084. (*M. R. D. R.*)

MESSINETTI, D.: «Il concetto di patrimonio separato e la c.d. catolariizzazione dei crediti», *RDC*, 2002, núm. 1, parte segunda, pp. 101-112.

Ánalisis de los efectos y régimen jurídico de los bienes que constituyen patrimonios separados destinados a un determinado fin: gestión, disposición, garantías, títulos de crédito. (*M. R. D. R.*)

REIGNÉ, PH./DELORME, Th.: «Réflexions sur la distinction de l'associé et l'actionnaire», *RDS*, 2002, 2e. cah., núm. 16, pp. 1330-1335.

La distinción entre socio de una sociedad y el accionista. La sociedad anónima como modelo para distinguir ambos sujetos. Problemas a la hora de distinguir entre participación social y acción. (R. A. R.)

ROBERTI, M.: «La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridica e le vicende modificate», *NLCC*, 2001, núm. 6, pp. 1127-1142.

Análisis del *d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, que establece pautas de determinación de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y sus efectos: sanciones pecuniarias e interdictales. (M. R. D. R.)

THOMAS, G. F./LEUERING, D.: «Die Europäische Aktiengesellschaft- Societas Europea», *NJW*, 2002, pp. 1449-1454.

La sociedad anónima europea. Societas Europea.

Después de que en la cumbre de Niza de 20 de diciembre de 2000 se lograra el consenso político, especialmente sobre la cuestión de la participación de los trabajadores en la empresa, se despejó el camino del legislador comunitario para establecer el marco jurídico de la sociedad anónima europea. Con ello se concluye un largo proceso legislativo en la Unión Europea. En este artículo se da un panorama sobre esta nueva forma de sociedad europea, que se sumará a las formas societarias nacionales y a la agrupación europea de interés económico. (M. P. G. R.)

ULMER, P.: «Aktienrecht im Wandel», *AcP*, núm. 2, 2002, pp. 143-178.

En el artículo se recoge el discurso del autor ante la convención de profesores de Derecho civil celebrado en Trier el 24 de septiembre de 2001. El tema tratado versa sobre la sociedad anónima: su desarrollo práctico y legislativo en los últimos decenios, destacando los puntos más discutidos en doctrina y jurisprudencia. (I. G. P.)

VIDIRI, G.: «Le clausole di prelazione e la denuntiatio nell'attività negoziale nel diritto societario— nota a Cass. 12 giugno 2001 n. 7879», *GC*, 2002, núm. 1, pp. 143-151. (M. R. D. R.)

VIDIRI, G.: «Società personali di due soci e liquidazione della quota agli eredi del socio deceduto – nota a Cass. 14 marzo 2001 n. 3671», *GC*, 2001, núm. 10, pp. 2403-2407. (M. R. D. R.)

VV.AA.: «Spécial statut des dirigeants sociaux», *GP*, 2002, núm. 153-155, pp. 59.

Número especial sobre el estatuto de los dirigentes de sociedades tras la reforma de 24 de julio de 1966. Se analizan aspectos como la desnaturalización del mandato en la práctica de las sociedades anónimas; la suspensión del contrato; la influencia de las operaciones de cesión del control de la empresa, etcétera. (I. S. P.)

CONTRATOS MERCANTILES

ALBIGES, CH.: «Le mandat de se porter caution», *RDS*, 2002, 2e. cah., núm. 8, pp. 706-711.

En la práctica, el contrato de mandato con fianza suele hacerse en un solo acto a pesar de estar ante dos contratos específicos, y el mandatario se encarga de ambas cosas. Requisitos de contenido y de forma. (R. A. R.)

BACHARAT, J. B.: «La notion de refinancement», *RDS*, 2002, 2e. cah., núm. 15, pp. 1254-1257.

La refinanciación en las actividades monetarias de establecimientos de crédito. Su concepto como operación crediticia o como operación de tesorería. (R. A. R.)

CARAMALLI, D.: «La question de l'application des règles relatives à l'usure aux emprunts obligataires», *RDS*, 2002, 2e. cah., núm. 17, pp. 1413-1416.

Problemas de aplicación de la ley de la usura a préstamos obligatorios. Necesidad de intervención pública en el mercado de obligaciones frances. (R. A. R.)

COURTIEU, G.: «L'assurance du suicide, suite et fin?», *GP*, 2002, núm. 137-138, pp. 2-3.

El autor se plantea la posibilidad de celebrar un contrato de seguro que cubra como riesgo el suicidio. Posibilidades de su validez. (I. S. P.)

FLORES, PH./BIARDEAUD, G.: «Réforme du délai de forclusion: vers une restauration du régime de protection de l'emprunteur», *RDS*, 2002, 2e. cah., núm. 10, pp. 876-879.

Nueva regulación en materia de créditos al consumo para evitar la aplicación de la normativa de los artículos L-311-317 en materia de préstamos. (R. A. R.)

DERECHO CAMBIARIO

MARTIN-LAVIGNE, Y.: «Clauses de ratchet: de la pratique anglo-saxonne au droit français», *RDS*, 2002, 2e. cah., núm. 19, pp. 1540-1543.

Adquisición de acciones a un precio inferior de mercado para protegerse de la bajada de precios en una adquisición anterior. Práctica inglesa utilizada en Francia. (R. A. R.)

DERECHO CONCURSAL

CACCIAGUERRA, G./PETTARIN, G. G.: «Problemi in tema di diritto del fallito all'abitazione», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 707-711.

Naturaleza jurídica y límite temporal del derecho de habitación del quebrado. (*Alma R. G.*)

LE CORRE, PM.: «Le sort des créances en cas d'extension d'une procédure collective», *RDS*, 2002, 2e. cah., núm. 13, pp. 1122-1127.

El principio de unidad del procedimiento de quiebra: reglas comunes a la confusión de patrimonios. Falsas extensiones y el principio de multiplicidad de procedimientos. (*R. A. R.*)

LE CORRE-BROLY, E./LE CORRE, PM.: «L'analyse jurisprudentielle de la demande en acquiescement de revendication», *RDS*, 2002, 2e. cah., núm. 11, pp. 948-953.

Situación de los propietarios de bienes muebles en procedimientos de quiebra. Acciones de reivindicación en caso de insolvencia de la empresa donde están situados. Soluciones jurisprudenciales. (*R. A. R.*)

LÉGUEVAQUES, CH.: «L'égalité des créanciers dans les procédures collectives: flux et reflux», *GP*, 2002, núm. 216-218, pp. 2-10.

Los procedimientos colectivos de establecimientos de crédito o financieros. Historia de su origen y fundamento jurídico. (*I. S. P.*)

PONTI, L.: «Azione revocatoria fallimentare e obbligazione restitutoria dell'accipiens», *NGCC*, 2001, núm. 6, pp. 694-697.

De nuevo sobre la naturaleza de la acción revocatoria en la quiebra. (*Alma R. G.*)

SABATELLI, E.: «Il nuovo indirizzo della Corte costituzionale in tema di estensione della prelazione agli interessi sui crediti privilegiati nella ripartizione dell'attivo fallimentare», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 86-89.

Artículo acerca de los efectos que posee la quiebra en los acreedores. (*Alma R. G.*)

SANFILIPPO, P. M.: «Revocatoria fallimentare dei pagamenti, obblighi legali di contrarre ed esenzioni pretorie: verso il crepuscolo di una disciplina», *NGCC*, 2002, núm. 1-2, pp. 68-84.

Acción revocatoria de los pagos en el sistema concursal. (*Alma R. G.*)

ABREVIATURAS

| | |
|-----------------------|---|
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| Am. J. Comp. L. | American Journal of Comparative Law |
| Cal. L. Rev. | California Law Review |
| Cambridge. L. J. | Cambridge Law Journal |
| CI | Contratto e Impresa |
| Colum. L. Rev. | Columbia Law Review |
| DFP | Il diritto di famiglia e delle persone |
| Dir. Aut. | Il Diritto di autore |
| ERPL | European Review of Privat Law |
| FI | Il Foro Italiano |
| GC | Giustizia Civile |
| GP | Gazette du Palais |
| Harvard L. Rev. | Harvard Law Review |
| JuS | Juristische Schulung |
| JZ | Juristen Zeitung |
| L. Q. R. | The law Quaterly Review |
| Modern L. R. | The Modern Law Review |
| NLCC | La Nuova Legge Civile Commentata |
| NGCC | La nuova Giurisprudenza Civile Commentata |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| Oxford J. Legal Stud. | Oxford Journal of Legal Studies |
| RDC | Rivista di Diritto Civile |
| RDS | Recueil Dalloz Sirei |
| RIDA | Revue Internationale du Droit d' auteur |
| RTDC | Revue Trimestrelle du Droit Civil |
| RTDPC | Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile |
| SJ | La Semaine Juridique |
| Tul. L. Rev. | Tulane Law Review |
| U. Chi. L. Rev. | University of Chicago Law Review |
| Yale L. J. | Yale Law Journal |
| ZEuP | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht |

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2001

A cargo de: **Encarna ROCA TRÍAS, Ramón CASAS VALLÉS**

Colaboran: **Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Asunción ESTEVE PARDO, Ana LATORRE, Mónica VILASAU SOLANA, Carlos MARTÍNEZ LIZÁN**

STC 21/2001, de 29 de enero de 2001 (BOE de 1 de marzo).

RA: Estimado.

Ponente: Viver Pi-Sunyer. Voto particular de Mendizábal Allende.

Conceptos: Sistema legal de valoración de daños en el ámbito de la circulación de vehículos a motor.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 15 y 24.1 CE. Ley 30/1995.

Mediante el presente recurso de amparo vuelve a cuestionarse la constitucionalidad del sistema legal de valoración de daños (baremo) introducido por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, en relación a los daños ocasionados en accidente de circulación.

Los derechos que el demandante considera vulnerados por la aplicación del baremo son: el derecho a la integridad física (art. 15 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y por último el derecho a la igualdad (art. 14 CE).

El TC en su pronunciamiento reitera la doctrina de la STC 181/2000 de 29 de junio, cuyas líneas fundamentales reproducimos a continuación:

En relación al derecho a la igualdad el TC señala: «...*la desigualdad producida por el hecho de que los daños causados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor se rijan por un régimen de responsabilidad distinto del aplicable a otros sectores y que como consecuencia de ello estos daños se indemnicen de forma cuantitativamente distinta que los que se hubieran ocasionado en otro ámbito no puede considerarse contrario al principio de igualdad, ya que este tratamiento diferenciado no introduce desigualdad alguna entre las personas, pues esta diversidad jurídica de regímenes en materia de responsabilidad no se articula a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector en el que acaece la conducta o actividad productora del daño, aplicándose por igual a todos los dañados[...]*» (FJ 2).

Por lo que respecta a la vulneración del derecho a la integridad física, la sentencia reitera que: «[...] art. 15 CE sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, exigiéndole que, “en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano

(art. 10.1 CE); y en segundo término que, mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad –según expresión literal del art. 15 CE– de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas» (STC 181/2000, FJ 9). Por ello consideramos que, al no suscitarse en ninguna de las cuestiones planteadas problemas relativos a la irreparabilidad civil de determinadas lesiones físicas o padecimientos morales que, originados en ese concreto contexto de la circulación de vehículos a motor, hayan sido expresamente excluidos por el legislador del sistema de tablas contenido en el anexo de la Ley 30/1995, no cabía oponer, desde el artículo 15 CE, ningún reparo a la constitucionalidad de las normas legales que se cuestionaban» (FJ 3).

Por último, resuelve la queja por la que se aduce vulneración del artículo 24.1 CE y señala que el repetido sistema de valoración de daños previsto en el anexo de la Ley 30/1995, «en modo alguno interfiere en el adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional, puesto que corresponde a cada Juez o Tribunal verificar, con arreglo a lo alegado por las partes y lo que hubiera resultado de la prueba practicada, la realidad del hecho dañoso y la conducta e imputación del agente causante del daño, determinando su incidencia en relación con los daños producidos; así como subsumir los hechos en la norma, seleccionando e interpretando el Derecho de aplicación al caso, lo que supone, cuando fuera pertinente, concretar los diversos índices y reglas tabulares que utilizar para el cálculo de las indemnizaciones a que hubiere lugar» (FJ 4).

No obstante, el TC estima el recurso de amparo por los motivos que ya sostuvo en la STC 181/2000, entendiendo que: «En los supuestos en que los daños hubiesen sido causados mediante culpa relevante del autor de los mismos, el apartado B) de la tabla V del anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, “en la concreta configuración legal de los perjuicios económicos allí contenida establece un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con resultado arbitrario y, por lo tanto, contrario al artículo 9.3 CE” : Tal consideración, unida a la circunstancia de que este sistema de valoración no incorpora ni admite ninguna previsión que permita la compatibilidad en las indemnizaciones así resultantes y la reclamación del eventual exceso de carácter complementario, determinó que en la sentencia citada declarásemos que “el legislador ha introducido un impedimento insuperable para la adecuada individualización del real alcance o extensión del daño, cuando su reparación sea reclamada en el oportuno proceso, con lo que se frustra la legítima pretensión resarcitoria del dañado, al no permitirle acreditar una indemnización por un valor superior al que resulte de la estricta aplicación de la referida tabla V, vulnerando de tal modo el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE” (SSTC 181/2000, F 20 y, en el mismo sentido, 242/2000, F 5» (FJ 4)»

STC 49/2001, de 26 de febrero (BOE de 30 de marzo).

RA: Desestimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Derecho al honor, intimidad personal y familiar. Libertad de expresión e insultos. Contexto polémico.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1, a) CE.

En esta sentencia el TC se plantea si existe una intromisión ilegítima en el derecho al honor del padre de un conocido periodista deportivo, como con-

secuencia de las declaraciones vertidas por el presidente de una entidad deportiva, durante la asamblea general ordinaria y extraordinaria de socios de dicha entidad. El concreto contenido de esas declaraciones es el siguiente: «... a los padres de los demás cuando son personas decentes hay que dejarlos en paz, sobre todo si un padre es obrero como era éste de «Hauser and Menet» o el otro, es un empresario que tuvo la gran tragedia de que lo secuestraran, o el padre de cualquiera de nosotros, sobre todo cuando se tiene un padre con una Cooperativa de viviendas, La Familia Española, en Tres Cantos, que ha estado procesado por estafa, en documento público y por estafa procesado... De todas maneras, por favor, vamos a mantener un tono correcto, hemos dicho la verdad que está escrita en todas partes, cuando se hable de los padres te encuentras con tus padres también, si llama a este señor que está allí, el hijo del choricero, y yo he dicho que es mucho mejor ser hijo de choricero que hijo de un chorizo ¿comprende Vd?, claro, claro...».

Se trata, por tanto, de un caso típico de colisión de dos derechos fundamentales, el derecho al honor (art. 18.1 CE) y el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE). En consecuencia, el TC realiza una ponderación de estos dos derechos, para llegar a la conclusión, en el caso concreto, de cuál debe prevalecer.

El TC comienza sentando que el contenido del derecho al honor constitucionalmente protegible en la vía de amparo no coincide expresamente con el que se le atribuye en el ámbito específico de la legislación civil. Seguidamente, el TC afirma una vez más que «el honor, como objeto del derecho consagrado en el artículo 18.1 CE, es un concepto jurídico indeterminado cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, y de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege». Asimismo intenta definirlo en abstracto, a partir de su contenido constitucional, que ampara «la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan hacerla desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio». Este derecho opera como límite a la libertad de expresión (20.1 a) CE) que no garantiza un derecho al insulto.

Tras estas premisas el TC utiliza los criterios que en estos casos siempre invoca para ponderar los dos derechos aquí confrontados:

a) La relevancia pública del asunto.– El TC considera que no hay duda acerca de dicha relevancia, ya que el demandado, con sus declaraciones, se refería al procesamiento del padre del recurrente por una estafa cometida en la gestión de una cooperativa de viviendas. Al respecto, indica el TC que «la crítica legítima en asuntos de interés público ampara incluso aquellas que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de una persona...». Lo que no queda amparado es utilizar «expresiones que resulten lesivas para el honor de quien es objeto de crítica».

b) El carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión.– El TC considera que las palabras vertidas por el demandado no iban dirigidas al padre del recurrente sino a este último, el cual «disfrutaba de acreditada publicidad por su actividad profesional como popular periodista deportivo, cuyas emisiones radiofónicas gozaban de un alto índice de audiencia». Por todo ello, el recurrente «podría ver limitado su derecho al honor con más intensidad que los restantes individuos, siempre y cuando no

se utilicen expresiones formalmente injuriosas o cuando lo divulgado resulte innecesario».

c) El contexto en el que se producen las manifestaciones enjuiciables. En este punto, el TC entra a valorar su contenido, la intensidad de las frases, su tono y finalidad crítica. Finalmente llega a la conclusión de que las manifestaciones del demandado se hicieron «*en el contexto de una fuerte polémica pública iniciada por el demandante de amparo, profesional de los medios de comunicación, y que tenía como objetivo desprestigiar al presidente y a algunos miembros del club*».

Por todo ello, el TC consideró que más que un ataque al honor del recurrente se trataba de la defensa de la entidad que el demandado presidía, como consecuencia, precisamente, del ataque del recurrente.

STC 55/2001, de 26 febrero (BOE de 30 de marzo).

RA: Estimado.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Acción de filiación. Negativa del demandado a la práctica de pruebas biológicas. Derecho a la tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículo 24 CE.

El recurrente en amparo había promovido demanda en ejercicio de la acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial, que fue íntegramente estimada por Sentencia en la que se reconoció la filiación paterna del actor respecto del demandado.

El Juzgado de instancia declaró que «*el demandado, requerido para la práctica de las pruebas biológicas, se ha negado a ello*» y reconoce, de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial, que aunque tal negativa «*no es base suficiente para suponer una ficta confessio, sí representa un indicio valioso que conjugado con otros elementos probatorios, permite llegar a declarar la paternidad pretendida*».

En opinión del Juzgado podía concluirse que existieron relaciones entre los progenitores y que en, la pequeña localidad donde residían, el recurrente tenía la fama o concepto público de hijo del demandado. Esa misma fue la decisión de la Audiencia, aunque no la del Tribunal Supremo que, basándose en un error de apreciación, desmentido por los propios documentos que obraban en autos, determinó la impunidad del demandado por entender que se había producido una falta de notificación personal al mismo y que la negativa a efectuar las pruebas biológicas (extracción de sangre) se debió a su avanzada edad y posible enfermedad.

La razón que nos lleva a destacar esta sentencia es la claridad con la que el TC dibuja –de un modo casi definitivo– el concepto de error constitucionalmente relevante.

La demanda de amparo se dirige contra la Sentencia dictada en casación por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 28 de febrero de 1998, por entender que el error en el que incurrió el órgano decisor vulneró claramente sus derechos. En opinión del TC que aprecia el error del TS, para que el error determine la vulneración de la tutela judicial efectiva es preciso que concurran varios requisitos: «*En primer lugar, se requiere que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (ratio decidendi), [...] , en segundo término, que la equivocación sea atri-*

buible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte [...]. En tercer lugar, el error ha de ser, como ya se ha advertido, patente o, lo que es lo mismo, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia. Y, por último, la equivocación ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano, de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen, pues, de relevancia constitucional (por todas, STC 96/2000, de 10 de abril [RTC 2000, 96], F. 4 y resoluciones allí citadas)» (FJ 4).

STC 81/2001, de 26 de marzo (BOE de 1 de mayo).

RA: Desestimado.

Ponente: Viver Pi-Sunyer.

Conceptos: Contenido constitucional del derecho a la propia imagen.

Dimensión económica y dimensión personal de la imagen. Imagen e identidad personal. Imagen de la persona e imagen del personaje.

Preceptos de referencia: Artículo 18 CE y LO 1/82.

La sentencia tiene su origen en una campaña publicitaria, en la que sólo aparecían unas piernas cruzadas, vistiendo pantalones negros y unas zapatillas deportivas de color blanco, junto con la siguiente frase «*La persona más popular de España está dejando de decir que te huelen los pies*». No se veían ni el rostro ni el nombre de persona alguna. Pese a ello, el Sr. Emilio Aragón, un conocido personaje del mundo del espectáculo, entendió que los anunciantes intentaban valerse de su fama pues, según alegaba, él había popularizado esa «*peculiar forma de vestir*» y asimismo había compuesto e interpretaba una canción titulada «*Me huelen los pies*». Por tal razón, y de acuerdo con lo consignado en la sentencia del TC, el Sr. Aragón interpuso demanda por violación de su imagen.

La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia (28 de mayo de 1993), con el siguiente razonamiento: «*La propia imagen de la persona es aquella que se forma en las mentes de los demás, hasta el punto de asociarla de forma total con rasgos de su persona o de su personalidad, y en este caso no se da con total rotundidad*». El dibujo en blanco y negro, dice el TC en su resumen de la sentencia de primera instancia, no respondería al concepto legal y jurisprudencial de imagen.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (17 de noviembre de 1993), en cambio, estimó el recurso de apelación y condenó a la entidad demandada al pago de una indemnización de 500.000 pesetas por intromisión ilegítima en la imagen del Sr. Aragón. Nuevamente de acuerdo con el resumen que se hace en la sentencia del TC, la Audiencia habría entendido que «*del conjunto de los elementos incorporados a la publicidad emitida por la demandada, resulta plenamente identificada la figura del demandante mediante el empleo de elementos que promueven e invitan a la confusión con el original*».

El Tribunal Supremo, no obstante, estimó también el recurso de casación (sentencia de 30 de enero de 1998), por considerar que el dibujo origen del proceso «*por sí mismo no actúa como elemento identificador de persona alguna, ya que se trata de una reproducción gráfica llevada a cabo por ordenador*» y el texto adjunto «*carece de intensidad probatoria suficiente para con base al mismo determinar la concurrencia de imagen objetivamente reconocible del demandante*». El Tribunal Supremo reprocha a la sentencia recu-

rrida haber prescindido de lo que debe entenderse por imagen, «*para tener en cuenta otros elementos, completamente distintos de lo que significa su reproducción que figuran incorporados en el anuncio, carentes de trascendencia identificativa por sí mismos*».

En el recurso de amparo contra la sentencia anterior, el Sr. Aragón insistió en la vulneración del derecho a la imagen (art. 18, apartado 1 CE), diciendo que «*si bien [el Tribunal Constitucional] no se ha pronunciado nunca sobre supuestos de apropiación y explotación comercial de la “identidad” de una persona, existe abundante jurisprudencia de tribunales extranjeros donde se sostiene que cuando se trata de la utilización comercial de la imagen, el objeto de protección no es la imagen en sentido estricto, sino la identidad personal, ya que en numerosas ocasiones y en caso de personajes famosos, no será necesario utilizar sus rasgos físicos identificadores para que esa persona pueda ser reconocida*».

El Fiscal se opuso al recurso. A su juicio, el derecho a la imagen tendría como punto de referencia la dignidad de la persona, «*que crea un ámbito necesario para mantener una calidad mínima de vida humana, ligado a la misma existencia del individuo, al salvar la esfera de propia reserva personal frente a intromisiones ilegítimas de terceros*». A juicio del Fiscal, el recurrente no pretendía tanto la protección de su propia imagen como la de un personaje creado por él. La sentencia del TC resume así los argumentos en tal sentido: «*La imagen utilizada por la demandada no fue la del recurrente como persona privada sino una creación del recurrente, producto de su imaginación artística y profesional, y por ello unida a su creador por unos lazos jurídicos y económicos distintos. No hubo, por consiguiente, lesión del derecho a la propia imagen, dado que tal derecho no incluye los lazos que en el mundo del arte unen al creador con su creación porque no pertenecen al espacio o esfera reservada y propia de aquél*».

El Tribunal Constitucional desestima la petición de amparo. Los aspectos más relevantes de su decisión son:

1) Adopción de una noción estricta de imagen, ligada a los rasgos físicos personales.- El TC alude al derecho a la imagen como un «*derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por “sus rasgos físicos personales” que puede tener difusión pública*» (FJ 2; comillas internas añadidas). Más adelante la propia sentencia se refiere al «*aspecto físico*» como «*primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo*» (FJ 2).

2) Insistencia en el carácter autónomo del derecho.- El derecho a la imagen es un derecho autónomo, aunque «*guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad*». No será raro que un atentado contra la imagen afecte a alguno de esos otros derechos; o a ambos. Pero honor, intimidad e imagen no son tres facetas de un derecho único. Por tanto, cabe que se produzca la violación aislada de uno solo de ellos. En este sentido, dice el TC, «*lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, “afectando a la esfera personal de su titular”, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su esfera íntima*» (FJ 2; comillas internas añadidas).

3) Existencia de un objeto o finalidad propios para el derecho a la imagen.- Consciente de la dificultad de encontrar un espacio para usos de la imagen que, afectando a lo personal, no dañen el honor ni, sobre todo, la

intimidad, el TC añade: el derecho a la imagen pretende «*salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás*» (FJ 2, con referencia a la STC 231/1988). La misma idea subyace en la siguiente explicación: «*En la medida en que la libertad de la persona se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y de las características del mismo, es evidente que con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen (STC 117/1994), sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación y, en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. Así pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas*» (FJ 2).

4) Necesidad de distinguir entre el derecho fundamental a la propia imagen y el derecho patrimonial de imagen.– Este es el aspecto esencial de la sentencia y el que más interesa. Como se sabe, la LO 1/82, al proteger el derecho a la imagen, mezcló aspectos personales y patrimoniales, dando lugar a que, en la práctica, puras –aunque legítimas– pretensiones económicas se canalizaran por las vías previstas para proteger derechos fundamentales. El caso que nos ocupa es paradigmático. Pero el TC mantiene la doctrina acertada: una cosa es «*el derecho constitucional sobre la propia imagen*» y otra diferente «*el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial y publicitaria de su propia imagen*»; y ello no cambia por el hecho de que «*la explotación comercial inconsentida –e incluso en determinadas circunstancias la consentida– de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen*» (FJ 2). La sentencia insiste en ello con una meridiana claridad: «*Es cierto que en nuestro Ordenamiento –especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo [...]– se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad de la persona [...]. La protección de los valores económicos [...] de la imagen afecta a bienes jurídicos distintos y, por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental [...]*» (FJ 2).

5) Persona y personaje.– La sentencia remacha su argumentación, subrayando este aspecto, ya destacado por el Fiscal: «*La referida representación gráfica no se refiere ni afecta al recurrente como sujeto en su dimensión personal [...] sino a lo sumo en cuanto al personaje popularizado a través de sus apariciones televisivas, con lo que [...] en ese anuncio no quedaba concernido el bien jurídico protegido por el derecho fundamental a la propia imagen*» (FJ 3).

STC 109/2001, de 26 de abril (BOE 29 de mayo).

CI.

Ponente: Conde Martín de Hijas. Voto particular de Conde Martín de Hijas al que se adhieren García Manzano, Garrido Falla y Jiménez Sánchez. Desestimada.

Conceptos: Ley de Presupuestos Generales del Estado. Contenido esencial y eventual de las mismas. Seguridad jurídica.

Preceptos de referencia: Artículos 66.2 y 134.2 CE; Artículo 15 Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social.

Se plantean dos cuestiones de inconstitucionalidad en relación con el artículo 15 LIRSS, redacción dada en dos Leyes de Presupuestos Generales (LPGE), que dota de preferencia para el cobro a los débitos por cuotas a la Seguridad Social, por supuesta vulneración de los artículos 66.2 y 134.2 CE. Se considera que al tratarse de la modificación del régimen general de preferencia de créditos contenido tanto en el Código civil como en el Código de comercio, se hallarían excluidas de las Leyes de Presupuestos por la inseguridad jurídica que implica su modificación por esta vía.

El TC recuerda que la Ley de Presupuestos aparece, en primer lugar, como una verdadera ley, lo cual no ha impedido subrayar su peculiaridad. En primer lugar estas Leyes tienen un «*contenido esencial*» o «*indisponible*», mínimo y necesario que se concreta en la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un ejercicio económico. Dicho contenido no puede considerarse como exclusivo y excluyente, de modo que las Leyes de Presupuestos pueden además acoger un «*contenido eventual*» o «*disponible*», justificado en el carácter funcional de la Ley de Presupuestos como vehículo director de la política económica del Gobierno y que se concreta en aquellas otras disposiciones que, no siendo estrictamente presupuestarias, inciden en la política de ingresos y gastos del sector público o la condicionan (FJ 5).

En segundo lugar las Leyes de Presupuestos se hallan sujetas a unas peculiaridades y especificidades que presenta su tramitación parlamentaria. Por estos motivos, si bien nada impide, en principio, la utilización del vehículo de la Ley de Presupuestos como un instrumento para la mera adaptación circunstancial de las distintas normas, la inclusión de disposiciones de carácter general está necesitada, para salvaguardar su legitimidad constitucional, de una conexión económica o presupuestaria.

Sobre la base de la doctrina expuesta, el TC considera que la redacción dada al referido artículo 15 por la LPGE es adecuada a la Constitución. En primer lugar, porque no cabe duda de la estrecha relación de la norma impugnada con la previsión de ingresos. En efecto, la concesión de una mejor posición en el orden de prelación de los créditos pendientes tiene una incidencia efectiva en los ingresos de la Seguridad Social, con lo cual, y sólo por este motivo, queda sobradamente justificada su presencia en la Ley de Presupuestos. Además considera el TC que nada impide la inclusión en una Ley de Presupuestos de una norma con vocación de permanencia. Si bien desde un punto de vista de técnica legislativa algunas de las regulaciones que contiene la Ley de Presupuestos tendrían su sede más apropiada en disposiciones generales reguladoras de su materia específica, el TC no puede realizar un juicio de oportunidad legislativa. En la medida en que no cabe negar a la norma cuestionada una repercusión directa sobre los ingresos de la SS no puede negársele una legitimidad suficiente para servirse del vehículo de la Ley de Presupuestos. Considera el TC que procede desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas (FJ 6).

El Magistrado que formula el voto particular considera que la modificación cuestionada no guarda la debida relación directa con la previsión de ingresos o habilitación de gastos para un ejercicio económico, tampoco implica una medida concreta de la política económica del Gobierno ni puede

entenderse como un complemento necesario para la mayor inteligencia y mejor ejecución del Presupuesto. Dicha norma contiene una disposición de carácter general en materia propia de la Ley ordinaria, adoptada con vocación de permanencia lo que la excluye de por sí del ámbito de las Leyes de Presupuestos. Pero no por un problema de eficacia temporal de la modificación operada, sino por la quiebra que dicha incorporación puede suponer del principio de seguridad jurídica. Al no poder considerarse la materia regulada por el precepto cuestionado dentro del contenido material que constitucionalmente corresponde a las Leyes de Presupuestos, es inconstitucional por contravenir lo dispuesto en los artículos 66.2 y 134.2 de la Constitución. Ello conduce a un fallo estimatorio de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas.

STC 119/2001, de 24 de mayo (BOE de 28 de junio).

RA: Desestimado.

Ponente: Jiménez de Parga. Votos particulares concurrentes de: Jiménez de Parga y Garrido Falla.

Conceptos: Intimidad, salud, inviolabilidad domiciliaria y ruidos.

Preceptos de referencia: Artículo 15 y 18 CE.

En agosto de 1997, una mujer reclamó al Ayuntamiento de Valencia 649.280 pesetas como indemnización por las molestias y daños producidos por los ruidos y vibraciones de diversos establecimientos de una zona ocio debidamente autorizada y en la que, sin embargo, según alegaba, se incumplía toda la normativa (horarios, niveles de sonoridad...) con la pasividad del Ayuntamiento. La perjudicada alegaba vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, salud, intimidad e inviolabilidad del domicilio. Ante la falta de respuesta municipal, interpuso recurso contencioso-administrativo, por la vía de la Ley 62/78, de protección jurisdiccional de derechos fundamentales.

El Tribunal Superior de Justicia de Valencia (21 de julio de 1998) desestimó la demanda, con costas, por no haberse violado derecho fundamental alguno. A juicio del Tribunal, a un ruido, con una intensidad que oscila entre 35 y 37 decibelios, «no puede atribuirse los efectos pretendidos de considerarse vulnerados los artículos 15, 18.1 y 18.2 de la CE [...] tanto más cuanto que [...] el informe médico de referencia se limita a indicar que la actora ha estado varios años en tratamiento por insomnio, pero sin especificar en qué tiempo y por qué causa». Por supuesto el Tribunal no dejaba de recordar a la actora que disponía de la vía judicial ordinaria en la que, al amparo de la Ley 30/1992 podría «reclamar los efectos previstos en tal normativa» y, practicadas las oportunas pruebas, «obtener la pertinente resolución».

La actora, recurrió en amparo. Por una parte, alegaba violación del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE). Por otra y, sobre todo, de los derechos a la vida e integridad física (art. 15 CE), intimidad e inviolabilidad domiciliaria (art. 18 CE).

La sentencia admite que los niveles de ruido pueden dañar los citados derechos. En cuanto a la salud e integridad afirma: «Cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del

artículo 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de la acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15 CE» (FJ 6).

El mismo punto de vista se adopta en relación con el artículo 18 CE: «*Una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida» (FJ 6).*

Pese a ello el amparo se desestima. En cuanto al artículo 15 CE por falta de prueba: la actora «*únicamente aportó al proceso contencioso-administrativo un parte de hospitalización y consulta [...] donde ni se precisa el lapso temporal a lo largo del cual la afectada padeció esa disfunción del sueño ni se consigna como causa [...] el ruido que la demandante de amparo afirma haber soportado [...] por lo que este Tribunal [...] no puede establecer una relación directa entre un ruido, cuya intensidad ni tan siquiera se ha acreditado, y la lesión a la salud que ha sufrido» (FJ 7).* En lo que atañe al artículo 18 CE: «*[...] debemos constatar que no ha acreditado la recurrente ninguna medición de los ruidos padecidos en su vivienda que permita concluir que, por su carácter prolongado e insoportable, hayan podido afectar al derecho fundamental [...]» (FJ 7).*

Los votos concurrentes se muestran conformes con el fallo y sus razones, aunque en ellos, en particular en el primero, se muestra una mayor sensibilidad hacia el problema del ruido ambiental.

Sobre esta sentencia, a la par decepcionante y esperanzadora, puede verse el comentario de J. EGEA en «Derecho privado y Constitución», num. 15, 2001.

STC 139/2001, de 18 de junio (BOE de 17 de julio).

RA: Estimado.

Ponente: Cachón Villar.

Conceptos: Imagen. Vida privada. Fotografías tomadas por un familiar y no por un periodista.

Preceptos de referencia: Artículos 8.2.a) LO 1/82 y 18 CE.

La cuestión que analiza esta sentencia del Tribunal Constitucional es la correcta ponderación de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen en relación con el derecho de información. Es decir, esta sentencia es un referente para una correcta interpretación del artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen.

Los intereses en juego son los siguientes. Por un lado, un viaje de carácter privado realizado a Kenya por el Sr. Alberto Cortina, en compañía de la Sra. Marta Chávarri, en el transcurso del cual un familiar tomó a ambos varias fotos de índole privada que fueron vendidas a la revista *Diez Minutos*. Por otro lado, el interés de dicha revista en publicar tales fotos por la relevancia social y pública tanto del Sr. Cortina en el ámbito financiero español, como de su entonces compañera sentimental, la Sra. Chávarri, conocida popular-

mente por su invariable presencia en las revistas del corazón. Las fotos fueron publicadas por la revista *Diez Minutos* en 1990 sin la autorización de los fotografiados, y el Sr. Cortina demandó a la revista. La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1997 cerró la vía ordinaria y admitió que la revista podía publicar tales fotos, puesto que el derecho a la información prevalecía en este caso sobre la protección del derecho a la imagen.

El recurso de amparo que interpuso a continuación el Sr. Cortina alega que la sentencia del Tribunal Supremo supone una vulneración del derecho a la imagen y una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional no admite, sin embargo, que la interpretación que hace el Tribunal Supremo en este caso de la excepción contenida en el artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982 suponga una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sino una incorrecta ponderación de los derechos en juego –el derecho a la propia imagen y el derecho a la información– puesto que no tiene en cuenta los dos hechos más relevantes en este supuesto: la naturaleza de las fotografías y la forma de obtenerlas por parte de la revista. El hecho de que las fotografías fueran tomadas durante un viaje de carácter privado por parte de un familiar y no un periodista, constituye para el Tribunal Constitucional una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los fotografiados. Las fotografías son, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, de carácter estrictamente privado y familiar. Además, en el curso de las actuaciones judiciales quedó probada la ilicitud de la procedencia de las fotografías, que no fueron transferidas a la revista ni por quienes aparecían en ellas ni por quien las hizo. Este dato es relevante para el Tribunal Constitucional, no por la ilicitud del modo en que llegaron tales fotos a la revista, sino porque tal ilicitud evidencia que los fotografiados no dieron su autorización para que las fotos fueran publicadas, autorización que de poder admitirse excluiría la intromisión.

STC 156/2001, de 2 de julio (BOE 26 de julio).

RA: Estimado.

Ponente: Viver Pi-Sunyer. Voto particular de Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Derecho al honor. Intimidad personal y propia imagen. Relación entre la intimidad y la imagen.

Preceptos de referencia: Artículo 18.1 CE. LO 1/1982.

Una revista publicó un reportaje titulado «Sexo y negocios en nombre de Dios», y se ilustraba con unas fotos de la recurrente de amparo en las que aparecía desnuda. En dicho reportaje, que calificaba a la recurrente de prostituta, se reproducían unas notas manuscritas que se le atribuían y en las que se hacía referencia a su disponibilidad y preferencias a la hora de mantener contactos sexuales.

Interpuesta demanda por vulneración de los derechos al honor, intimidad y a la propia imagen, en primera instancia recayó sentencia desestimatoria. La Audiencia estimó parcialmente el recurso al considerar que la captación y difusión de las fotografías había vulnerado el derecho a la imagen de la recurrente. Sin embargo no consideró que el reportaje periodístico y la reproducción de las notas manuscritas constituyeran una violación del derecho al honor y a la intimidad. Los condenados recurrieron ante el TS que estimó el recurso y consideró que las fotografías se podían publicar «sin precisión de

un permiso especial de la fotografiada por ser las imágenes difundidas accesorias de un artículo periodístico».

La demandante en amparo alega que la STS vulnera su derecho al honor, ya que en lo que a ella se refiere no se ha demostrado la veracidad del texto publicado. Así mismo, al haberse difundido fotografías de ella desnuda y haberle atribuido la autoría de unos manuscritos de carácter estrictamente privado e íntimo, se han vulnerado sus derechos a la intimidad y a la propia imagen.

El TC analiza las supuestas violaciones de derechos alegadas. Respecto la vulneración del derecho al honor considera que no se han agotado todos los recursos utilizables en la vía judicial, ya que no se recurrió la sentencia de la Audiencia (parcialmente estimatoria) que consideró únicamente violado el derecho a la propia imagen y por ello concurre la causa de inadmisión ex artículo 44.1a) LOTC (FJ 2).

En cuanto a la publicación de las fotografías, si bien la sentencia de la Audiencia sólo declaró expresamente vulnerado el derecho a la propia imagen, esta declaración se fundamentó en que las fotografías mostraban primeros planos no sólo de la cara, sino también del cuerpo desnudo de la recurrente. Según el TC, si bien esta actuación explícitamente se califica como vulneración del derecho a la propia imagen, en rigor ello incluye también el reconocimiento implícito de una lesión del derecho a la intimidad. «*En suma, bajo el nomen iuris de derecho a la propia imagen en realidad se está haciendo referencia también al derecho a la intimidad*» (FJ 2). En consecuencia, la recurrente, respecto el reportaje fotográfico, agotó la vía en relación con la vulneración del derecho a la intimidad.

El TC analiza por separado las dos violaciones de derechos fundamentales que se han producido puesto que los derechos en juego, pese a su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, tienen un contenido propio y específico.

En relación con la violación del derecho a la intimidad el TC considera que al haberse publicado sin el consentimiento de la recurrente fotografías en las que aparece desnuda y tratarse de fotografías que fueron captadas en un ámbito privado se aprecia la existencia de una intromisión que no puede considerarse legítima. Ni la circunstancia de pertenecer a una secta que fomenta la promiscuidad sexual de sus miembros conlleva que la demandante de amparo haya perdido el poder de reserva sobre partes íntimas de su cuerpo. El TC considera que la mencionada intromisión no puede ampararse en un bien merecedor de mayor protección como sería el derecho a comunicar información ya que carece de interés público digno de protección la difusión de las fotografías en las que aparece el cuerpo desnudo de la recurrente (FJ 5).

El derecho a la propia imagen, en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación. Este derecho se encuentra delimitado por la propia voluntad de su titular que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no su captación o difusión. Existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y que se considere prevalente. Sin embargo, en el presente supuesto, «*la declaración de que esas imágenes gráficas han vulnerado su derecho a la intimidad, permite concluir que la intromisión en su derecho a la propia imagen es también una intromisión constitucionalmente ilegítima, sin que para alcanzar esa conclusión sea nece-*

sario analizar si concurren otros bienes o derechos [...] que hipotéticamente pudiesen justificar la injerencia producida» (FJ 7). En conclusión, la publicación de las fotografías aludidas en que la recurrente aparece desnuda y claramente identificable vulnera sus derechos a la intimidad y a la propia imagen y en consecuencia, procede anular la STS.

El magistrado que formula el voto particular es contrario a la argumentación del TC según la cual con la vulneración del derecho a la propia imagen se entiende implícita la vulneración del derecho a la intimidad. El magistrado discrepante recuerda que la sentencia de la Audiencia se pronunció expresamente sobre el derecho a la intimidad, rechazando su violación, y por lo tanto no es de recibo la afirmación que hace la mayoría del TC según la cual «*lo relevante no es tanto el nomen iuris como el contenido material*». Esta afirmación puede hacerse respecto de las alegaciones de las partes, pero no respecto de las sentencias de los tribunales, más cuando se han pronunciado de forma expresa como en este supuesto. Según el magistrado discrepante además se imputa al TS la violación del derecho a la intimidad cuando no entró a valorar este derecho ya que el recurrente sólo planteó la cuestión de la violación del derecho a la imagen. En cambio a juicio del discrepante debería haberse entrado más en las argumentaciones dadas por el TS a la hora de justificar la injerencia en el derecho fundamental. El TS consideró que las fotos eran accesorias respecto de la información publicada sin que se justificara suficientemente este extremo.

STC 180/2001, de 17 de septiembre (BOE de 19 de octubre).

RA: Estimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Unión de hecho. Derecho a no contraer matrimonio. Libertad ideológica. Matrimonio civil y canónico.

Preceptos de Referencia: Artículos 14 y 16 CE.

La demandante de amparo convivió *more uxorio* con don Arturo L. F.-L. entre los años 1931 y 1971, fecha en la que el señor L. falleció. De esta unión nacieron cinco hijos,

El señor L. perteneció al Partido Comunista de España, por lo que fue condenado por delito de adhesión a la rebelión, permaneciendo en prisión más de 11 años. La demandante de amparo solicitó a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Hacienda la indemnización prevista en la Disposición adicional decimoctava de la Ley 4/1990, de 29 de junio. En los distintos escritos aducía igualmente que, pese a no haber contraído matrimonio con el señor L. por ser ello contrario a la ideología de éste y no poderse contraer en la época matrimonio civil, habían convivido matrimonialmente durante cuarenta años. Por ello, en aplicación del párrafo segundo de la Disposición adicional citada, entendía ser beneficiaria de la indemnización que solicitaba, toda vez que el señor L. hubiera tenido cumplidos sesenta y cinco años el día 31 de diciembre de 1990, tal como exige la norma antes citada.

Tras la tramitación del expediente la Dirección General dictó Resolución por la que se denegaba la indemnización solicitada. Contra esta Resolución dedujo la señora R. recurso de alzada, que fue desestimado por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 15 de diciembre

de 1993. La demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo contra las Resoluciones anteriormente indicadas. Tal recurso concluyó con la Sentencia de 30 de septiembre de 1996, que lo desestimó.

Planteado recurso de amparo, la recurrente argumentaba que la razón básica para no haberse casado con quien convivió 40 años, fue la imposibilidad de contraer matrimonio civil en esa época y no la falta de voluntad de contraer matrimonio. El argumento básico recaía por lo tanto en que «*no fue posible casarse*». El abogado del Estado por el contrario entendía que la causa obstativa al matrimonio civil entre la recurrente y el señor L. no fue que alguno de los dos estuviese casado, sino la ideología contraria del señor L. al matrimonio católico, toda vez que ambos estaban bautizados. Sin embargo entiende el Abogado del Estado que el matrimonio civil pudo celebrarse, pues era suficiente que los contrayentes que hubiesen sido bautizados declarasen no profesar la religión católica.

En la presente demanda de amparo se cuestiona la desestimación de la solicitud de indemnización formulada por la demandante de amparo. La Administración fundó la denegación en que la demandante de amparo no había contraído matrimonio, por lo que no acreditaba ser cónyuge supérstite pensionista de viudedad por tal causa o, aun no teniendo esta condición, ser cónyuge viuda del causante y que el beneficio no puede extenderse a las uniones *more uxorio*, toda vez que este Tribunal ha declarado reiteradamente que no se vulnera el principio de igualdad por el hecho de que el legislador atribuya diferentes efectos a las uniones matrimoniales y a las uniones de hecho.

Por su parte la demandante señalaba, en síntesis, que no pudo contraer matrimonio por motivos ideológicos que les impedían contraer matrimonio canónico.

Es cierto que el Tribunal Constitucional ha afirmado en varias ocasiones que «*el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes (ATC 56/1987 [RTC 1987, 56]) sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el artículo 14 CE. No obstante, también hemos advertido que esa libertad de configuración legal no es absoluta. La regulación desigual de lo diferente solo es constitucionalmente lícita cuando se ajusta a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad. Como se declaró en la STC 222/1992 (RTC 1992, 222), [...] las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y, deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas».*

Pero también es cierto, como se señala en el FJ 3 que «*quienes no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, ya que no existe ningún precepto que legalmente se lo impida, y esa libertad de elección es la que legitima, en principio, el tratamiento diferenciado de estos dos tipos de convivencia (por todas, STC 184/1990 [RTC 1990, 184])*».

Por tanto lo que debe examinarse para enjuiciar adecuadamente esta petición de amparo es si quienes convivían *more uxorio*, tenían libertad para contraer matrimonio y si las causas que hipotéticamente lo impedían resultan constitucionalmente admisibles. Y es precisamente éste el punto clave de la discusión y del razonamiento del TC en esta sentencia.

Después de hacer un recorrido por la legislación matrimonial en nuestro país en la época pre-constitucional el TC señala lo siguiente: «*hasta la promulgación de la Constitución Española la posibilidad de contraer matrimonio civil se condicionaba a la prueba de no profesar la religión católica, prueba que en los períodos normativos de menor rigor hubiera exigido a la demandante y al señor L. una declaración expresa de no profesar tal religión, lo que hoy pugna frontalmente con la libertad religiosa y, en concreto, con el derecho derivado de ella a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias que proclama el artículo 16 CE [...] lo relevante no es tanto que la demandante pudo contraer matrimonio con el señor L., sino que, o dicho matrimonio había de ser el religioso, lo cual pugnaba con sus creencias (al menos con las del señor L.), o, para que el matrimonio fuera civil, tenían que hacer declaración expresa de no profesar la religión católica, lo cual, en cuanto exigencia de manifestación de creencias religiosas, positivas o negativas, resulta incompatible con los derechos reconocidos en el artículo 16 CE» (FJ 5).*

No puede admitirse, continua señalando el TC, que la falta de libertad religiosa que sufrió la demandante prolongue sus efectos en la actualidad, en que tal libertad no sólo alcanza el máximo grado de eficacia conforme al artículo 53.1 CE, sino que integra los valores de justicia e igualdad, proclamados como valores superiores del Ordenamiento jurídico por el artículo 1 CE.

Es conveniente señalar que el TC no se aparta de su propia doctrina y que en esta misma sentencia se justifica la diferente solución que se le dio en el asunto resuelto en la STC 66/1994, de 28 de febrero. Es ese caso la razón de no contraer matrimonio no pugnaba con la Constitución, pues radicaba en la oposición (se trataba de un anarquista) a toda forma de matrimonio, ya fuera civil o religioso, por parte de la persona con la que la entonces demandante de amparo convivió *more uxorio* durante un dilatado período de tiempo, incluso ya vigente la Constitución.

STC 186/2001, de 17 de septiembre (BOE de 19 de octubre).

RA: Estimado.

Ponente: Jiménez Sánchez. Voto particular discrepante de: Conde Martín de Hijas y Jiménez Sánchez.

Conceptos: Intimidad. *Quantum indemnizatorio. «Caso Preysler».*

Preceptos de referencia: Artículo 18 CE.

La sentencia contiene un interesante análisis de la importancia del *quantum* fijado como indemnización de una lesión a la intimidad. En este caso, se trata de la indemnización que la revista *Lecturas* debía pagarle a la Sra. Isabel Preysler con motivo de la publicación en 1989 de un reportaje que desvelaba numerosos detalles de su vida doméstica y personal, proporcionados por una antigua empleada del hogar. La apreciación de dicho *quantum* entiende el TC que debe hacerse conforme a un correcto entendimiento del derecho a la intimidad.

Para una correcta apreciación del contenido de esta sentencia, hay que tener en cuenta la variación que experimenta el *quantum* fijado por los distintos tribunales que intervienen en este supuesto, cuando aprecian que la revista «*Lecturas*» realmente lesionó el derecho fundamental a la intimidad de la Sra. Isabel Preysler, al publicar semejante reportaje.

Cuando en 1989, con motivo de tal publicación, la Sra. Preysler, interpuso una demanda de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la

propia imagen contra el director de la revista *Lecturas*, la indemnización que la demandante solicitó entonces se elevaba a 50 millones de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la existencia de una intromisión ilegítima pero redujo la indemnización a 5 millones. La Audiencia Provincial de Barcelona acogió parcialmente el recurso interpuesto por la Sra. Preysler e impuso una indemnización de 10 millones de pesetas al director de la revista. Sin embargo, el Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia de la Audiencia por considerar que los detalles que se desvelaban en dicho reportaje eran chismes de escasa entidad, que no podían ser estimados como un atentado grave a la intimidad, y de ahí que la sentencia del Tribunal Supremo no determinara el *quantum* de una posible indemnización.

Frente a esta decisión del Supremo se interpuso recurso de amparo ante el TC que lo estimó, reconociendo que la revista *Lecturas* había lesionado su derecho a la intimidad personal y familiar, por lo que anuló la anterior sentencia del Tribunal Supremo (STC 115/2000). La sentencia que a continuación dicta el Tribunal Supremo es la que motiva la presente sentencia del Tribunal Constitucional. El Tribunal Supremo, en aplicación de la STC 115/2000, declara finalmente que el reportaje en cuestión supone un ataque a la intimidad de la protagonista del mismo, pero fija la indemnización es 25.000 pesetas, por entender que los detalles que revela sobre la Sra. Isabel P. son insignificantes en relación con la enorme proyección pública de la misma, y que la difusión de la noticia y las ventajas reportadas no han podido ser cuantificado económicamente, por lo que se reduce la valoración del daño moral. Esta segunda sentencia del Tribunal Supremo motiva que la afectada interponga un segundo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que otorga el amparo y dicta la sentencia que aquí se analiza.

Entiende el Tribunal Constitucional que las razones aducidas por el Tribunal Supremo al reducir el *quantum* de la indemnización por lesión al derecho a la intimidad a 25.000 pesetas suponen una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La sentencia del Tribunal Supremo se limita a señalar la imposibilidad de cuantificar el efecto de la difusión del reportaje, sin entrar a analizar tal difusión ni el efecto obtenido. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la prueba practicada –el número de ejemplares vendidos en las fechas de la publicación del reportaje– no era suficiente para justificar los beneficios obtenidos, pero sí el impacto social de la noticia. Tal prueba dejó constancia de que la publicación del reportaje que sobre la vida privada de la señora Preysler realizó la revista *Lecturas* motivó un perceptible incremento de tirada que coincidió con la injerencia ilegítima. Tal relación la considera el Tribunal Constitucional decisiva a la hora de valorar el daño moral que supuso tal lesión al derecho a la intimidad de la afectada.

Por otra parte, entiende también el Tribunal Constitucional que la sentencia del Tribunal Supremo fija una indemnización sólo simbólica, que es del todo inadecuada para paliar el daño moral causado con tal publicación a la Sra. Isabel P. También añade el Tribunal Constitucional la defectuosa valoración que hace la sentencia del Tribunal Supremo de los datos de la vida privada que revela la revista en cuestión. La sentencia del Tribunal Supremo hace la valoración del daño solamente en relación con un par o tres de los detalles revelados por la asistenta de la Sra. Preysler y cifra en ellos todo el daño moral. Entiende el Tribunal Constitucional que la valoración del daño moral y por tanto, de la cuantía de la indemnización debe hacerse teniendo en cuenta todos los datos de la vida personal y familiar de esta señora que pidió la revista y que son de mucha mayor entidad.

Es decir, el Tribunal Constitucional reconoce la necesidad de que el *quantum* fijado como indemnización por lesión al derecho a la intimidad sea acorde con el daño moral causado, puesto que si no, en lugar de proteger tal derecho fundamental, se infravalora y vulnera de nuevo. Entiende el Tribunal Constitucional que reducir, como hizo el Tribunal Supremo, la indemnización a percibir a 25.000 pesetas equivale a no reconocerle una adecuada protección de su derecho a la intimidad.

La sentencia finalmente acuerda que el *quantum* fijado para la indemnización es la cantidad acordada por el fallo de la Audiencia Provincial, que se eleva a 10 millones de pesetas. Disienten de este último aspecto los magistrados Conde Martín de Hijas y Jiménez Sánchez en el voto particular que emiten al final de la sentencia, por considerar que no corresponde al Tribunal Constitucional la fijación de dicho *quantum*, sino a los órganos judiciales.

STC 204/2001, de 15 octubre (BOE de 21 de noviembre).

RA: Desestimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Igualdad ante la ley, derecho al honor. Libertad de expresión y derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1 a) CE.

En este caso tiene su origen en las manifestaciones vertidas por un periodista deportivo, en su programa de radio, contra el presidente de un club de fútbol. Son muchas las expresiones que se utilizaron, entre ellas: zafio, histérico, tonto, tontito, pobre, ruin, descarado, perjurio, soberbio, pedante, cobarde, hortera, caradura, desvergonzado, embustero, cantamañas, Ramoncín, y las locuciones «el de pelo blanco», «caballerete de pelo blanco», y «chiquilicuatre con el pelo blanco y la conciencia negra».

En primer lugar, el TC se plantea la eventual vulneración del artículo 14 CE, alegada por el demandante. Al respecto, el TC establece que «no es suficiente con alegar de forma genérica la contradicción que exista, a juicio del recurrente, entre la resolución impugnada y otras del mismo órgano judicial, sino que resulta imprescindible acreditar que la Sentencia impugnada se aparta arbitrariamente de una línea jurisprudencial consolidada, cosa que no se ha hecho en el caso presente».

A continuación, el TC entra de lleno en la confrontación derecho al honor-libertad de expresión. Lo primero que afirma es la notoriedad del demandado, en calidad de presidente de una conocida entidad deportiva. En segundo lugar, el TC entra a examinar el contexto de las manifestaciones, llegando a la conclusión de que no se ha acreditado una polémica que preceda a las manifestaciones que el recurrente efectuó y que son objeto de examen en esta sentencia, y que en alguna ocasión ha motivado (STC 49/2001) que se justifique la respuesta de uno si ésta tenía como objetivo defenderse de un ataque público de otro. En tercer lugar, el TC afirma que el hecho de que el demandado acudiera en dos ocasiones al programa de radio del recurrente así como su tardanza a la hora de ejercitar las acciones civiles, en ningún caso puede ser interpretado como una aquiescencia del ofendido que dispense la lesión de su derecho fundamental al honor. El TC, subraya, además, que el derecho fundamental a la libertad de expresión no incluye un derecho a insul-

tar, y que, como en el caso de autos, cuando las opiniones vertidas son «*evidente y formalmente injuriosas en cualquier contexto, y de todo punto innecesarias, no pueden constituir objeto del derecho fundamental a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos*».

Por todo ello el TC considera que se ha vulnerado el derecho al honor del demandado por lo que desestima el amparo interpuesto por el recurrente.

STC 219/2001, de 17 de enero (BOE de 30 de noviembre).

RA: Estimado.

Ponente: Cachón Villar. Voto particular de González Campos.

Conceptos: Derecho de asociación, libertad sindical y Fuerzas Armadas.

Preceptos de referencia: Artículos 22 y 28.1 CE.

Una Hermandad de personal militar en situación no activa interpone recurso de amparo contra resoluciones denegatorias de la inscripción de modificación estatutaria por considerarla contraria al derecho de asociación (art. 22 CE). La negativa a la inscripción se basa en que el artículo 3.c) de los Estatutos enuncia como fin propio de la asociación «*realizar las gestiones precisas para conseguir para sus miembros cuantos beneficios sean posibles tanto en el aspecto económico como en el moral o social*». Esta cláusula vulneraría el artículo 181 de las Reales Ordenanzas aprobadas por la Ley 85/1978, que expresamente prohíbe que las Fuerzas Armadas participen en sindicatos y asociaciones con *finalidad reivindicativa*.

El TC señala que es una cuestión indiscutida que la publicidad registral se extiende también a las modificaciones estatutarias de la asociación. La inscripción en tanto que prestación administrativa, si se realiza de forma defec- tuosa puede resultar lesiva del derecho de asociación, extremo que es objeto de análisis por el TC.

El TC recuerda que el legislador orgánico puede establecer unos límites al derecho de asociación, en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos. En cuanto a las Fuerzas Armadas no existe una expresa previsión constitucional sobre las modalidades de su derecho de asociación y el artículo 28.1 CE difiere a la Ley la posibilidad de limitar o excepcio- tuar el ejercicio de su derecho de sindicación. La LOLS expresamente les ha exceptuado de este derecho. Así mismo la mencionada Ordenanza proscribe las asociaciones con fines reivindicativos. Sin embargo en ningún momento en la Sentencia del TC reseñada se plantea la inconstitucionalidad de dicha ordenanza. Por el contrario el TC analiza si la cláusula en cuestión tiene efectivamente finalidad reivindicativa lo que excedería del derecho de asociación atribuido a las Fuerzas Armadas.

Según las sentencias que confirman la negativa a inscribir la modifica- ción estatutaria, una actividad es reivindicativa cuando se encamina a la defensa y consecución de intereses y objetivos económicos o sociales de signo profesional. Sin embargo el TC considera que «*nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del artículo 28.1 CE*». Ello comporta en primer lugar una indebida restricción del derecho de asociación por aplicación de un criterio contrario al principio de interpreta- ción de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los dere-

chos fundamentales y además una indebida extensión del concepto de sindicato (FJ 10).

Según el TC, la Hermandad en cuestión no pretendió en ningún momento su reconocimiento como sindicato. Considera así mismo que de los fines de la Hermandad, y en concreto el que es objeto de controversia no puede ser calificado como sindical o parasindical. Si bien es cierto que persigue la satisfacción de intereses económicos y sociales, ello no permite la calificación como sindicato (FJ 11). Por todo ello se considera que la denegación de la inscripción carece de justificación constitucional y en consecuencia se procede a declarar el amparo.

El magistrado que formula el voto particular si bien defiende el mismo fallo al que llega el TC, discrepa del pronunciamiento. En concreto considera que debería haberse elevado al pleno la constitucionalidad del artículo 181 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Estas Ordenanzas han sido aprobadas por una Ley que no tiene carácter orgánico, ni ha sido reiterada por una Ley orgánica posterior. El precepto en cuestión, que establece que *«Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa»*, va más allá de la interdicción de participar en sindicatos, abarcando también la participación en asociaciones con finalidad reivindicativa, equiparando casi ambos conceptos y sin tener en cuenta que la finalidad reivindicativa no es exclusiva de los sindicatos. Estima además que el precepto es demasiado genérico y el inciso *«por cuyos intereses vela el Estado»* es contrario al derecho de asociación.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

El accidente de trabajo y la responsabilidad civil del empresario, entre la jurisdicción civil y la social. (A propósito de la sentencia del TS, Sala 1.^a, de 8 de octubre de 2001)

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: A) *La reparación de daños derivados del accidente de trabajo: prestaciones sociales y responsabilidad civil del empresario. Desencuentros y diferencias entre el orden social y el orden civil de la jurisdicción.* B) *Una cuestión procesal: en torno a la competencia jurisdiccional para conocer de las reclamaciones por daños derivados del accidente de trabajo.* C) *Y dos cuestiones sustantivas: el criterio de imputación de responsabilidad y la compatibilidad de indemnizaciones: a) La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad civil del empresario. b) La compatibilidad de prestaciones e indemnizaciones: entre la coordinación y la acumulación. c) El imposible camino a la unidad de criterios: el espejismo de la sentencia de 8 de octubre de 2001.*

A) LA REPARACIÓN DE DAÑOS DERIVADOS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO: PRESTACIONES SOCIALES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO. DESENCUENTROS Y DIFERENCIAS ENTRE EL ORDEN SOCIAL Y EL ORDEN CIVIL DE LA JURISDICCIÓN

En sus orígenes, la protección de los accidentes de trabajo se constituyó en nuestro sistema de Seguridad Social como una fórmula que ofrecía a los trabajadores una compensación automática y tasada de los daños producidos. La limitación de la reparación del daño ha sido tradicionalmente la contrapartida en un sistema que aseguraba una rápida y casi segura cobertura del daño, una vez constatado el accidente. Pero ese principio de limitación de la responsabilidad ha sido claramente superado y nuestro ordenamiento ofrece hoy la posibilidad de alcanzar una reparación integral de daño a través de dos vías complementarias a la cobertura que ofrecen las prestaciones de la Seguridad

Social. Por un lado, el denominado recargo de prestaciones, previsto en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), que permite incrementar, a cargo del empresario, la cuantía de la pensión entre un 30 y un 50 por 100 en favor del trabajador accidentado. La segunda vía de protección complementaria se contempla en el artículo 127.3 de la misma ley que establece la compatibilidad entre las prestaciones del sistema público de Seguridad Social y las responsabilidades indemnizatorias que correspondan a cargo de los responsables criminal o civilmente.

La articulación de estos mecanismos complementarios de protección ha suscitado no pocos problemas aplicativos y de interpretación¹. El recargo presenta unos confusos perfiles que han permitido atribuirle una doble naturaleza punitiva y reparadora. Así, actúa como sanción o castigo en la medida en que su imposición se vincula a la existencia de una infracción de la normativa en materia de seguridad e higiene y en cuanto que su cuantía se gradúa en atención a la gravedad de la infracción. Pero, a la vez, la institución cumple una función reparadora o indemnizatoria puesto que, a diferencia de las sanciones administrativas, implica una atribución patrimonial a favor de la víctima del accidente condicionada, además, a la existencia de un efectivo daño.

La articulación de la responsabilidad civil del empresario complementaria de las prestaciones de la Seguridad Social tampoco está exenta de problemas. En primer lugar, no está definitivamente resuelta la cuestión de a qué orden jurisdiccional corresponde el conocimiento de este tipo de pretensiones. Sigue viva a estos efectos la interesante disputa jurisdiccional entre el orden social y el civil, dispuestos ambos a reclamar su competencia en la materia. Esta divergencia inicial es además origen y causa de importantes desencuentros en cuestiones de carácter sustantivo. Las diferencias afectan a los criterios de imputación de responsabilidad al empresario, ámbito éste donde la exigencia de culpa o negligencia queda desplazada ocasionalmente en favor del criterio de responsabilidad por riesgo. Junto a ello, las divergencias entre ambos órdenes se han planteado también a la hora de coordinar la responsabilidad indemnizatoria a que se refiere el artículo 127.3 LGSS con los restantes mecanismos reparadores previstos en la legislación de la Seguridad Social –las propias prestaciones y el ya comentado recargo–.

La STS (1.º) de 8 de octubre de 2001 (RJ 7551), motivo de este comentario, aborda todas estas cuestiones vinculadas con la responsabilidad civil adicional del empresario. La sentencia resuelve una reclamación derivada de un accidente con resultado de muerte, producido en un pozo minero al resultar aplastados cuatro trabajadores por una losa de grandes dimensiones desprendida del techo. Los demandantes, causahabientes de los trabajadores fallecidos, imputan a la empresa la aplicación de un sistema de explotación inadecuado y de un método de entubación inseguro. Con apoyo en dicha imputación reclaman al empresario diversas cantidades en concepto de indemnización por el daño sufrido. Su pretensión fue parcialmente acogida en instancia

¹ Problemas de los que me he ocupado con más detalle en dos estudios, de los que es deudor este comentario, en colaboración con A. DESDENTADO BONETE («Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones», en AA.VV. (Coords. M. Nogueira y B. Gonzalo) *Cien años de Seguridad Social*, Mupressa, 2000, pp. 639-664 y «La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de las normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la jurisprudencia», *Tribuna Social*, núm. 125, 2001, pp. 13-27).

pero el Tribunal de apelación estimó la excepción de incompetencia alegada por la empresa demandada y acordó la nulidad de todo lo actuado. En la sentencia de 8 de octubre de 2001 el TS resuelve los recursos de casación articulados frente a dicha resolución debiendo decidir en primer lugar, por razones de orden procesal, si le corresponde o no conocer de la reclamación articulada. Este es, sin duda, el núcleo decisorio de la sentencia. Pero no menos importancia tienen las otras dos cuestiones tratadas *obiter dicta* por el Tribunal: las referidas a la articulación de las responsabilidades derivadas del accidente de trabajo y al criterio de imputación de dicha responsabilidad.

El interés de la sentencia reside precisamente en la respuesta que la Sala 1.^a da a estos problemas. Respecto al primero, la Sala de lo Civil proclama su competencia para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por accidente de trabajo dirigidas por los trabajadores o sus causahabientes frente al empresario. Por lo que atañe al segundo, la sentencia pone de relieve la necesidad de prestar especial atención al elemento de la culpa o negligencia como único criterio para imputar responsabilidad civil al empresario y evitar así la confusión con el ámbito objetivo y cuantitativamente prefijado propio de la Seguridad Social. Finalmente, la Sala de lo Civil se pronuncia en favor de una articulación de responsabilidades indemnizatorias que se dirija a asegurar la reparación íntegra del daño pero que evite su acumulación descoordinada.

La adecuada valoración de este pronunciamiento judicial, la decisión sobre qué hay de bueno o, al menos, qué hay de nuevo en la sentencia de 8 de octubre de 2001 requiere necesariamente una aproximación, siquiera somera, a los antecedentes que lo han precedido. Este análisis es preciso para conocer cuáles han sido las respuestas judiciales a estas cuestiones, de carácter procesal la primera de ellas, y de carácter sustantivo las otras dos. Hagamos, por tanto, un poco de historia.

B) UNA CUESTIÓN PROCESAL: EN TORNO A LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL PARA CONOCER DE LAS RECLAMACIONES POR DAÑOS DERIVADOS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

La atribución de la competencia para conocer de las reclamaciones indemnizatorias por daños derivados de accidentes de trabajo es objeto de un debate ya clásico entre la jurisdicción civil y la social. Ambos órdenes de la jurisdicción reclaman su fuero en la materia acudiendo a distintas consideraciones.

La Sala de lo Civil ha defendido su competencia apelando, básicamente, al carácter extracontractual que, según su interpretación, presenta la responsabilidad empresarial derivada del accidente de trabajo. Dicho carácter extracontractual se explica, según la Sala 1.^a, en que el accidente es un acontecimiento fuera del contrato. Se ha señalado, en este sentido, que el resultado dañoso se produce «como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo»². De este modo, el trabajador o sus causahabientes pueden articular su demanda con fundamento en los artículos 1902 y 1903 CC y la competencia

² Esta curiosa y contradictoria afirmación se reitera en diversos pronunciamientos judiciales. Así, SSTS 1.^a 31.5.1995 (RJ 4106), 21.3.1997 (RJ 2186), 13.10.1998 (RJ 8373), 10.4.1999 (RJ 2607) y 30.11.1999 (RJ 8287).

será del orden civil de la jurisdicción. A este argumento se añade el derivado de la propia letra del artículo 127.3 LGSS que califica como civil la posible responsabilidad concurrente del empresario. Esta interpretación que atribuye sin excepciones la competencia al orden civil es, sin duda, la que cuenta con más avales en la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Pero, a pesar de ello, no ha resultado una posición homogénea. Algunos pronunciamientos han matizado esta afirmación y han señalado que cuando la exigencia de responsabilidad se funda en incumplimientos de la normativa laboral de seguridad e higiene la competencia corresponde al orden social. Se ha abierto así una segunda línea interpretativa que admite un reparto de competencias entre ambos órdenes jurisdiccionales en función del fundamento, contractual o extracontractual, de la responsabilidad reclamada³.

Los pronunciamientos inmediatamente anteriores a la STS de 8 de octubre de 2001 son un claro exponente de esta diversidad interpretativa que domina la Sala 1.^a. Como prueba de ello, basta citar algunos ejemplos. La sentencia de 11.2.2000 (RJ 673) excluyó la competencia civil porque la reclamación se fundaba en un incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene y la de 2.7.2001 (RJ 1700/2002) aplicó la misma doctrina y recordó que «la competencia es del orden social cuando la demanda se funda en el incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo». Pero contemporáneamente otras sentencias, como las de 2.3.2000 (RJ 1306), 26.5.2000 (RJ 3497), 22.2.2001 (RJ 2610) y 22.6.2001 (RJ 5075), han proclamado sin matices el carácter extracontractual de la responsabilidad derivada de accidente de trabajo y la competencia civil para su conocimiento.

En este errático contexto se sitúa la sentencia ahora comentada que admite, como punto de partida, «el alto grado de desacuerdo entre las decisiones judiciales, incluso del máximo nivel, sobre cuál debe ser el orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad civil del empresario por los daños que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta de aquél». Y en ese debate, la sentencia se inscribe claramente en aquella línea que admite el reparto de competencias entre el orden civil y el orden social empleando como criterio de atribución el fundamento de la responsabilidad reclamada. De este modo, afirma la sentencia que el conocimiento corresponderá al orden civil cuando la acción se funde en los artículos 1902 y 1903 CC ya que «si se funda únicamente en el incumplimiento de las medidas de seguridad, que en la relación laboral constituyen una obligación típica del empresario, la competencia corresponderá al orden jurisdiccional social».

La interpretación, aunque no es novedosa, resulta sugerente porque reconoce, al menos teóricamente, un espacio para la competencia del orden social. Al menos así debe ser cuando el accidente deriva de un incumplimiento empresarial de las normas de prevención. En definitiva, con esta solución el problema de jurisdicción aparece vinculado, como ya se apuntaba anteriormente, a la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad

³ *Vid.* un detallado análisis de la doctrina de la Sala 1.^a, poniendo de manifiesto su inestabilidad y la diversidad de pronunciamientos, en J. R. MERCADER UGUINA, *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo, Seguridad Social y derecho de daños*, La Ley, 2001, pp. 197-204. Sobre las sentencias más recientes, *vid* A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de las normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la jurisprudencia», cit., pp. 14-16.

derivada del accidente de trabajo. Si el accidente deriva de un incumplimiento de la normativa laboral sobre prevención de riesgos, la responsabilidad es contractual y la competencia del orden social. Si, por el contrario, no hay incumplimiento del deber de seguridad, la responsabilidad es extracontractual y la competencia del orden civil.

Sin embargo, a esta interpretación se le pueden hacer, al menos, dos objeciones. En primer lugar, si el criterio determinante es la naturaleza de la responsabilidad no parece adecuado que la decisión al respecto se efectúe exclusivamente atendiendo a la calificación que efectúe el propio demandante, o si se prefiere, a las normas por él invocadas⁴. Y esto ocurre en numerosas sentencias de la Sala I, siendo muy escasos los pronunciamientos en los que se valora, más allá de la denominación que el demandante dé a su acción, cuál es el verdadero fundamento de la responsabilidad derivada del accidente de trabajo⁵. La STS de 8 de octubre de 2001 no es una excepción de modo que basta la mención de dichos preceptos para que la Sala 1.^a atribuya la competencia al orden civil sin valorar adecuadamente que la pretensión de los demandantes se apoyaba en el reproche al empresario de «la aplicación de un sistema de explotación inadecuado y de un método de entubación inseguro»⁶, en definitiva, en un incumplimiento del deber de seguridad.

La segunda objeción tiene más calado porque pone en cuestión la posibilidad de calificar la responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo como extracontractual. En efecto, el contenido del contrato de trabajo no sólo se determina por la regulación introducida en él por las partes sino que está integrado fundamentalmente por los derechos y obligaciones que derivan de las disposiciones legales y reglamentarias. El deber de seguridad y protección es uno de estos deberes previstos legalmente que pasan a integrar plenamente la relación contractual entre empresario y trabajador de forma que su inobservancia constituye necesariamente el incumplimiento de una obligación que integra el contenido del contrato y que, por ello, no puede tener otro carácter que contractual⁷. El ordenamiento laboral ha incorporado expresamente estas obligaciones al contenido del contrato de trabajo bien a través de deberes específicos, bien a través de la imposición de una obligación general de seguridad, de modo que el empresario está obligado a «garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relaciona-

⁴ La propia sentencia de 8.10.2001 advierte que «no puede considerarse del todo satisfactoria una solución estrictamente formalista que atienda sobre todo a la norma invocada por la parte actora», pero justifica tal solución en la circunstancia de que «la normativa laboral no conduzca por sí sola a la reparación íntegra del daño ni siquiera cuando se aplica el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad».

⁵ La STS de 11.2.2000 (RJ 673) si lo valoró en un supuesto en el que el demandante reclamaba responsabilidad extracontractual pero fundaba su pretensión en un incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene.

⁶ Lo mismo ocurría en la ya citada STS de 2.7.2001 en la que la Sala 1.^a proclamó su competencia en un supuesto en el que claramente se habían incumplido las normas de seguridad y prevención de riesgos dado que el accidente se produjo al caer el trabajador desde una altura superior a dos metros quedando acreditado que ni las barandillas cumplían los requisitos de seguridad ni el trabajador estaba protegido por el cinturón de seguridad.

⁷ El carácter y extensión del deber de seguridad y su integración en el contenido contractual de la relación laboral ha sido ampliamente estudiado por la doctrina laboral. *Vid.*, entre otros, M. T. IGARTUA MIRÓ, *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, 2000, F. J. CALVO GALLEGOS, *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador*, Aranzadi, 1998, y M. GONZÁLEZ LABRADA, *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Cedecs, 1996.

dos con el trabajo» (art. 14 Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, LPRL). Ese deber genérico le obliga a cumplir no sólo las obligaciones específicas establecidas de forma concreta en la normativa sobre prevención de riesgos (art. 14.3 LPRL) sino también a «adoptar cuantas medidas sean necesarias» para lograr aquella garantía (art. 14.2 LPRL).

El carácter contractual de la responsabilidad del empresario por accidentes de trabajo es unánimemente aceptado entre los laboralistas⁸ pero es también opinión dominante entre la doctrina civilista⁹. Esa naturaleza contractual justifica y explica la competencia del orden social que conoce de todos los litigios que se promuevan “entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo” (art. 2.a Ley de Procedimiento Laboral). Pero en cualquier caso, aunque la responsabilidad se calificara como extracontractual, la jurisdicción competente seguiría siendo la social, a quien corresponde el conocimiento de todas las cuestiones que afecten a la rama social del Derecho (art. 9.5. LOPJ). El daño se produce en el marco de una relación que vincula a empresario y trabajador y con ocasión del desarrollo de la actividad que es objeto de dicho contrato de modo que el ilícito del que deriva la responsabilidad es un ilícito laboral¹⁰. Así lo ha proclamado en

⁸ Puede consultarse la relación recogida en A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Civitas, 2000, pp. 400 ss. y en A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de las normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la jurisprudencia», cit, p. 20.

⁹ Así, para L. DÍEZ-PICAZO («Derecho de daños», Civitas, Madrid, 1999, p. 252) «es manifiesto que producidos los accidentes como consecuencia del trabajo... nos encontramos ante una responsabilidad contractual», M. YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001, p. 98, p. 109) sostiene que cuando el trabajador sufre un accidente como consecuencia de la falta de medidas de seguridad del empresario para el que trabaja se produce una violación netamente contractual, F. PANTALEÓN PRIETO («Comentario a la STS 1.º 6.5.1985», CCJC, 1985) afirma que «la calificación como contractual de la responsabilidad civil del empresario por accidente de trabajo... parece clara en nuestro Derecho». S. CAVANILLAS MÚGICA («Comentario a la STS 1.º 30.10.1990», CCJC, 1990) considera que se trata de una responsabilidad contractual por incumplimiento de la obligación también contractual de seguridad y de ello se deriva «con toda claridad la competencia de la jurisdicción laboral», aunque acepta la eventual concurrencia de una responsabilidad extracontractual del empresario que no podría basarse en la infracción de los específicos deberes de seguridad previstos en la normativa laboral. El mismo criterio mantiene J. J. BLANCO GÓMEZ (*La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustitutivo español*, Dykinson, 1996, pp. 137-141), aunque sólo respecto de las obligaciones de seguridad determinadas. También E. SERRANO ALONSO, «La responsabilidad civil nacida de accidente de trabajo», *Actualidad Civil*, 1999, I, pp. 9-13.

¹⁰ Como señala L. DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., p. 186, (sumándose a la opinión de M. IGLESIAS CABERO, «A propósito de la competencia en materia de responsabilidad económica derivada de accidente de trabajo», *La Ley*, núm. 4714, 18 de enero de 1999) «para resolver el problema suscitado, la distinción entre responsabilidad extracontractual y contractual es irrelevante y lo decisivo es que el daño ha de imputarse a incumplimiento de normas y deberes laborales y no civiles, entendiéndose por tales todos los que regulan el contenido de lo contractual entre empresario y trabajador». Más adelante (p. 268) señala el mismo autor que «siempre que entre las partes existe una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan, sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe, o de los usos de los negocios, la responsabilidad es de carácter contractual y los tribunales deben declararlo así haciendo uso en lo necesario de la regla *iura novit curia*». También G. MOLINER TAMBORERO («La

numerosas ocasiones la Sala 4.^a del TS que nunca ha dudado de su competencia en esta materia¹¹.

También la Sala Especial de Conflictos de Competencia, cuando ha tenido que pronunciarse sobre esta cuestión, ha acudido a similares argumentos para pronunciarse en favor de la competencia del orden social. En este sentido, el Auto de 21.12.2000¹² concluye que en materia de responsabilidad cuando se ejercita una pretensión por las lesiones sufridas por el trabajador a causa de un accidente de trabajo «tanto se inste la tutela por vía contractual –artículos 1101 ss. del CC– como a través de la aquiliana del artículo 1902 CC, el ilícito determinante de la responsabilidad del empresario demandado, que late en estos preceptos, no es posible descolgarlo de aquella disciplina laboral». Añade el Auto que «dentro de la responsabilidad aquiliana no cabe impetrar el auxilio del artículo 1902 CC, como *ratio petendi*, cuando, entre el perjudicado o dañado y el autor o dañador preexiste una relación jurídica, integradora del título de pedir, porque entonces la absorción por la prevalente responsabilidad contractual es inconcusa»¹³.

Está claro que los argumentos y razones que acaban de exponerse en favor de la competencia del orden social no han sido suficientes para modificar la posición de la Sala de lo Civil que sigue insistiendo en el carácter extracontractual de la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo y proclamando su competencia en la materia. La interpretación sostenida en la STS de 8 de octubre de 2001 parecía reabrir el camino hacia el orden social de la jurisdicción. Pero lo cierto es que la aproximación esperada no ha llegado a producirse y sentencias posteriores de la Sala 1.^a han continuado conociendo de reclamaciones sobre responsabilidad empresarial por accidentes laborales sin cuestionarse su propia competencia¹⁴.

responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo en el sistema de la Seguridad Social», *Tribunal Social*, núm. 125, 2001, p. 47) insiste en que la competencia del orden social viene determinada porque se trata de una cuestión que pertenece a la rama social del Derecho (arts. 9.5 LOPJ y 1 LPL).

¹¹ Este criterio se afirma en la STS 4.^a 6.10.1989 (RJ 7120), fijando una línea que continúan las SSTS 4.^a 15.11.1990 (RJ 8575), 25.11.1991 (RJ 8262), 24.5.1994 (RJ 4296), 27.6.1994 (RJ 5489), 3.5.1995 (RJ 3740), 30.9.1997 (RJ 6853), 2.2.1998 (RJ 3250) y 23.6.1998 (RJ 5787).

¹² Ya anteriores Autos de la misma Sala se habían pronunciado en el mismo sentido. Así, vid. los Autos de 23.12.1993 (AS 10131), 4.4.1994 (AS 3196) y 10.6.1996 (AS 9676).

¹³ Más difíciles son los casos en los que la reclamación de responsabilidad se dirige no sólo frente al empresario sino también frente a otros sujetos –normalmente, otros trabajadores de la empresa– que con su conducta han intervenido en la producción del accidente. La responsabilidad de estos sujetos presenta un carácter extracontractual dado que no tienen ningún deber contractual de cuidado frente a la víctima aunque su conducta suponga un incumplimiento de la normativa de prevención. Por eso la competencia para conocer de las reclamaciones indemnizatorias frente a estos sujetos corresponde al orden civil. Sin embargo, cuando la responsabilidad se exige solidariamente al empresario y a terceros implicados, podría atribuirse la competencia a la jurisdicción social de forma que ésta atraiga hacia sí todos los conflictos sobre la aplicación del Derecho del Trabajo. Vid. al respecto, E. LASASOA IRIGOYEN, *Delimitación competencia entre los Órdenes Social y Civil de la Jurisdicción: un estudio jurisprudencial*, Aranzadi, 2001, pp. 212-213.

¹⁴ STS (1.^a) de 13.12.2001 (RJ 9354), 27.12.2001 (RJ 1646/2002), 13.2.2002 (RJ 3198), 23.1.2002 (RJ 23), 21.2.2002 (RJ 2894) y 25.4.2002 (RJ 4033).

C) Y DOS CUESTIONES SUSTANTIVAS: EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD Y LA COMPATIBILIDAD DE INDEMNIZACIONES

El desacuerdo entre el orden civil y el orden social alcanza también, como se señaló anteriormente, a cuestiones de carácter material. En concreto, el criterio de imputación de responsabilidad manejado por la Sala de lo Civil no coincide con el empleado por la Sala de lo Social. Del mismo modo, es apreciable la distinta interpretación que ambas Salas del TS efectúan del principio de compatibilidad entre prestaciones de la Seguridad Social e indemnizaciones recogido en el artículo 127.3 LGSS.

a) La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad civil del empresario

La imputación de responsabilidad en nuestro ordenamiento descansa fundamentalmente en el criterio de la culpa. Este es el principio al que acuden tanto las normas reguladoras de la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación existente (responsabilidad contractual) como aquellas que contemplan la obligación resarcitoria derivada de la infracción de un deber jurídico (responsabilidad extracontractual).

Es cierto que las tendencias objetivadoras han alcanzado al ámbito de la responsabilidad de forma que es posible identificar criterios distintos a la culpa en los que fundar la exigencia de responsabilidad. Precisamente, es en el ámbito de los accidentes de trabajo donde se produjo «el giro doctrinal y jurisprudencial que conduce a admitir, por lo menos en algunos casos, que la responsabilidad no se funda en la culpa sino en el riesgo que se ha creado»¹⁵. El criterio del riesgo es, sin duda, el criterio de imputación conforme al cual se viene atribuyendo al empresario la responsabilidad por accidente laboral desde la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. En ese principio de responsabilidad objetiva se funda la cobertura que la Seguridad Social ofrece por accidente de trabajo. Así lo señala la STS 4.º 30.9.1997 (RJ 6853) afirmando que «cuando el avance tecnológico alcanza socialmente tanto al que emplea y se beneficia en primer lugar de las actividades de riesgo –empresarios– como a quien lo sufre, trabajadores, el puesto de trabajo es un bien nada desdenable, en este caso la solución es la creación de una responsabilidad estrictamente objetiva, que garantizando los daños sufridos por estas actividades peligrosas, previene al tiempo los riesgos económicos de quienes al buscar su propia ganancia crean un bien social, como son los puestos de trabajo».

Pues bien, si el sistema de cobertura de accidentes de trabajo previsto legalmente se fundamenta en la responsabilidad por riesgo, cabe plantearse si la responsabilidad adicional del empresario puede o no fundamentarse en los mismos criterios de imputación. En este sentido, L. Díez-Picazo se ha formulado la pregunta de si «establecido legislativamente un sistema de responsabilidad por riesgo, por ejemplo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pueden crearse otros sistemas no legislados también de responsabilidad por riesgo

¹⁵ L. DÍEZ-PICAZO, «Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4/2000, p. 153.

en virtud de la regla de compatibilidad de accidentes procedentes en el Derecho laboral con aquellas que sean consecuencia de la aplicación del legislador civil». Y el mismo autor responde señalando que «la única solución lógica de nuestro problema es que no hay más responsabilidad por riesgo que aquella que, en cada momento, el legislador haya articulado como tal, sin que los tribunales puedan usurpar una tarea que es estrictamente legislativa»¹⁶.

De esta forma, el criterio de imputación de la responsabilidad civil empresarial por accidente de trabajo no puede ser otro que el de la culpa o negligencia. Lo contrario supondría acumular dos responsabilidades objetivas sin que exista previsión legal expresa que así lo justifique. El criterio de la culpa sirve además para superar la limitación del daño que caracteriza al sistema de protección de la Seguridad Social y justificar su reparación integral.

Este criterio subjetivo es el que invariablemente viene exigiendo la Sala 4.^a del Tribunal Supremo como condición necesaria para declarar la responsabilidad del empresario, compatible con la garantizada a través de las prestaciones de la Seguridad Social, por los daños derivados del accidente de trabajo¹⁷. Por el contrario, es frecuente que la Sala de lo Civil resuelva las demandas indemnizatorias de los trabajadores acudiendo al criterio de responsabilidad por riesgo o a otras razones de carácter objetivo¹⁸. Se pone así de manifiesto la diversidad interpretativa ya anunciada.

b) La compatibilidad de prestaciones e indemnizaciones: entre la coordinación y la acumulación

El segundo aspecto sustantivo en el que se manifiesta el desencuentro entre las Salas 1.^a y 4.^a del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad por accidentes de trabajo es el referido a la forma de articular la compatibilidad entre las prestaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones civiles que procedan. La compatibilidad entre ambas formas de reparación del daño causado por el accidente se establece en el artículo 127.3 LGSS. Este precepto señala que la responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, no excluye el acceso del trabajador a las prestaciones de la Seguridad Social añadiendo que, «en estos casos, el trabajador o sus causahabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente».

¹⁶ «Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual», cit., pp. 163 y 166.

¹⁷ SSTS 4.^a 30.9.1997 (RJ 6853), 2.2.1998 (RJ 3250) y 17.2.1999 (RJ 2598). La sentencia de 22.1.2002 (RJ 2688) reitera de nuevo que los criterios de imputación de responsabilidad empresarial han de ser los culpabilísticos tradicionales.

¹⁸ Así, la STS 1.^a 8.11.1990 (RJ 8534) afirma que «la entidad demandada creó una situación de riesgo de la que ha de responder, ya que es un peligro puesto por sí misma, que lleva consigo una responsabilidad por las consecuencias lesivas para otras personas, aunque represente una empresa o explotación permitida. Por ello, la doctrina moderna coloca al lado del tradicional principio de la culpa el nuevo principio de la responsabilidad por riesgo o sin culpa, que responde a las exigencias de nuestros tiempos». En la misma línea, la STS 31.5.1995 (RJ 4106) señala que la doctrina de la Sala ha evolucionado hacia un sistema que «viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero». En el mismo sentido, vid. SSTS 1.^a 7.3.1994 (RJ 2197), 21.11.1995 (RJ 8896), 5.12.1995 (RJ 9259) y 12.7.1999 (RJ 4772).

Esta declaración de compatibilidad entre prestaciones de la Seguridad Social e indemnización de daños y perjuicios suscita serios interrogantes respecto a cómo debe articularse. Dos soluciones parecen posibles: admitir que ambas fórmulas de reparación o protección del trabajador funcionan como sistemas independientes y autónomos o, por el contrario, interpretar que ambas técnicas responden a idéntica finalidad de forma que no pueden ser aplicadas con total independencia. El precepto al que se hace referencia no aporta ningún criterio o principio que oriente una respuesta. Pero el análisis y la comprensión del fundamento de las prestaciones de la Seguridad Social puede ser un instrumento de gran utilidad en la tarea de hallar la solución al problema planteado.

La protección del accidente de trabajo se ha establecido, históricamente, a partir de la responsabilidad del empresario. Ese principio estaba ya presente en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, primera norma reguladora de esta contingencia, y no va a ser alterado ni eliminado por la evolución legislativa posterior cuya función ha sido la de mejorar los mecanismos de cobertura e integrarlos en un sistema público. La Ley de 1900 definió esa responsabilidad empresarial como objetiva; en 1932 se estableció la obligación de asegurarla y en 1966 el seguro se convierte en público al excluir de la gestión a las aseguradoras privadas. Pero en todo este proceso el seguro de accidentes de trabajo nunca ha llegado a perder su carácter de seguro de responsabilidad civil del empresario¹⁹.

Lo que ocurre es que esa responsabilidad empresarial cubierta por la Seguridad Social no alcanza a la totalidad del daño porque, como ya se señaló anteriormente, las prestaciones sociales tienen un carácter tasado. No hace falta reiterar de nuevo que la limitación en la reparación del daño se debe a que la responsabilidad empresarial asegurada por la Seguridad Social se fundamenta en el criterio objetivo del riesgo²⁰. Pero eso explica que, cuando en la producción del accidente ha intervenido una conducta u omisión culpable del empresario, se prevea expresamente la posibilidad de complementar la reparación del daño exigiendo directamente al empresario su responsabilidad. Ambas fórmulas, prestaciones del sistema de Seguridad Social y responsabilidad civil a cargo del empresario, constituyen dos técnicas que se diferencian en función del criterio de imputación (una responsabilidad objetiva asegurada obligatoriamente en el caso de las prestaciones de la Seguridad Social por accidente de trabajo y una responsabilidad por culpa en la indemnización adicional) y en el alcance de la reparación (una indemnización tasada en el caso de las prestaciones de la Seguridad Social y una indemnización completa hasta el total del daño en el caso de la responsabilidad civil por culpa) pero que atienden ambas a la misma finalidad: la reparación del daño a cargo del empresario.

La conclusión, a la luz de este análisis, es evidente: ambas fórmulas deben aplicarse como mecanismos complementarios para obtener la reparación íntegra del daño. La circunstancia de que el ordenamiento ofrezca diversas vías para obtener esa reparación no justifica una interpretación de las mismas que conduzca a considerarlas de forma totalmente independiente sin

¹⁹ *Vid.* más ampliamente, A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones», cit., pp. 646-648.

²⁰ *Vid.* M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 1998, p. 118.

tomar en consideración que ambas confluyen en la reparación de unos mismos daños²¹.

Esta solución es la que ha adoptado y mantenido la Sala 4.^a del Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos. Se ha señalado en este sentido que, a pesar de la pluralidad de vías procesales para obtener la reparación del daño derivado del accidente, son criterios esenciales a respetar: «a) existe un solo daño que hay que compensar o indemnizar, sin perjuicio de las distintas reclamaciones que puedan plantearse; y b) debe existir también, en principio, un límite en la reparación del daño, conforme a las previsiones del Código civil, aplicable a todo el ordenamiento» pues «no puede hablarse de que estemos en presencia de dos vías de reclamación compatibles y complementarias y al mismo tiempo independientes, en el sentido de ser autónomas para fijar el importe de la indemnización, sin tener en cuenta lo que ya se hubiera recibido con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio, pues estamos ante formas de resolver la única pretensión indemnizatoria, aunque tenga lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos que han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio»²².

Frente a esta solución, la Sala 1.^a ha valorado las reclamaciones indemnizatorias articuladas frente al empresario por responsabilidad derivada de accidente de trabajo con absoluta independencia y sin tomar en cuenta las indemnizaciones laborales que por la misma contingencia hubiera percibido ya el demandante²³. Se ha elaborado así la denominada doctrina de la «perfecta compatibilidad» –en realidad, acumulación– entre indemnizaciones civiles y laborales²⁴, doctrina que se aplica por el orden jurisdiccional civil, explícita o implícitamente, de forma reiterada y en franca divergencia con la doctrina de la Sala de lo Social.

c) El imposible camino a la unidad de criterios: el espejismo de la sentencia de 8 de octubre de 2001

La sentencia de 8 de octubre de 2001 vino a incorporar una considerable dosis de sensatez en este panorama teñido de desencuentros y divergencias entre el orden civil y el social de la jurisdicción. Aunque, como se ha señalado más arriba, la Sala 1.^a no renuncia a su competencia, sí introduce en este pronunciamiento algunas afirmaciones que acercan posiciones entre ambos

²¹ En esa reparación del daño también puede intervenir el recargo de prestaciones previsto en el artículo 123 LGSS que, como se señalaba más arriba, presenta un doble perfil con aspectos típicamente sancionadores y resarcitorios. Por ello, si se ha dispuesto en favor del trabajador el incremento de las prestaciones a cargo del empresario, esta circunstancia debería ser también valorada a la hora de calcular las indemnizaciones correspondientes. No obstante, la STS (4.^a) de 2.10.2000 (RJ 9673) atribuye un carácter sancionadores y preventivo a esta institución y declara expresamente su independencia respecto a la indemnización de forma que las cantidades percibidas en concepto de recargo por el trabajador no deben deducirse de la indemnización que corresponda.

²² SSTS 4.^a 10.12.1998 (RJ 10501) y 17.2.1999 (RJ 2598).

²³ Son claros exponentes de esta interpretación las SSTS 1.^a 27.11.1993 (RJ 9143) y 30.11.1998 (RJ 8785). Vid. más ampliamente A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones», cit., pp. 643-645.

²⁴ Vid. F. PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la STS 1.^a 6.5.1985», cit., pp. 2614-2618 y L. DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., p. 177.

órdenes jurisdiccionales a la hora de abordar el tratamiento de la responsabilidad civil del empresario.

Así, por lo que se refiere al criterio de imputación, tras advertir la incorrección que supone aplicar unos mismos criterios de imputación de responsabilidad al empresario en los ámbitos laboral y civil, la sentencia acoge expresamente la culpa o negligencia como único criterio válido para imputar responsabilidad civil al empresario. En este sentido, la sentencia afirma que «conviene analizar en el ámbito civil la responsabilidad del empresario fundada en el artículo 1902 CC mediante una muy especial atención (...) al elemento de la culpa o negligencia, único modo de evitar la confusión con el ámbito objetivo y cuantitativamente prefijado propio de la Seguridad Social».

Pero no es este el único cambio de criterio que expresamente se acoge en el pronunciamiento de 8 de octubre de 2001. La sentencia afirma que la interpretación que la Sala 1.^a ha mantenido en sus pronunciamientos anteriores respecto a la compatibilidad entre prestaciones de la Seguridad Social y responsabilidad resarcitoria puede conducir a una acumulación no coordinada de indemnizaciones sin base normativa suficiente. Por ello, se advierte la necesidad de atender a «lo ya percibido por el perjudicado como prestaciones de la Seguridad Social y por recargo de las prestaciones a costa del empresario en virtud de su propia culpa cuando ésta es tenida en cuenta por la misma normativa de la Seguridad Social para imponerle ese recargo cuyo pago no puede ser legalmente objeto de seguro»²⁵.

Sin duda, este acercamiento de la Sala de lo Civil a la interpretación sostenida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo debe ser bien recibido en la medida en que posibilita una solución uniforme a las pretensiones de responsabilidad civil empresarial al margen del orden jurisdiccional que conozca de la reclamación y en tanto se resuelva definitivamente este problema procesal. Una solución que, además, resulta la más razonable y coherente con la función y el papel que, por el momento, cumplen en nuestro ordenamiento las prestaciones de la Seguridad Social por accidente de trabajo. En los términos en los que se formula en la sentencia de 8 de octubre de 2001, la responsabilidad civil empresarial aparece correctamente configurada como una responsabilidad fundada en la culpa que complementa a la responsabilidad fundada en el riesgo cubierta a través del sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, la ilusión ha durado bien poco. Por un lado, no puede dejar de recordarse que el motivo del recurso de casación es el relativo a la competencia de modo que las afirmaciones que la sentencia recoge en relación con el criterio de imputación y con la compatibilidad de indemnizaciones se presentan como mero *obiter dicta* sin trascendencia en el fallo de la sentencia. Sin duda, esta circunstancia resta valor a la innovación que estas afirmaciones suponen. Pero lo que acaba por anular las esperanzas que este pronunciamiento permitía fundar han sido algunas sentencias posteriores en las que la Sala 1.^a vuelve, de forma explícita o implícita, a sus anteriores posiciones. De esta forma, se continúa declarando el carácter extracontractual de la responsabilidad empresarial aunque el accidente derive del incumplimiento del deber de seguridad y prevención²⁶, se presta escasa atención al criterio de

²⁵ No obstante, para el recargo téngase en cuenta lo dicho en la STS (4.^a) de 2.10.2000, citada en la nota número 21.

²⁶ La STS (1.^a) de 21.2.2002 (RJ 2894) confirma la existencia de responsabilidad extracontractual en un supuesto en el que se alegaba el incumplimiento de la Ordenanza de Seguridad e Higiene y la infracción del deber objetivo de cuidado.

imputación de responsabilidad²⁷ y, desde luego, no se valoran ni se toman en cuenta otras fórmulas de reparación del daño que hayan podido favorecer al trabajador.

En definitiva, las incertidumbres en torno al régimen de la responsabilidad civil adicional por accidente de trabajo, lejos de resolverse, se incrementan. No se trata únicamente de que el orden civil y el social ofrezcan distintas soluciones para un mismo problema. La diversidad de criterios alcanza a la propia Sala 1.^o, donde se advierte la existencia de dos líneas interpretativas que difieren en los criterios de distribución competencial y en la articulación de las diversas responsabilidades. Que en cada caso se imponga una u otra interpretación es una cuestión que a la postre parece depender exclusivamente de la composición de la Sala. Quien sale perdiendo, como en tantas otras ocasiones, es la seguridad jurídica.

²⁷ Las sentencias posteriores a la de 8 de octubre de 2001 se limitan a mencionar la existencia de una conducta culposa del empresario sin mayores exigencias. Así, SSTS de 23.1.2002 (RJ 23), 21.2.2002 (RJ 2894), 17.4.2002 (RJ 3294) y 25.4.2002 (RJ 4033).

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, María Carmen CRESPO MORA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, María Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Encarna SERNA MEROÑO**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho Mercantil*. III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Para que se produzca la renuncia de derechos, ha de ser expresa o deducida inequívocamente de actos o hechos, sabiendo lo que se renuncia y una vez haya surgido el derecho.—No se trata por tanto de una renuncia decididamente convenida, específica y concretada al derecho de retracto de forma precisa, clara y terminante. El examen de la validez y eficacia de la que nos ocupa remite a la aplicación de la normativa legal arrendaticia a la genérica del artículo 6.2 CC, en cuanto actúa como delimitador del alcance de la renuncia de derechos y que ha motivado la doctrina constante de esta Sala de Casación civil que exige, para su eficacia jurídica, que ha de ser expresa y contundente, con manifestación indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, o deducida de actos o hechos de los que se deduzca inequívocamente y sin ambigüedad alguna (SS de 5 de marzo, 3 de junio, 28 y 31 de octubre y 5 de diciembre de 1991, 14 de febrero de 1992, 31 de octubre de 1996 y 19 de diciembre de 1997). Estas circunstancias no se dan en el caso de autos, ya que aquí se trata de renuncia genérica y amplia, que no cabe

sea admitida, pues su propia naturaleza impone otorgarla sabiendo lo que se renuncia y una vez el derecho haya surgido.

Sólo se pueden renunciar los derechos que se han incorporado al patrimonio del renunciante.—Al actuar la renuncia como dejación del derecho sobre el que se proyecta, resulta necesario que el derecho se hubiera incorporado al patrimonio del renunciante, en este caso al arrendatario, respecto al cual el retracto actúa como un derecho expectante, ya que su realización está supeditada a que se den las condiciones legales que posibilitan su ejercicio, es decir, la transmisión del objeto de arriendo a un tercero —cambio de titularidad dominical y persona arrendadora— y es entonces cuando la renuncia sí resulta efectiva, al haber nacido el derecho, que queda así a la disponibilidad del arrendatario y de este modo no puede renunciar anticipadamente a un beneficio no surgido al tiempo de celebrarse el contrato (SS de 14 de noviembre de 1952 y 6 de mayo de 1955). (**STS de 11 de octubre de 2001; no ha lugar.**)

HECHOS.—En el contrato de arrendamiento de local de negocio celebrado el 12 de abril de 1967, se contenía una cláusula en la que se expresaba que el arrendatario hacía «renuncia expresa a los derechos que la citada Ley concede, excepción hecha de la prórroga forzosa». Ejercitada años después acción de retracto por el arrendatario, el arrendador demandado opuso que el demandante había renunciado a la acción de retracto al celebrar el contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial y el TS declararon haber lugar al retracto, al carecer de validez la renuncia genérica efectuada por el arrendatario. (*L. F. R. S.*)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Se considera intromisión ilegítima la grabación de unas conversaciones telefónicas sin que conste el consentimiento de las personas concernidas.—En el caso que enjuiciamos la veracidad y autenticidad de las «cintas» grabadas que recogían conversaciones telefónicas del recurrente, entregadas por una persona no identificada a responsables de la revista *El Triangle*, no fue verificada, sencillamente, porque no se pusieron a disposición del Juzgado. Aun en el supuesto —no probado— de la veracidad de las conversaciones, faltaba para su reproducción el consentimiento del interesado, con lo que la ilicitud de la conducta de la publicación de las mismas quedaría, asimismo de manifiesto. No sirve de excusa a la publicación la notoriedad pública de la persona perjudicada; ni siquiera el interés general que había despertado el asunto de recalificación inmobiliaria, adquieren la suficiente relevancia para poner en peligro principios prohibitivos ínsitos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (art. 7) y que obligan a considerar «intromisión ilegítima» la grabación de conversaciones telefónicas sin que conste el consentimiento de las personas concernidas y, particularmente, su empleo o utilización (para su divulgación) por terceras personas ajenas a los referidos interlocutores. Lo contrario supondría potenciar un régimen de tolerancia (cuya práctica empieza a resultar habitual) en favor de interesados (profesionales o no) en la persecución de personas que por su posición insti-

tucional o profesional realicen actividades de importancia social para obtener mediante artilugios de escucha la información que ellos juzguen relevante, entregada luego, sin precio o con él, a terceros interesados en su divulgación al margen de la licitud del medio empleado. (**STS de 13 de noviembre de 2001; ha lugar.**)

HECHOS.—Dando lugar a la casación, el TS admitió el recurso y consideró intromisión ilegítima la grabación de unas conversaciones telefónicas sin que conste el consentimiento de las personas concernidas, sin que sirviera de excusa la notoriedad pública de la persona perjudicada, ni el interés general que había despertado el asunto de recalificación inmobiliaria sobre el que versaba la conversación. (*L. F. R. S.*)

3. No hay falta de veracidad en la calificación de una persona como antiguo gestor de urbanismo cuando realizaba actividades muy relacionadas con ello.—Hay que proclamar que el reproche de inveracidad que se hace en el motivo no alcanza a lo que se afirma en las declaraciones como hiriente o vejatorio para el recurrente, sino a la actuación previa del mismo al que se califica de gestor de urbanismo en La Granja, no siendo cierto que ostentara tal cargo, pero sí que hay que añadir que realizó actividades muy relacionadas con ello.

Preponderancia de la libertad de expresión cuando la inveracidad es relativa y es evidente el interés de la información para tercero.—El derecho del demandado a expresar sus opiniones resulta obvio en su condición de alcalde, la trascendencia del tema debatido, la intensidad con que había sido atacado por algún sector, todo ello amparaba la actuación del demandado en sus declaraciones a un medio de comunicación social. La inveracidad es relativa y el interés de la información para tercero evidente, por lo que el recurso no puede prosperar.

El carácter molesto o hiriente de una información no constituye por sí solo un límite al derecho a la información.—El carácter molesto o hiriente de una información no constituye por sí solo un límite al derecho a la información, debiendo ser proporcionado a la trascendencia de la información prestada, pero existiendo circunstancias que modelen dicha obligación, como el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades de contrastarla, etc., como se recoge en la S 240/1992, de 21 de diciembre, del TC. (**STS de 14 de noviembre de 2001; no ha lugar.**)

HECHOS.—El alcalde de La Granja de San Ildefonso realizó unas declaraciones a un diario, en las que decía que el anterior gestor de urbanismo J. M. estaba sembrando la duda y el desconcierto entre la población, añadiendo que este señor fue el encargado de redactar los tres planes especiales del Municipio, «que le costaron al Ayuntamiento veintitrés millones de pesetas y de los que no fue posible aprobar ni una página». El aludido don J. M. interpuso demanda contra el alcalde declarante, sobre protección civil del derecho al honor según procedimiento previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, para que se declarase que se había producido intromisión ilegítima en su derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provin-

cial y el TS desestimaron la demanda, declarando que el demandado había ejercido su derecho a la libertad de expresión y que, aunque no era cierto que el demandante hubiera sido gestor de urbanismo, sus funciones no estaban tan alejadas de tal atribución. (L. F. R. S.)

4. No están protegidas constitucionalmente como libertad de expresión los insultos que carecen de relación con la información que se comunica.—El principal intérprete del Texto Fundamental ha recogido al respecto que la utilización de expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas dictadas no con ánimo en la función informativa, sino vejatorio o de enemistad pura y simple quedan a extramuros de la protección constitucional porque se trata de expresiones que carecen de relación alguna con la información que se comunica—SSTC 105/1990, de 6 de julio, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 214/1995, de 11 de noviembre, 85/1992, de 8 de junio y 240/1992, de 21 de diciembre, etc. También esta Sala ha señalado al respecto, de 30 de diciembre de 2000, que el derecho a la libertad de expresión que comporta el derecho a la crítica no legitima insultos de determinada entidad o actos vejatorios. (STS de 29 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos inspectores de enseñanza interpusieron demanda de protección civil del derecho al honor contra el Presidente de la Federación de padres de alumnos, que también era miembro del Consejo escolar valenciano y del Consejo escolar del Estado. En una carta publicada en un periódico, el demandado había calificado a uno de los demandantes «reptil de los pantanos»; calificó a los dos demandantes de «incompetencias chulescas» y de «prepotentes posturas de algunos antidemocráticos y dictadores inspectores educativos»; y afirmó de uno de los demandantes: «no es ético amenazar a los centros para conseguir unos fines no muy claros». El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando el derecho de los demandantes a que se pusiera fin a la intromisión ilegítima ocasionada contra su honor, condenando al demandado a publicar a su costa la sentencia en el mismo periódico a través del cual se produjo la lesión, y a abonar a cada uno de los demandantes en concepto de indemnización la cantidad de dos millones de pesetas por el daño moral provocado. Interpuestos por el demandado los recursos de apelación y casación, fueron desestimados. (L. F. R. S.)

5. Indemnización derivada de ataque a la vida privada: fotografía publicada en revista de actualidad: estimación de recurso de amparo por TC: cuantificación del daño por la jurisdicción civil.—El artículo 5.1 LOPJ proclama que los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes según interpretación que en sus resoluciones realice el TC sobre derechos y principios constitucionales; por ello, esta Sala debe proclamar, por imperativo legal que las fotografías aparecidas en una revista gráfica de amplia difusión suponen un ataque a la intimidad del demandante. La cuantía deberá fijarse en ejecución de sentencia con arreglo a los criterios indemnizatorios seguidos con anterioridad

por esta Sala. (Sentencia dictada por la Sala General del TS de 5 de noviembre de 2001.)

NOTA.—Sentencia singular (Pte.: Sierra Gil de la Sierra), dictada en aplicación de sentencia estimatoria de TC sobre recurso de amparo, por la denominada Sala General compuesta por diez Magistrados de la Sala 1.ª. Se presentó en su día juicio incidental de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, sobre declaración de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, con número 230/90, siendo estimada la demanda por sentencia de 22 enero de 1992. Recurrida en alzada, la sentencia de 12 julio de 1993 de la Audiencia Provincial de Madrid, la confirmó. Pero la Sala 1.ª del TS, en sentencia de 21 de octubre de 1997, estimó el recurso y absolvío a la empresa demandada. El TC otorgó el amparo y anuló la sentencia del TS, en cuya ejecución se dicta la ahora extractada. Además hay también un voto particular del Magistrado Sr. Marín Castán, aceptando los FD 1.º y 4.º, así como el fallo, pero discrepando de los FD 2.º y 3.º. Precisamente radica en ellos otro aspecto de la singularidad de esta sentencia al constituir otro episodio más del conocido enfrentamiento entre la Sala 1.ª del TS y el TC sobre supuestas intromisiones de este último en las atribuciones del primero. Se traen a colación en la sentencia extractada gran número de resoluciones judiciales de diversos órdenes jurisdiccionales para argumentar que la indemnización de 25.000 pesetas por ataque a la vida privada resulta adecuada en el caso contemplado. Con tal motivo se emiten juicios valorativos de inusitada dureza. (G. G. C.)

6. Doctrina legal sobre el examen de la persona denunciada como incapaz.—Se ha establecido una doctrina consolidada respecto a los siguientes extremos: *a)* El artículo 208 CC (actualmente derogado por la LEC 1/2000, de 7 de enero, pero cuyo contenido ha sido sustancialmente incorporado al art. 759 de la misma) tenía su antecedente histórico en el artículo 216 de dicho Código, el cual, en su redacción anterior a la reforma operada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, imponía a los Tribunales, sin distinción, la precisión de examinar por sí mismos al denunciado como incapaz, antes de declarar su incapacidad. *b)* Este elemento interpretativo ha de entenderse reforzado por el hecho de que el precepto tenía alcance constitucional, pues al referirse a litigios en que se impugnaba la presunción legal de capacidad de obrar que a todas las personas mayores de edad reconoce el artículo 322 CC, afectaba al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad, proclamado por el artículo 10 CE. *c)* En consecuencia, el examen o inspección personal del demandado constituye, de una parte, un valioso dato probatorio y, sobre todo, una garantía en prevención de abusos y maquinaciones, y, en otro aspecto, una importante ayuda al pronunciamiento de meditadas decisiones constitutivas en una materia que no se halla estrictamente reservada a la medicina o la psiquiatría, sino que presenta carácter multidisciplinar y ha de tener en cuenta criterios sociales carentes de rigorosa fijación. *d)* Por todo ello, puede afirmarse que la norma de que se trata recae sobre materia de orden público, cuya conculcación tendría que ser examinada incluso de oficio, como imponen los artículos 238 y 240 LOPJ.

Los Tribunales de apelación también tienen la obligación de examinar a la persona denunciada como incapaz si van a tomar una decisión distinta a la del Juez.—Como resume la S de 9 de junio de 1997, el examen personal del presunto incapaz constituye un ineludible deber de alcance constitucional que se aplica no sólo al Juez, sino, aun cuando literalmente no lo diga el artículo 208 CC, al Tribunal que declara el estado civil de incapacitación, el cual puede formar una opinión distinta a la del Juez, pero no sin haber examinado al demandado si considera que debe declarar su incapacidad o, como en el presente caso sucede, si entiende que ha de incrementar la gradación de la misma, convirtiendo en total la que el Juzgador de primera instancia había considerado únicamente parcial. (STS de 15 de octubre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El Ministerio Fiscal formuló demanda solicitando se declarase incapacitada a una señora, se le nombrase tutor y mandase inscribir la sentencia al margen de la inscripción de nacimiento de la demandada. Se opuso la demandada y se le nombró un defensor judicial. El Juez de Primera Instancia declaró la incapacitación parcial de la demandada, limitando económicamente la cuantía de los negocios que podía realizar por sí sola, nombró tutor y acordó inscribir su resolución en el Registro Civil, una vez alcanzase firmeza. Apelada la sentencia por el defensor judicial, la Audiencia Provincial, sin examinar nuevamente a la demandada, admitió el recurso y declaró la incapacitación total, diferiendo el nombramiento de tutor a la fase de ejecución de sentencia. Interpuesto recurso de casación por la demandada, el TS lo admitió, ordenando la reposición de las actuaciones al estado y momento anterior al pronunciamiento de la sentencia por la Audiencia Provincial, para que se practicase el examen personal de la demandada. (L. F. R. S.)

7. Estipulación a favor de tercero. Relaciones entre promitente y tercero.—El tercero en cuyo provecho se realiza la estipulación no contrae obligación alguna frente al promitente. Este último queda obligado a cumplir la prestación prometida sin que pueda exigirle al tercero la realización de prestaciones a su favor. A este respecto, las relaciones entre el tercero y el estipulante le son ajenas.

Levantamiento del velo.—Cuando una persona jurídica es constituida en condiciones que demuestran la carencia de una voluntad social independiente, se ha de considerar a tal persona jurídica como una creación artificial respecto de la que no se puede proclamar su hermetismo y aislamiento frente a las personas físicas o jurídicas que la constituyen. No es razonable el mantenimiento a ultranza de la personalidad jurídica aislada cuando tal personalidad busca el perjuicio de tercero a través de la elusión de la responsabilidad contraída por los fundadores de la misma.

Complementación o integración del *factum*.—Reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 2 de junio de 1981, 17 de marzo de 1987, 3 de febrero de 1992 y 17 de febrero y 22 de noviembre de 1997) reconoce la competencia del TS para complementar o integrar el *factum*, lo que supone que puede tener en cuenta otros hechos probados que no se hayan discutido en autos ni hayan sido valorados por el tribunal de instancia. (STS de 12 de noviembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—En 1989 la *Sociedad Anónima Turística Comercial Inmobiliaria (SATCI)* celebra contrato con *CEPIGSA*, pactando una estipulación a favor de una tercera entidad (*TECNEC, S. A.*), por la cual *SATCI* queda obligada a satisfacer los servicios prestados por esta última. De forma paralela, en 1990 se constituye la entidad *SEGLE, S. L.* en la cual participa en un setenta por ciento *SATCI*. El representante de dicha entidad (que resulta ser también administrador de *SATCI* y propietario, junto con su esposa y un testaferro, de dicha entidad), es el titular del restante treinta por ciento de las participaciones de *SEGLE, S. L.* Ese mismo año, *SATCI*, que tenía a su favor una promesa de venta de un determinado inmueble, designa como compradora del mismo a *SEGLE, S. L.* Con ello, *SATCI* queda sin activos en su patrimonio sobre los cuales pudieran satisfacer *CEPIGSA* y *TECNEC, S. A.* sus derechos de crédito frente a ella.

Posteriormente, *CEPIGSA* y *TECNEC, S. A.* interponen demanda de reclamación de cantidad frente a *SATCI* y *SEGLE, S. L.*, solicitando, entre otros pedimentos, que se condene a los demandados a pagar solidaria e indistintamente las cantidades que indican en su demanda. La demanda es estimada parcialmente en primera instancia, siendo condenadas las demandadas de forma solidaria al pago de una parte de la cantidad solicitada. Frente a esta sentencia, interponen recurso de apelación tanto *SEGLE, S. L.*, como *CEPIGSA* y *TECNEC, S. A.* La Audiencia Provincial estima el primer recurso, absolviendo a *SEGLE, S. L.* —al estimar que no le unen vínculos jurídicos con *SATCI*—, y desestima el segundo. *CEPIGSA* y *TECNEC, S. A.* interponen recurso de casación, que es estimado por el TS. (A. M. M.)

8. Circunstancias en las que la interpretación de un contrato puede ser objeto de recurso de casación.—En cualquier caso la interpretación de la cláusula por la resolución recurrida no es ilegal, arbitraria o ilógica por lo que debe prevalecer el criterio hermenéutico adoptado en ejercicio de una función que corresponde a los Tribunales de instancia.

Exigencias para que se pueda aplicar la doctrina del levantamiento del velo.—La doctrina de que es legítima la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades y sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC) admitiéndose que los jueces puedan penetrar («levantar el velo») en el interior de esa persona cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás.

Inexistencia de causa justificativa para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.—La mera coincidencia de socios de dos sociedades no pueden suponer ni la confusión de las mismas, ni la estimación de existencia de abuso de derecho o de fraude, pues es preciso que se dé una base fáctica adecuada para entender que la diferente personalidad jurídica de las entidades se utiliza como apariencia con el fin de obtener un resultado jurídico contrario a derecho. Y en el caso no consta la configuración de la

diversidad jurídica con el propósito de burlar la restricción del concepto de tercero a efectos de la póliza de seguro de responsabilidad civil, por lo que es acertada la apreciación jurídica efectuada en la resolución recurrida.

No existe incongruencia en la sentencia apelada cuando ésta no resuelve una cuestión no analizada en la sentencia del juzgado y la parte demandada no formuló apelación adhesiva.—La omisión del examen de la cuestión debió suscitarse en la apelación por la parte demandada mediante apelación adhesiva, no sólo ya porque se silenciaba un planteamiento con singular relevancia para su posición jurídica en el caso de que la sentencia de apelación dejara sin efecto las otras razones tomadas en cuenta en la recurrida, sino porque además en este supuesto el juzgador *ad quem* quedaba vinculado al examen del tema al ampliarse el ámbito devolutivo de la apelación. Por consiguiente no cabe apreciar incongruencia omisiva o *ex silentio* ya que la resolución recurrida examinó todas las cuestiones que le fueron suscitadas (*tantum devolutum quantum appellatum*), sin que quepa imaginar la existencia de indefensión para la parte al serle imputable la omisión. Además ni siquiera consta que el tema se haya planteado en la vista de la apelación por lo que tampoco podría ser traído *per saltum* a la casación.

Se produce incongruencia interna cuando existe discordancia entre la cantidad declarada procedente en la fundamentación jurídica y la acogida en el fallo.—El motivo debe ser acogido porque, aunque el tema pudo haber sido suscitado mediante el denominado recurso de aclaración (así STC, Sala 1.^a, 140/2001, de 18 de junio), en cualquier caso constituye un caso claro de incongruencia interna que debe ser objeto de la correspondiente rectificación.

El devengo de intereses por no pagar el asegurador la cantidad fijada como reparación por el daño causado se computa desde que desaparece la causa que justifica el impago.—La oposición al pago por parte de la entidad aseguradora se podía estimar razonable hasta la fecha de la sentencia de apelación de la Audiencia, a partir de ésta no se aprecia causa justificada para no realizar el abono de la indemnización, porque si bien la mencionada resolución incurrió en un error en la fijación del *quantum* al recoger en la parte dispositiva una suma superior a la acordada en la fundamentación jurídica, la rectificación del *lapsus calami* pudo haberse obtenido mediante el recurso de aclaración, o al menos intentarlo, lo que habría justificado en caso de denegación la formulación de este recurso de casación. (STS de 25 de octubre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La entidad mercantil actora formuló demanda de reclamación de cantidad contra la entidad aseguradora con base en la existencia de una póliza de seguros de responsabilidad civil por daños a terceros que aseguraba los que pudiera causar una máquina retroexcavadora perteneciente a la empresa actora. Producido un accidente con la mencionada máquina y habiendo causado daños tanto al Ayuntamiento de Castellví de Rosanes (Barcelona) como a otra entidad mercantil se solicita el correspondiente pago de los daños producidos a los dos perjudicados. La compañía aseguradora se negó a pagar los daños sufridos a la entidad mercantil al alegar que éstos no tenían la consideración de terceros, dada la identidad esencial que existe entre los socios accionistas de la parte actora y los perjudicados. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la reclamación y condenó a la compañía aseguradora a pagar los daños sufridos por el Ayunta-

miento pero desestimó el pago de los daños sufridos por la entidad mercantil por entender que carecía de la consideración de terceros, sin hacer expresa declaración de condena en costas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la sentencia en el sentido de condenar a la empresa aseguradora al pago de los daños sufridos a los dos perjudicados aunque en una cantidad menor que la solicitada por la parte demandante, sin hacer pronunciamiento sobre las costas en ninguna instancia. La entidad aseguradora interpuso recurso de casación, el TS admitió el recurso sólo en parte, ya que anuló parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de condenar a la demandada en una cantidad menor a la solicitada en la demanda inicial y redujo el pago de los intereses a satisfacer que debían computarse no desde la fecha del siniestro sino desde la fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial; no hubo pronunciamiento de las costas en ninguna de las instancias. (E. S. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Poder de representación. Requisitos de validez de la autocontratación.—El negocio jurídico del representante consigo mismo o autocontratación es admitido en principio como válido por la jurisprudencia del TS (entre otras, las SSTS de 5 de noviembre de 1956, 14 y 27 de octubre de 1966, 15 de marzo de 1996, 28 de marzo de 2000, 12 de junio y 19 de febrero de 2001), y por las Resoluciones de la DGRN (destacan entre otras, las RDGRN de 26 de septiembre de 1951, 11 y 14 de mayo y 2 de diciembre de 1998). Tan sólo se cuestiona la validez de la autocontratación cuando existe un conflicto de intereses entre las partes. Este conflicto no es posible en el caso de otorgarse una previa licencia para su realización, o cuando se lleve a cabo un posterior asentimiento o ratificación por parte del interesado. En este sentido, el TS afirma que el autocontrato será siempre válido cuando se autorice expresamente en un poder de representación. Este poder necesariamente tendrá que constar en documento público como requisito de validez del mismo (art. 1280.5.º CC).

Simulación: clases.—El TS manifiesta que ni la simulación absoluta, que supone la inexistencia de la causa del negocio jurídico, ni la simulación relativa, que implica que dicha causa es distinta a la declarada por acuerdo entre las partes, pueden ser apreciadas en un contrato de compraventa que reúna los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC. (STS de 29 de noviembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—En virtud de poder de representación que consta en escritura pública, doña J. F. V. vende dos fincas en representación de don A. F. S., al hijo de ambos don J. B. G. y a ella misma. Don A. F. S. formula demanda contra doña J. F. V. y don J. B. V. solicitando la declaración de nulidad por simulación de la venta de las fincas.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando la demanda, considerando válida la compraventa. Formulado recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la anterior sentencia y estima la demanda declarando la nulidad del contrato.

El TS estima el recurso de casación, confirmando al efecto lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia. (S. E. M.)

10. Ilicitud de la causa. Nulidad del contrato.—La ilicitud de la causa produce directamente la nulidad del contrato, lo cual puede ser apreciado de oficio. No cabe, pues, aplicar lo dispuesto por el artículo 1302 CC, dado que tal artículo no juega en los supuestos de nulidad radical o absoluta (art. 1275 CC), sino en los de anulabilidad.

Teoría de los actos propios. Contenido.—Conforme a un antiguo brocardo de Ulpiano (*contra actuum proprio non venire ex post, o venire contra proprium factum nulli concedetur*), los actos inequívocos que crean o modifican una determinada relación jurídica o una situación precedente de la que se produjeran efectos no pueden ser desconocidos posteriormente en perjuicio de otros sujetos. El autor de dichos actos queda, pues, vinculado por ellos.

Teoría de los actos propios. Aplicación en caso de nulidad radical.—El TS establece que la teoría de los actos propios no puede prevalecer frente a un supuesto de nulidad absoluta por causa ilícita. El contrato nulo radical no puede ser confirmado ni convalidado —*quod nullum est nunquam producit effectum et no nacimiento potest tractu temporis convalescere*—, principio que no puede ser eludido por una determinada conducta de las partes. Sí puede prevalecer, no obstante, en relación a un supuesto de anulabilidad (art. 1302 CC para el caso de dolo o error). (STS de 20 de noviembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—En 1981 doña M. D. G. cedió a su hermano y a la mujer de éste el uso y disfrute de una vivienda de la cual era propietaria, a fin de que la empleasen como domicilio. Dada la precaria situación en que se encontraban los cesionarios, no exigió ni renta ni merced por el uso de la mencionada vivienda. En 1985, antes de contraer matrimonio, doña M. D. G. simuló con su hermano una compraventa de la vivienda, a través de escritura, con el objetivo de eludir la aplicación del artículo 43 de la Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya de 30 de julio de 1959 (que hubiera sido de aplicación por ser ésta la vecindad civil de su futuro esposo), así como de garantizar el uso y disfrute de su hermano y su cuñada sobre la citada vivienda. Cuatro años después, doña M. D. G. y su esposo modificaron su régimen económico matrimonial, que pasó a ser el de separación de bienes. Posteriormente, solicitó a su hermano que suscribiera un documento en el que la reconociera como propietaria de la vivienda. Sin embargo, los cesionarios no sólo se negaron, sino que, además, procedieron a inscribir la vivienda en el Registro de la Propiedad a su nombre.

Ante estos hechos, interpuso demanda doña M. D. G. frente a su hermano y su cuñada solicitando la declaración de nulidad e inexistencia de la escritura de compraventa, junto con la cancelación de la inscripción registral, todo ello por tratarse de un negocio simulado con causa ilícita. La demanda fue estimada en primera instancia, al considerarse nula la compraventa por falta de causa. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda, pues consideró aplicable

la teoría de los actos propios. La demandante recurrió tal sentencia en casación y el TS declaró haber lugar al recurso.

NOTA.—La DD de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil foral del País Vasco ha derogado la Ley de 30 de julio de 1959 sobre Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya. El Fuero civil de Vizcaya aparece regulado actualmente en el Libro Primero de la citada Ley 3/1992. Igualmente, las previsiones sobre comunicación foral de bienes por razón del matrimonio del antiguo artículo 43 se recogen en el artículo 95. (A. M. M.)

11. Interpretación de un contrato de permuta de solar por edificación. La sentencia absolutoria o totalmente desestimatoria de la demanda no puede ser tachada de incongruente, salvo que el fallo se base en una excepción no alegada por el demandado y no apreciable de oficio, o salvo en caso de alteración del soporte fáctico de la cuestión debatida.—Desestimada la demanda en ambas instancias, es aplicable al caso la reiterada doctrina de la Sala, que por conocida exime de la cita pormenorizada de las resoluciones en que se manifiesta, según la cual la sentencia absolutoria o totalmente desestimatoria de la demanda no puede ser tachada de incongruente, a no ser que dicha desestimación o absolución se haya basado en una excepción no alegada por el demandado y no apreciable de oficio o que, para hacer al referido pronunciamiento absolutorio, se haya alterado el soporte fáctico (*causa petendi*) de la cuestión debatida, excepciones al principio general de congruencia de las sentencias absolutorias que no se dan en el presente caso.

Es contrario a la lógica que en un contrato de permuta de solar por edificación se fijen los linderos y superficie del terreno cedido en función de los que resulte tener la edificación posterior.—Argumentación de difícil comprensión y contrario a las más elementales reglas de la lógica el que en un contrato de esta clase la prestación de la parte propietaria de los terrenos que se ceden se describa fijando los linderos y superficies que van a resultar de la edificación según los planes urbanísticos y no según sus linderos y superficie, elementos esenciales para la identificación del terreno objeto de permuta.

Una prueba testifical, además de no poder revisarse en casación al amparo de las normas hermenéuticas, no puede considerarse como un hecho posterior al contrato que opere como criterio de interpretación del mismo.—Asimismo procede desestimar el motivo cuarto en que se denuncia infracción del artículo 1282 CC; en primer lugar ha de señalarse que una prueba testifical no puede entenderse constituya un hecho posterior o coetáneo que pueda servir como medio de interpretación contractual; en segundo lugar que al amparo de las normas reguladoras de la hermenéutica contractual no puede procederse a una revisión de la valoración de la prueba testifical, ni de ninguna otra, como se pretende a lo largo del motivo. Finalmente, los actos de la promotora posteriores a la celebración del contrato privado, tenidos en cuenta por la Sala de instancia en su labor interpretativa del contrato, como son el otorgamiento de escritura pública en que las fincas cedidas en el primitivo contrato figuran en el documento notarial con la misma extensión y linderos que en el privado y la solicitud de licencia de obras, abonan la corrección de los resultados a que llega el tribunal de apelación en su labor hermenéutica que, en modo alguno, pueden ser calificados de ilógicos o contrarios a las normas rectoras de esa función judicial.

La regla interpretativa establecida por el artículo 1288 CC es subsidiaria, puesto que sólo entra en juego cuando al aplicar los distintos criterios hermenéuticos no se llega a un único resultado en la interpretación.—En el motivo quinto se alega infracción del artículo 1288 CC. Dice la S de esta Sala de 27 de septiembre de 1996 que «el artículo 1288 CC no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando una vez utilizados los criterios legales y, por supuesto y primordialmente las reglas de la lógica, no esívoco el resultado obtenido sino que origina varios en análogo grado de credibilidad». En el presente caso, la utilización de los criterios interpretativos legales usados por el tribunal *a quo* han conducido a la fijación indubitable del objeto contractual, sin que se dé situación de equivocidad que obligue a acudir a la norma del artículo 1288 del CC; en consecuencia, se desestima el motivo.

Para que un principio general del derecho constituya motivo de casación es precisa la cita de la ley o jurisprudencia en que tal principio se reconoce.—Dice la S de 12 de junio de 1980 que «es doctrina constante de esta Sala, que para fundamentar un motivo de casación en la infracción de un principio general del derecho, ha de estar reconocido como tales en la ley o en la jurisprudencia, que debe ser citada expresamente, como ineludible exigencia para que pueda ser tenido en cuenta» y en el mismo sentido, la S de 1 de diciembre de 1989 afirma que «según doctrina de esta Sala que se enuncia en S de 10 de diciembre de 1894, para que la infracción de los principios generales del derecho puedan dar lugar a un recurso de casación preciso se hace la cita de la Ley o sentencias que lo establecen»; cita de que adolece el motivo y que es bastante para su desestimación.

La valoración de la prueba puede efectuarse en su conjunto o bien atribuyendo a cada uno de los medios de prueba establecidos en la LEC un determinado valor, sin que el tribunal de segunda instancia esté vinculado por el resultado a que en su apreciación llegue el de primera instancia.—Como dice la citada S de 1989 ante un motivo de idéntico contenido al que ahora se examina, «como en principio cabe declarar que Jueces y Tribunales pueden hacer valoraciones o apreciaciones probatorias bien en razón al conjunto de las pruebas prácticas (*sic*) o bien de cada uno de los medios establecidos en la Ley Procesal dando en su caso el valor que a cada una corresponde, pudiendo de contradecirlo acudirse en casación por el cauce del número quinto del artículo 1692 LEC sin que los tribunales de segunda instancia queden obligados por el resultado a que llegue el de primera tanto sea por apreciación conjunta o por separado, sin que dicho resultado haya de calificarse de arbitrario, ilógico o injusto, para poder ser revisado, y como por tanto no se ha infringido por la Sala precepto alguno, ni principio que pueda considerarse como tal principio de derecho, el motivo ha de ser desestimado», suerte que, como se dijo, ha de correr el presente.

No es impugnable en casación la valoración de la prueba efectuada por el juzgador de instancia.—Dice la S de esta Sala de 25 de enero de 2000, con abundante cita de sentencias precedentes, que la valoración de la prueba testifical es discrecional para el juzgador y no impugnable en casación, habida cuenta que, tanto el artículo 659, como el artículo 1258 CC, no contienen reglas de valoración de la prueba y tan sólo suponen normas de carácter admonitorio, por lo que no resulta susceptible de ser impugnada tal valoración en vía casacional, porque se aprecian por las reglas de la sana crítica y el buen sentido. (STS de 8 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La propietaria de unos determinados terrenos celebró un contrato privado de permuta de solar por edificación con una empresa constructora en cuyos derechos se suscribió otra entidad del gremio. Esta última demanda, con base en dicho contrato, la entrega de unas determinadas superficies que considera incluidas en el objeto del mismo y, subsidiariamente, para el caso de ser imposible dicha entrega, que se constituya a su favor y al de los futuros adquirentes de los pisos a construir, un derecho de servidumbre sobre los terrenos en cuestión, a lo que se agregó la solicitud de una cantidad en concepto de daños y perjuicios. Tanto ambas sentencias de instancia, como el TS en la casación, desestiman íntegramente los pedimentos de la parte actora, por considerar que el objeto de la permuta se reducía exclusivamente a lo ya entregado. (M. C. B.)

12. Circunstancias en las que la interpretación de un contrato puede ser objeto de recurso de casación.—La interpretación de los contratos es función privativa del juzgador de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer en casación, salvo que se demuestre que es ilógico o absurdo (SSTS de 6 y 24 de junio de 1997), cuyos supuestos de exclusión no concurren en este caso.

Valoración de la prueba pericial.—No existe justificación alguna para tachar el informe pericial de ilógico, no razonado o contradictorio, y habida cuenta de que fue practicado en la forma exigida legalmente, el tribunal de instancia tenía soberanía para valorarlo según las reglas de la sana crítica, sin que la vía casacional pueda someterse a revisión el criterio adoptado por dicho órgano jurisdiccional.

Interpretación del artículo 1258 CC.—La sentencia recurrida mediante la acertada utilización del artículo recurrido ha efectuado una llamada a la lógica exigible en el comportamiento humano y extiende la responsabilidad contractual no sólo al texto literal de lo convenido, sino también a sus derivaciones, con una labor interpretativa del contrato, acorde, por lo demás, con las conclusiones del dictamen pericial cuya posición es aceptada por esta Sala.

No existe infracción del principio de tutela judicial efectiva.—La sentencia de instancia contiene una fundamentación por remisión, que no deja de ser motivación, ni de satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva, lo que sucede cuando el juzgador *a quem* asume en su integridad los argumentos empleados en la sentencia apelada, sin incorporar razones jurídicas nuevas a las ya utilizadas por ésta, lo que está admitido por la doctrina jurisprudencial (por todas, STS de 5 de noviembre de 1992).

La carga de la prueba de la existencia de la obligación que se reclama. Aplicación del artículo 1214 CC.—El ordenamiento ofrece al juez un instrumento lógico para indicarle, en los casos de incertidumbre, si la sentencia ha de ser condenatoria o absolutoria, que es lo que, en la ciencia del derecho se denomina «regla de juicio», y que, en el proceso civil, se encuentra en el citado artículo 1214 de modo que lo determinante para la aplicación de esta pauta legal es la presencia de la duda después de que se haya desarrollado, al menos, una mínima labor probatoria en el litigio, sin que, de otro lado, dicho mecanismo esté al alcance de las partes, que no impedirán su utilización en los supuestos de hecho incierto, ni tienen resortes para modificar su estructura y sentido, hasta el punto de que esta Sala, en SS, entre otras, de

19 de febrero y 18 de marzo de 1988 y 10 de noviembre de 1999, ha declarado que sólo se permite el recurso de casación por infracción del artículo 1214 cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla.

Exigencias en el cumplimiento de los contratos de arrendamiento de obra en la modalidad conocida como «llave en mano».—La inobservancia de sus prestaciones por quien tenía la obligación de entregar «llave en mano» una instalación con unas características específicas, se estima porque el contrato objeto del litigio consistía en un arrendamiento de obra, que supone la obligación de un resultado previsto por los contratantes, y la promotora de la acción reconvencional no sólo no terminó la obra en los plazos estipulados, sino que tampoco consiguió poner en marcha la instalación, ni obtener los niveles de producción pactados o los de pureza exigibles, por lo que nos encontramos ante un grado de incumplimiento total, que ha frustrado las expectativas económicas derivadas del contrato mismo, habida cuenta de que dicha litigante no actuó con una especialísima diligencia en la facilitación de su prestación, tanto por tratarse de una obligación de resultado, como por su carácter *intuitu personae*, de manera que procede traer a colación la doctrina sentada en la STS de 14 de julio de 1980, que es aplicable al supuesto de este litigio, según la cual el arrendamiento de obras descrito en el artículo 1544 CC es un contrato bilateral de obligaciones recíprocas, en el que el crédito del contratista no se dirige escuetamente a la prestación del pago del precio por parte del comitente, sino a una contraprestación, esto es, a la prestación del cobro del precio a cambio de su prestación de entrega de la obra ejecutada, por lo cual dicho comitente puede rehusar al pago del precio que se le reclame, tanto si el contratista no le ha hecho entrega o no pone la obra a su disposición (*exceptio non adimpleti contractus*), como si solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega (*exceptio non rite adimpleti contractus*), porque la característica de este contrato es que la obligación del empresario no se agota con la mera ejecución de la obra, sino en una realización que reúna las cualidades prometidas y que además no adolezca de vicios o defectos que adolezcan o disminuyan el valor o utilidad previstos en el contrato. (STS 20 de noviembre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La cuestión litigiosa que resolvió la presente sentencia giraba principalmente en torno a si había habido o no incumplimiento por la entidad mercantil demandada en el desarrollo de un contrato de obra de la modalidad conocida como «llave en mano» consistente en la fabricación de una planta recristalizadora de ácido oxálico. La entidad mercantil actora solicitó daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, así como indemnización por pérdida de mercado, deterioro de imagen, realización de activos financieros, posibles perjuicios a terceros, intereses legales y costas. Por su parte, la entidad mercantil demandada se opuso y reconvino para reclamar la parte del precio que restaba por abonar la demandante. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y condenó a la demandada a una cantidad menor de la solicitada sin condenar en costas y desestimó íntegramente la demanda reconvencional. Apelada la sentencia por la parte demandada, la Audiencia Provincial de Teruel estimó en parte el recurso en el sentido de acoger que la

condena a la demandada, en concreto la cantidad a pagar por los días de paralización de la planta se efectuará en ejecución de sentencia, así como estimar parcialmente la reconvención y condenar a la entidad mercantil actora a satisfacer una cantidad de dinero a la demandada. Ambas partes litigantes interpusieron sendos recursos de casación contra la sentencia de la Audiencia. El TS declaró no haber lugar al recurso casación interpuesto por la entidad demandada, con imposición a la recurrente de las costas causadas en dicho recurso y haber lugar al recurso de casación promovido por la entidad actora y ratificó en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en apelación y con respecto al recurso de casación promovido por la entidad actora, que cada parte satisfaga las suyas. (E. S. M.)

13. Legitimación activa para interponer tercería de dominio.—

Consta, en efecto, acreditado, según los términos en que ambas sentencias de instancia se pronuncian acerca de la cesión de bienes a favor de los acreedores, intermediada por la Comisión liquidadora, que la parte actora en cuanto acreedora de la sociedad cedente de los bienes está legitimada en virtud de un interés legítimo indudable que conviene a propio beneficio y, también, al beneficio de los demás acreedores, regidos, en principio, por la *par conditio creditorum*, para interponer la tercería de que este recurso trae causa, cuestión que resuelve, de suyo, por su carácter previo, la capacidad de la parte actora conforme a las reglas no discutida que establecen su capacidad tanto para ser parte, como procesal.

Efectos jurídicos de la cesión de bienes para el pago de deudas.—A propósito de la cuestión concreta que debe resolverse (tercería de dominio), se especula con la transmisión o no de la propiedad que se opera respecto de la Comisión liquidadora. No cabe duda que, desde el punto de vista del «convenio», operada la cesión con efectos liberatorios en la medida y en las condiciones acordadas, la entidad cedente queda «desapoderada» para enajenar los bienes cedidos sobre los que ha de disponer, tal como estaba previsto, la Comisión liquidadora para aplicar el precio al pago de los créditos.

Teorías sobre la configuración jurídica de la cesión de bienes para pago de deudas.—La doctrina ha acudido, en ocasiones, a la figura de la transmisión fiduciaria de la propiedad para explicar el fenómeno, y al concepto de irrevocabilidad de los poderes de administración y disposición que se entregan a la entidad cesionaria. Otros configuran la cesión como negocio jurídico que otorga a los acreedores una especial legitimación para realizar en su propio interés actos dispositivos sobre los bienes del deudor.

Problemas que suscita la propiedad nominal de los bienes en la cesión de bienes para pago de deudas.—En cualquier caso, se trate de una transmisión fiduciaria o de una especial legitimación para disponer, lo cierto es que los problemas de la propiedad nominal (a nombre de quien figuran externamente los bienes) pueden tener importancia en relación con terceros de buena fe, pero nunca entre los acreedores mismos que están sujetos por el pacto o convenio que los obliga: no pueden éstos, en su propio y exclusivo beneficio, fuera del convenio, aprovecharse de la subsistente propiedad nominal en perjuicio de lo acordado en el convenio en beneficio de todos, circunstancia que

especialmente concurre en el recurrente como abogado que fue de la entidad suspensa y activo participante, en su calidad de secretario, de la Comisión de seguimiento del convenio. Carece de fundamento que se atribuya unas facultades exclusivas de disposición sobre bienes que sabe sometidos al convenio y a las resultas de la *pars conductio creditorum* según los términos de lo acordado. (STS de 12 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba*, como integrante de la Comisión Liquidadora creada como consecuencia del Convenio suscrito entre la entidad mercantil codemandada y sus acreedores, promovió juicio sobre tercería de dominio y solicitó que se declarara que los bienes embargados no eran propiedad de la entidad mercantil codemandada, declarada en rebeldía, y que se levantara el embargo trabajado a instancia del codemandado, a la sazón abogado de la entidad codemandada durante la tramitación del Convenio donde se acordó la cesión de bienes a los acreedores para pago de sus créditos. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en todos sus extremos y condenó en costas a la parte demandada. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado e impuso las costas causadas en el recurso de apelación al apelante. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo con imposición al recurrente de las costas causadas en dicho recurso. (E. S. M.)

14. Cuestión de hecho en la apreciación de la resolución.—El cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, como causa de resolución, es una cuestión de hecho que compete exclusivamente al Juzgador de primera instancia.

Concepto de voluntad deliberadamente rebelde.—No es posible una interpretación rigorista del concepto identificándola con el impago doloso, y así lo establece la actual doctrina jurisprudencial. Se debe conceptualizar atendiendo al impago prolongado, duradero e injustificado que frustre el fin del contrato (STS de 10 de octubre de 1994). (STS de 26 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Se presenta demanda en el Juzgado de Primera Instancia por *Construcciones P.* contra *Salvadora P. P.* y don *Justo I. S.* suplicando que se declarase resuelto el contrato de compraventa de marzo de 1991 relativo al departamento o vivienda, condenando a los demandados a desalojar dicho departamento, dejándolo libre, condenando a los demandados a satisfacer solidariamente a su representada, en concepto de daños y perjuicios la cantidad equivalente a la renta mensual de una vivienda. Se estimó la demanda. Ante la Audiencia Provincial se presentó recurso de apelación, confirmándose la sentencia de primera instancia. El TS declaró no haber lugar.

NOTA.—La interpretación de la «voluntad deliberadamente rebelde» que realiza el TS se bifurca en tres líneas: la que defiende la máxima de la voluntad deliberadamente rebelde; la que intro-

duce una suavización del rigor de la misma en el análisis de la voluntad del incumplimiento; y la que se acerca a la objetivación del incumplimiento, con independencia de la voluntad, «encontrando las condiciones objetivas que justifican la resolución en el mero hecho del incumplimiento o en la frustración del fin del contrato» (Díez-Picazo, en Voz «Resolución», *Enciclopedia Jurídica Básica*). La sentencia anotada se enmarcaría en esta última línea de interpretación jurisprudencial. (P. S. S.)

15. Cláusula de contrato: «incumplimiento de cualquiera de las condiciones o plazos estipulados en esta autorización». Cláusula resolutoria expresa.—Para que esta cláusula exista y produzca el efecto resolutorio pretendido es preciso que se concrete expresamente, qué o cuáles obligaciones han de incumplirse. La indeterminación y generalidad de la cláusula que habla del «incumplimiento de cualquiera de las condiciones o plazos estipulados en esta autorización», priva a la misma del carácter automático de la resolución del negocio jurídico, una vez notificada la voluntad resolutoria a la otra parte, al no determinar las obligaciones concretas cuyo incumplimiento produce el efecto resolutorio. La citada estipulación no produce el efecto del pacto comisorio, por lo que se ha de estar a las normas generales sobre resolución de los contratos.

Derecho de superficie. Regulación legal.—El derecho de superficie no tiene una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico. El Código civil hace referencia expresa a él en el artículo 1655 CC, e implícita en el artículo 1611 CC. Según el artículo 1655 CC, el derecho de superficie por tiempo indefinido se rige por las normas del censo enfitéutico. También se refiere al derecho de superficie el artículo 16 RH y los artículos 171 a 174 del RD 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, vigente en la fecha de concesión de los derechos a terceros. El artículo 173 del citado RD señala las causas de la extinción del derecho de superficie. Por su parte, el mencionado artículo 16 RH declara no inscribibles las cláusulas que sujetan el derecho de superficie a comiso y por consiguiente, las que afectan el pago del canon si se acuerda el pacto comisorio. (STS de 10 de noviembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—En 1976, el «Coto Sobrado» fue declarado por la Junta Provincial de Montes en Mano Común como perteneciente en régimen de comunidad germánica a los vecinos de cuatro parroquias de un municipio de Orense. Un año antes, el Instituto Nacional de la Conservación de la Naturaleza (ICONA), había cedido una parte del monte (221 hectáreas) con destino a instalaciones deportivas y hoteleras y servicios complementarios de una estación de invierno por período de noventa y nueve años, a la entidad *Manzaneda Estación de Invierno, S. A.* (MEISA), debiendo satisfacer esta última, además de la construcción de las instalaciones citadas, un canon anual en los primeros quince días de cada año. Junto al cumplimiento del plazo, se señalaban distintas causas de caducidad de la concesión, como «el incumplimiento de cualquiera de las condiciones o plazos estipulados en esta autorización». De acuerdo con la concesión y con autorización de la propiedad del monte y de ICONA, la sociedad adjudicataria ena-

jénó a terceros la titularidad de distintos apartamentos construidos en uso de su derecho de superficie, aunque se estableció que una vez caducada la concesión por el transcurso de noventa y nueve años, todas las construcciones e instalaciones llevadas a cabo por la entidad concesionaria revertirán a favor de la propiedad del monte, sin que aquélla pueda obtener compensación alguna por su pérdida.

Antes de que transcurrieran veinticinco años de la autorización, la comunidad vecinal propietaria del monte interpuso demanda sobre resolución del contrato concesional fundándose en la cláusula relativa al «incumplimiento de cualquiera de las condiciones o plazos estipulados en esta autorización». La comunidad demandante solicitaba la entrega de las doscientas veintiuna hectáreas del citado Coto y para ello, dirigió acción exclusivamente contra *MEISA*. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, sin entrar a conocer el fondo del asunto, y estimó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber demandado también a aquellas personas que, con autorización de la propiedad y con arreglo a la concesión, habían adquirido apartamentos u otras construcciones llevadas a cabo por *MEISA* dentro de las doscientas veintiuna hectáreas. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formulado por la comunidad vecinal propietaria del monte. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto y anuló ambas resoluciones de instancia. (*M. C. C. M.*)

16. Presunción de fraude de acreedores.—Se ha de presumir celebrado en fraude de acreedores los negocios a título oneroso cuando se haya pronunciado sentencia condenatoria o expedido mandamiento de embargo de bienes. La certificación de descubierto tendrá la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial.

Apreciación del fraude de acreedores como cuestión de hecho.—La presencia del fraude, o la determinación de la insolvencia y la imposibilidad de satisfacción del crédito son cuestiones apreciables por el Tribunal de instancia (SSTS de 17 de julio de 1990, 7 de febrero de 1991, 26 de diciembre de 1992, 14 de diciembre de 1993, 16 de diciembre de 1997).

Requisitos exigibles para el ejercicio de la acción rescisoria. Criterio de subsidiariedad.—Se constituye como remedio *in extremis* (SSTS de 15 de febrero de 1986, 14 de octubre de 1987, 25 de enero de 1989, 14 de diciembre de 1993, 16 de mayo y 28 de junio de 1994, 10 de abril de 1995.) Es imprescindible la existencia de un crédito perjudicado por el acto fraudulento, anterior a dicho acto, aunque es posible su posterior nacimiento si se prueba que se ejecutó en perjuicio del crédito futuro (SSTS de 17 de febrero de 1986 y 28 de junio de 1994).

Rescisión contractual. Concepto jurídico de fraude.—La doctrina se aproxima a posiciones de objetividad atenuada, pero ello no da lugar a rechazar el *consilium fraudis*, circunscribiéndose a los datos que conducen al mismo. El fraude incluye el engaño y la insolvencia de los deudores, que lleva la imposibilidad de pago de los créditos de los acreedores (STS de 28 de octubre de 1993), exigiendo la existencia real y efectiva. La insolvencia no ha de ser total, únicamente es necesario la minoración económica que no cubra

la integridad de la deuda, dando lugar al daño a los acreedores (SS de 6 de abril de 1992, 2 de junio y 15 de noviembre de 1995, 24 de diciembre de 1996). (**STS de 19 de junio de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—La existencia de una deuda de la demandada *FEPERSA* a favor de la Hacienda Pública da lugar a que con fecha 19 de abril de 1994 se otorga escritura pública mediante la que se reconoce deuda de la entidad a favor de *INHERCU* e *HIESCOSA*, cediéndose en pago de sus deudas por aquella a éstas un 45 por ciento y un 55 por ciento de una finca de su propiedad. Además se constituye una hipoteca mobiliaria a favor de *HIESCOSA* sobre la maquinaria de *FEPERSA*. La Agencia Estatal de Administración Tributaria promueve juicio de menor cuantía contra las entidades mencionadas sobre acción de rescisión por fraude de acreedores. Se estima íntegramente la demanda declarando la rescisión por fraude de acreedores de los negocios jurídicos de cesión de pago y constitución de hipoteca mobiliaria. Se desestima el recurso interpuesto ante la Audiencia Provincial. El TS declara no haber lugar.

NOTA.—El fraude supone la intención del deudor de perjudicar al acreedor. Existen distintas líneas que interpretan esta intencionalidad: un sector doctrinal entiende que no es necesario probar un especial propósito del deudor, siendo suficiente demostrar el resultado producido, conocido por el deudor. Otro sector se sitúa en una posición objetivada, ejercitando la acción independientemente de la intención y del resultado producido. Para Díez-Picazo (*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II) la regla general es el resultado perjudicial que produce el fraude, así como el conocimiento del deudor. (P. S. S.)

17. Presunción de fraude en las enajenaciones a título gratuito.—El artículo 1292 CC establece una presunción de fraude de las enajenaciones realizadas a título gratuito, en particular y conforme al artículo 643.II CC, de las donaciones.

Criterio de subsidiariedad.—Se refiere a la posibilidad de pago como existencia de bienes en el deudor que cubran la satisfacción de lo reclamado. No es necesaria la situación de insolvencia total; únicamente que los bienes no sean suficientes para satisfacer a los acreedores. (**STS de 10 de septiembre de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. F. A. I. suscribió de conformidad actas levantadas por la inspección de los Tributos de la Diputación Foral de Guipúzcoa. Ante el impago de las mismas en los plazos establecidos, la actora procedió a su recaudación en vía ejecutiva en junio de 1990. En septiembre del mismo año el demandado mediante escritura pública donó a don J. y doña A. A. I. una finca de su propiedad, el usufructo vitalicio y la mitad indivisa de la nuda propiedad de un local comercial y de un departamento desván y mediante otra escritura pública de septiembre de 1990 donaron a sus hijos una cuarta parte del 67,40 por ciento de la nuda propiedad de otra finca. Intentando el cobro de la deuda, la actora únicamente pudo obtener la satisfacción de parte de la deuda. Se

presenta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia por la Diputación Foral de Guipúzcoa, que la estima parcialmente, declarando rescindida la donación del 67,40 por ciento de la finca, y rescindida parcialmente la donación efectuada en la primera escritura. Se recurre en apelación y es desestimado. El TS declara no haber lugar.

NOTA.—El artículo 643 CC establece una presunción que suaviza la exigencia de la prueba de la insolvencia. Para un sector de la doctrina (Díez-Picazo en *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II) de este precepto se deduce que la insolvencia como requisito de la acción debe ser posterior al momento de constitución del crédito. (P. S. S.)

18. Acción revocatoria o pauliana. Para que pueda apreciarse el *consilium fraudis* con el deudor, requisito de viabilidad de la acción rescisoria de los artículos 1111 y 1291.3.^o CC, no es preciso el ánimo de causar un perjuicio al acreedor anterior, sino que basta con que el posterior sea consciente de que origina tal perjuicio.—La sentencia que se recurre es la de la Audiencia, y ésta en sus párrafos segundo y tercero de los FD 2.^o y 3.^o respectivamente recogen la doctrina de las sentencias invocadas como infringidas en el recurso, las de 13 de febrero y 6 de abril de 1992, sosteniendo que «no requiere la existencia de un *animus nocendi* y sí únicamente la *scientia fraudis* esto es una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio». Y aun admitiendo esta doctrina, no se dio lugar a la demanda, porque la parte actora no había acreditado, que el banco demandado tuviera conocimiento, cuando le otorgó el préstamo y exigió la constitución de la garantía hipotecaria, que con ello perjudicase a otros acreedores, porque para el otorgamiento de un préstamo con garantía real, no es necesario la realización del estudio relativo a la situación económica o patrimonial de los deudores, que se puede estimar imprescindible para el otorgamiento de un crédito personal, sino lo que se exige es un estudio de la situación jurídica de la finca sobre la que se va a constituir la hipoteca y una valoración económica de la misma, por lo que faltando la demostración de la existencia de ese conocimiento, no se puede entender que se dé el *consilium fraudis* y por tanto la desestimación de ese requisito.

No puede presumirse el *consilium fraudis* porque entre los hechos demostrados y los que se pretenden deducir de ellos no hay el preciso enlace que requiere el establecimiento de una presunción.—Se alega, por inaplicación, infracción del artículo 1253 CC, pues a tenor de lo expuesto en el anterior motivo, en el sentido de que debe ser abandonada la exigencia de una confabulación o maquinación, dolosa e intencionada, en la conducta seguida por los demandados para estimar la existencia del *consilium fraudis*, cabe señalar que entre los hechos reconocidos y demostrados (incumplimiento de la obligación de no enajenar ni gravar, y conocimiento patrimonial de los deudores) y aquel que se trata de deducir (conciencia del perjuicio, incluso por simple impremeditación) existe el enlace preciso y directo, según las normas o reglas del criterio humano, que exige la norma sustantiva que se considera infringida. Alegaciones éstas y motivo que han de ser desestimados, pues si bien la sentencia recurrida estima acreditado que los deudores señores G. y U. al constituir la hipoteca sobre la vivienda de su propiedad,

incumplieron los compromisos mantenidos con el banco actor, no se ha acreditado en forma alguna que el banco recurrido conociera la situación patrimonial de los deudores en el momento de concederles el préstamo con garantía hipotecaria, por lo que faltando la prueba del hecho base, no puede deducirse la consecuencia, que por aplicación del artículo 1253 CC pretende la parte recurrente. Ello por la naturaleza del préstamo, que se concedió con garantía real, a diferencia del otorgado en su día por el banco recurrente (préstamo personal) que exigía estudio de la situación económica de los prestatarios y de su honorabilidad personal que representaba la garantía de su cumplimiento por los deudores. (STS de 19 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El matrimonio propietario de una vivienda solicita un préstamo personal de determinada entidad bancaria, comprometiéndose a no enajenar dicha vivienda hasta tanto no se hubiera pagado íntegramente el préstamo concedido. Con posterioridad a la celebración de este contrato de préstamo y habiendo incumplido con la obligación de pago del primer vencimiento, el matrimonio demandado solicita de otra entidad bancaria un nuevo préstamo, en garantía del cual constituyeron hipoteca sobre la citada vivienda. El banco que concedió el primer préstamo solicita la revocación del segundo contrato por estimarlo realizado en fraude de sus derechos de acreedor anterior. Ambas sentencias de instancia desestiman íntegramente la demanda por considerar que el segundo banco desconocía la situación patrimonial de los deudores ya que la concesión de un crédito con garantía real hipotecaria no requiere la indagación de su situación económica, como sí ocurre en caso de solicitarse un crédito personal. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

19. Juicio declarativo sobre preferencia de título y mejor derecho. Según los artículos 1923.3.^º y 1924.3.^º CC, es preferente el crédito hipotecario en que la garantía sujeta bienes determinados y concretos del deudor, sobre el crédito derivado de un afianzamiento general que, aun constando en documento público, no goza de privilegio especial y se hace efectivo sobre el resto de los bienes.—Es evidente, pues, que la preferencia de crédito hipotecario es inconcusa, ya que, por la afectación real y concreta de dichos bienes, es de aplicación el artículo 1923.3º CC, al prescribir que, con relación a determinados bienes inmuebles, gozan de preferencia los créditos hipotecarios o que hubieran sido objeto de refacción, por lo cual, no puede frente a ello anteponerse la garantía genérica de la póliza de afianzamiento de crédito, suscrita a favor del recurrente pues, (sin perjuicio del contraste entre las fechas indicadas, y que como hace constar la primera sentencia, el saldo deudor que fija la garantía afianzada lo fue con fecha posterior a la de la escritura de hipoteca) es inconcuso debe ceder ante el privilegio hipotecario del demandado ese afianzamiento a que alude el motivo, y cuya pretensión se ampara en la cobertura del artículo 1924.3.^º a), CC sancionador de que, con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia los créditos que sin privilegio especial consten en escritura pública y que estos créditos tendrán preferencia entre sí por orden de la antigüedad —art. 1924 *in fine*—, esto es, se refiere a una garantía sobre los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, mas no sobre los que, afecta-

dos de ese privilegio especial, específicamente estén sujetos a satisfacer la garantía hipotecaria prevenida en el citado artículo 1923.3.º, por lo cual, el motivo se rechaza.

El crédito garantizado con hipoteca es especialmente privilegiado y goza de preferencia sobre la garantía genérica del artículo 1911 CC.—La concreción de la garantía hipotecaria sobre los bienes a que se sujeta la misma, es, por completo, preferencial como tal crédito de privilegio especial, sobre la garantía genérica que al amparo del artículo 1911 CC, se pretende por el actor al ubicarla en el susodicho artículo 1924.3.º (aparte de que como señala la Sala *a quo* —FJ 2.º *in fine*—, cuando se dictó sentencia de remate en el juicio con base en aquella póliza en 2 de marzo de 1993, ya constaba inscrita la citada hipoteca desde el 10 de agosto de 1992), por todo ello, procede rechazar el motivo y con ello desestimar el recurso con los demás efectos derivados. (STS de 20 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Unos señores afianzan en póliza mercantil intervenida por un corredor de comercio las deudas que pudiera contraer un supermercado con una empresa, a consecuencia de determinadas operaciones comerciales. A su vez, estos mismos señores habían constituido a favor de un tercero una hipoteca sobre ciertas fincas en garantía del levantamiento de otra hipoteca anterior y diferente que gravaba otros inmuebles vendidos al tercero a cuyo favor se constituye la segunda hipoteca. Ante el incumplimiento de las diferentes obligaciones, se sustancian sendos juicios ejecutivos a consecuencia de lo que se plantea la cuestión de cuál es el orden de preferencia entre los créditos que ostentan, por un lado, la empresa acreedora del supermercado fiado —demandante, apelante y recurrente en casación— y, por otro lado, el tercero acreedor hipotecario de las fincas de los fiadores —demandado junto a éstos, apelado y recurrido en casación—. Tanto ambas sentencias de instancia como el Alto Tribunal en la de casación, absuelven al acreedor hipotecario demandado por considerar que su crédito goza de preferencia con respecto al derivado del afianzamiento general a favor de la empresa demandante. (M. C. B.)

20. Preferencia de los créditos garantizados en prenda.—En virtud de los artículos 1922.2.º y 1926.1.º CC, los créditos garantizados con prenda gozan de preferencia sobre la cosa empeñada que se halle en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de la misma, excluyendo a todos los demás. (STS de 13 de noviembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El 26 de junio de 1989 el Banco Guipuzcoano y don I. L. C. constituyen prenda en garantía de obligaciones futuras hasta un importe de quince millones de pesetas sobre determinadas acciones de las que era titular el pignorante.

El 30 de agosto de 1991 las partes citadas formalizan la póliza de crédito en cuenta corriente con el mismo límite de quince millones de pesetas.

El 31 de agosto de 1991 don I. L. C. otorga escritura pública de reconocimiento de deuda a favor de don J. L. B. I.

El 26 de junio de 1992 la póliza de crédito en cuenta corriente se cierra y es intervenida por corredor de comercio.

Posteriormente el Banco Guipuzcoano promueve juicio ejecutivo contra don I. L. C. para obtener el abono de la cantidad que éste le adeudaba como consecuencia del crédito concedido; el título esgrimido por el Banco era, pues, la póliza de crédito liquidada el 26 de junio de 1992. Don J. L. B. I. presenta demanda de tercería de mejor derecho esgrimiendo la escritura pública de reconocimiento de deuda antes mencionada; el Banco Guipuzcoano se allana puesto que el título del tercerista era preferente al utilizado por el Banco para promover el juicio (la póliza de crédito). En el mismo escrito de allanamiento el Banco deja constancia y advierte que las acciones anteriormente mencionadas están pignoradas y en su poder en virtud de contrato otorgado ante feda-
tario público con fecha anterior a la del título del tercerista. La ter-
cería de mejor derecho es estimada por el Juez de Primera Instancia quien no hace referencia alguna a la matización referida a las acciones pignoradas.

Posteriormente el Banco Guipuzcoano inicia un procedimiento extrajudicial sobre las acciones recibidas en prenda. J. L. B. T. solicita ante el Juez de Primera Instancia que había conocido del juicio ejecutivo y de la tercería de mejor derecho, la paralización de la subasta de los títulos mencionados; el Juzgado acoge dicha peti-
ción, pero, tras el recurso del Banco, deja sin efecto la suspensión de la subasta inicialmente acordada y ordena que el producto de la misma sea consignada a disposición judicial. Como consecuencia de un escrito del Banco, se dicta otro auto en el que se afirma que el derecho de prenda de dicha entidad se hallaba incluido en la sentencia que resolvió la tercería de mejor derecho, por lo que se ordena la entrega del producto de la subasta a J. L. B. T.

El Banco recurre en reposición el auto que, sin embargo, es confirmado, negándosele la posibilidad de promover incidente separado basado en el argumento de que su derecho de prenda no había sido discutido en la tercería.

La Audiencia confirma la decisión del Juzgado por medio de auto contra el cual el Banco Guipuzcoano interpone recurso de casación alegando que la resolución impugnada resuelve puntos sustanciales no controvertidos en el pleito y no decididos en la sentencia: se alega en concreto que los títulos que se habían confrontado al resolver la tercería de mejor derecho eran la póliza de crédito y la escritura pública de reconocimiento de deuda, que-
dando ajena al proceso la póliza prendaria. (B. F. G.)

21. Asunción de deuda. Liberación del deudor originario.—La asunción de deuda implica la sustitución del deudor originario por el posterior, quien voluntariamente acepta y asume la obligación de satisfacer la deuda. No se da, por tanto, la coexistencia de dos créditos frente a dos deudores.

Asunción de deuda. Consentimiento expreso del acreedor.—La plena eficacia de la asunción de deuda exige el consentimiento del acreedor, que debe formularse de manera expresa y decidida. (STS de 29 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Por escritura pública de 5 de febrero de 1991 *Tabacalera, S. A.* vende a *Rústicas, S. A.* las acciones que poseía de *Fríoalimentos D'arago, S. A.* En dicha escritura se establece que una vez realizada la ampliación de capital en la sociedad *Fríoalimentos D'arago, S. A.*, *Tabacalera, S. A.* cancelaría el crédito que a largo plazo la entidad *Endiasa* había concedido a *Fríoalimentos D'arago, S. A.*, con una quita por cancelación anticipada. Para ello esta última sociedad facultaba a *Tabacalera, S. A.* a cancelar la deuda en su nombre.

El mismo día, 5 de febrero de 1991, *Fríoalimentos D'arago, S. A.* entrega un cheque a *Tabacalera, S. A.* por una cantidad igual a la resultante de deducir del importe total de la deuda contraída con *Endiasa* la quita que había sido acordada.

Tabacalera, S. A. paga a *Endiasa* una cantidad menor de la necesaria para cancelar por completo la deuda.

Fríoalimentos D'arago, S. A. interpone demanda contra *Tabacalera, S. A.* sobre reclamación de cantidad. La demanda es desestimada en primera instancia y estimada en apelación. Frente a la tesis de la Audiencia que califica la relación entre *Fríoalimentos D'arago, S. A.* y *Tabacalera, S. A.* de contrato de mandato, la recurrente en casación entiende que se trata de un contrato atípico de asunción de deuda. (B. F. G.)

22. Novación extintiva en el contrato de arrendamiento rústico.—Al alterar los dos elementos más esenciales del arrendamiento como son el objeto y la renta existe voluntad novatoria en el contrato de arrendamiento rústico y sustitución del mismo, sin necesidad de que conste expresamente su novación. La novación extintiva nunca se presupone siendo necesario para que exista, su declaración expresa o que se deduzca con toda claridad y de forma inequívoca de los términos del acto que se considera novatorio o de los hechos realizados por las partes. (STS de 17 de septiembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Don Rafael M. A. celebró un contrato verbal de arrendamiento rústico con los hermanos don Justino, don Juan y don Basilio el 29 de septiembre de 1970 para que cultivasen y explotasen la totalidad de una finca, pagando una renta anual de 800.000 pesetas. En 1976, don Justino empezó a explotar un tercio de la finca de forma individualizada y los otros dos hermanos continuaron cultivando conjuntamente hasta 1982, año en el que se separaron. Cada hermano abonaba la parte de renta correspondiente a un tercio de la finca. En 1988, Justino deja por jubilación la parcela que cultivaba pasando a ser arrendatarios de la misma su tres hijos: Antonio, Luciano y Justino. En 1991, don Juan deja, igualmente, la finca por jubilación a su hijo Carlos. Todos los cambios que se produjeron respecto a la finca primitiva, rentas acordadas y personas de los arrendatarios fueron consentidos por el arrendador.

La parte actora formuló demanda para que quedase resuelta la relación arrendaticia por extinción de plazo con todos los arrendatarios a partir del 29 de septiembre de 1996. El Juzgado de Pri-

mera Instancia desestimó la demanda. Sin embargo, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, ante lo cual los arrendatarios interpusieron recurso de casación.

NOTA.—La sentencia anotada no se aparta de la línea jurisprudencial del TS que considera que no es necesario que conste expresamente la novación extintiva para que se repue la voluntad novatoria de las partes en el contrato de arrendamiento rústico, ya que cuando se alteran en forma sustancial los dos elementos más esenciales del arrendamiento, como lo son el objeto y la renta, e incluso, la notoria modificación de una sola de estas circunstancias, cuando se ofrece con caracteres muy acusados, puede ser reveladora de un ánimo novatorio extintivo.

Por lo tanto, la consolidada jurisprudencia del TS reputa existente voluntad novatoria en el contrato de arrendamiento rústico, y, por consiguiente, la sustitución del mismo, sin necesidad de que conste expresamente su novación cuando se den las alteraciones antes mencionadas (*vid. SSTS de 7 de marzo de 1978, 26 de enero de 1980, 10 de marzo de 1982 y 15 de diciembre de 1997*).

La sentencia de instancia consideró que el contrato de arrendamiento no sufrió una modificación esencial ni de objeto, ni de renta y añadía que los tres hermanos constituyan una comunidad de bienes, ya que el derecho de arrendamiento pertenecía pro indiviso a varias personas y la explotación de la finca respondía a un planteamiento de organización interna. Sin embargo, el TS entendió que se alteró sustancialmente la esencia del contrato con la modificación sensible de la renta o la alteración de la superficie arrendada aceptada por la arrendadora. (*M. C. L. J.*)

23. Compraventa. Precio justo.—De acuerdo con el Código civil (arts. 1445, 1447, 1448 y 1449) y la jurisprudencia del TS (por todas, SSTS de 27 de junio de 1996), el precio es un elemento esencial para la validez de la compraventa, motivo por el cual es necesaria la prueba de su existencia. Sin embargo, no es un elemento esencial del precio su proporción, justicia o adecuación, conforme al valor de la cosa vendida. Por ello, la desproporción o inadecuación del precio (*precio vilari facti*) no genera por sí sola la invalidez radical del contrato de compraventa, ya que no destruye la presunción de existencia y licitud de la causa del negocio.

Tercería de dominio. Requisitos.—Para la viabilidad y acogimiento de la tercería de dominio, señala el TS (SSTS de 14 de febrero, 21 de junio y 31 de octubre de 1989) que debe acreditar el tercerista su condición de tercero, su dominio pleno y excluyente sobre el bien objeto de la tercería y su adquisición anterior a la traba. Por lo que respecta al segundo requisito, puntualiza la jurisprudencia (SSTS de 25 de octubre de 1988 y 1 de febrero de 1995) que no es suficiente con que se demuestre el negocio transmisivo, sino que debe constar también la tradición posterior.

Simulación contractual. Apreciación en casación.—Conforme a reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 6 de marzo de 1999 y 6 de junio de 2000), la existencia o no de una simulación contractual es una cuestión de hecho de exclusiva incumbencia del juzgador de instancia. Consiguientemente, debe mantenerse la apreciación probatoria, salvo que se desvirtúe por un medio probatorio adecuado.

Interpretación del contrato como motivo del recurso de casación.—Dado que la interpretación del contrato es una facultad privativa del juzgador de instancia, sólo puede ser combatida en casación cuando tal interpretación resultase absurda, irracional o ilógica. (STS de 30 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Promociones Costa Alicante S. A.* suscribe contrato privado con don A. J. M. por el cual vende a éste un determinado local y un solar por un precio muy inferior al de mercado; precio cuyo aplazamiento es pactado en el contrato y del cual sólo se acredita haber sido satisfecha una parte. Con posterioridad a la venta, además, la vendedora continúa realizando diversos actos sobre los bienes objeto de la misma.

Como consecuencia de un proceso seguido por *Estructuras Alibén S. A. L.* contra *Promociones Costa Alicante S. A.*, es decretado el embargo de los bienes mencionados. Frente a ello, interpone don A. J. M. tercería de dominio, que es estimada en primera instancia, ordenándose el alzamiento del embargo. *Estructuras Alibén S. A. L.* plantea recurso de apelación contra dicha sentencia; recurso que es estimado por la Audiencia Provincial. Interpone entonces don A. J. M. recurso de casación ante el TS, que es desestimado. (A. M. M.)

24. Apreciación de oficio de la falta de legitimación *ad causam*.—La posibilidad de la apreciación de oficio se halla admitida por el TS (STS de 22 de febrero de 2001) debido a su afición al fondo del asunto, «constituyendo un requisito determinante de la posibilidad de obtener una sentencia estimatoria».

Requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC.—Se establece como doctrina jurisprudencial la categorización del requerimiento resolutorio como declaración de carácter recepticia («acto jurídico complejo integrado por una declaración unilateral y recepticia de voluntad», STS de 27 de abril de 1988). El cumplimiento del requisito de conocimiento del requerido se entiende satisfecho cuando es el propio comprador requerido quien voluntariamente no toma conocimiento de su contenido, tras recibir el requerimiento. El que la devolución del requerimiento sea debido a que el funcionario del servicio de correos se limitó a examinar los buzones no puede servir de base para afirmar el cumplimiento del requerimiento. (STS de 28 de septiembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades mercantiles *Área de Servicios Agrícolas* y *QUASH* formulan demanda sobre resolución de contratos de compraventa por impago de la parte aplazada del precio de fecha 3 de abril y 15 de octubre de 1981, contra don R. G. G. El requerimiento fue realizado mediante personación del Notario en el domicilio del demandado, sin obtener respuesta alguna, así como por correo certificado. El demandado a su vez interpone acción reconvencional en reclamación de daños y perjuicios económicos. El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, resolviendo los contratos privados de compraventa, condenando a entregar a la parte actora las fincas objeto de las compraventas. En apelación se confirma la sentencia de primera instancia. Se recurre en casación, entre otros motivos, por violación del artículo 1504 CC.

NOTA.—Se continúa con la línea jurisprudencial que caracte-
riza la notificación por su naturaleza unilateral, realizada de forma
notarial o judicial. La sentencia no analiza la notificación del
requerimiento mediante correo certificado. La jurisprudencia
mantuvo una postura contraria al envío notarial por correo certifi-
cado, aunque se ha aceptado casi unánimemente dicha forma
(Martínez Sanchiz, artículo 1504, *Comentarios al CC*, Ministerio
de Justicia).

La notificación se presenta para parte de la doctrina como una
de las formas de la declaración recepticia, siendo el conocimiento
del destinatario el momento en el que se completa dicha declara-
ción. Para otro sector, nos encontramos ante un acto jurídico cuyos
efectos son variados, operando como un deber, una carga o como
un acto voluntario dependiendo del supuesto que se analice
(Gómez-Salvago Sánchez, en Voz «Notificación», *Enciclopedia
Jurídica Básica*). (P. S. S.)

**25. Limitación legal de las viviendas de protección oficial. Fijación
del precio.**—La doctrina jurisprudencial entiende que los contratos de venta
de viviendas de protección oficial disponen una serie de limitaciones legales a
la autonomía de la voluntad, ya que no existe plena libertad en la fijación del
precio. No obstante, la determinación de un precio superior al legal en estas
viviendas no da lugar a la nulidad del artículo 6 CC, ya que la misma no se
prevé en las normas reguladoras de las viviendas de protección oficial. Las
infracciones conducen a sanciones administrativas y pérdidas de beneficios.
La posibilidad de nulidad parcial de la cláusula no es sostenible según extensa
doctrina jurisprudencial (SSTS de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992, 4
de junio y 16 de diciembre de 1993, 21 de febrero y 4 de mayo de 1994, 11 de
julio de 1995, 15 de marzo y 21 de noviembre de 1996, 4 de febrero de 1998,
27 de marzo, 14 de junio y 6 de noviembre de 2000). Debe sostenerse la vali-
dez y eficacia del contrato. (STS de 16 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. N. compró una vivienda de protección ofi-
cial a *URBAISA*, mediante documento en 1989, en el que se acom-
pañaba un anexo en el que se convenía la resolución del mismo,
por lo que el que se utilizó para acompañar a la petición de califi-
cación de la vivienda fue el posterior realizado. Así en 1990 las
partes realizaron un segundo documento de venta de la vivienda
en el que se trataba de hacer figurar un precio de venta que permitie-
se obtener la calificación referida. El comprador presentó
demanda contra la entidad vendedora reclamando la devolución
tanto de la parte del precio en lo que excedía del establecido para
dicha clase de viviendas, como de lo pagado en demasía por con-
cepto de IVA, así como la elevación a escritura pública del con-
trato. La demanda fue desestimada. La Audiencia Provincial
confirmó la sentencia, declarando que tenía validez el contrato
presentado por la entidad de 15 de noviembre de 1989. Se pre-
senta recurso de casación ante el TS.

NOTA.—Esta sentencia continúa la línea marcada por el TS en
cuanto a la validez del contrato de compraventa de vivienda de
protección oficial. Se abandona la idea de nulidad parcial del con-

trato, no afecta a la validez de las compraventas con precios superiores a los oficiales, ocasionando únicamente infracciones administrativas con la pérdida de beneficios que conlleva la mencionada calificación oficial. (P. S. S.)

26. Arrendamiento de cosas.—El TS ha señalado que el mero temor del arrendatario a que el arrendador no pueda garantizar el goce pacífico de la cosa arrendada no le legitima para resolver el contrato. La perturbación que, proviene de tercera persona, puede considerarse integrante de un incumplimiento por el arrendador de su obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato (art. 1554.3.º CC), siempre que la perturbación consista en un ataque a la posesión arrendaticia mediante el ejercicio de la pertinente acción ante los órganos judiciales; «tal ataque ha de ser real y existente, sin que sea suficiente el temor del arrendatario a que se produzca esa alteración de su situación posesoria» (*vid. STS de 15 de diciembre de 1993*).

La sentencia dispone en el FD 3.º que no cabe imputar a la parte demandada el incumplimiento de la obligación del artículo 1554.3.º CC, ya que la arrendataria guardó silencio respecto a la modificación del vallado y no puso en conocimiento de la arrendadora esta circunstancia, limitándose a levantar un acta notarial. (**STS de 18 de junio de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Expo-Navar S. A.* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en la que solicitó la resolución de un contrato de arrendamiento como consecuencia del incumplimiento de la parte arrendadora de la obligación de mantener a la actora en el goce pacífico de los terrenos arrendados, debido a que ésta descubrió que la arrendadora no era la dueña de los terrenos y hubo una privación por la vía de hecho por tercero de parte de la superficie arrendada. En el contrato de arrendamiento constaba que los terrenos no eran propiedad de la arrendadora (el Club de Tenis de Pamplona), sino que ésta traía causa de la Subsecretaría de aviación civil y que lo que se arrendaba eran las instalaciones ubicadas en aquellos terrenos que eran propiedad del Club de Tenis. Además de la resolución del contrato, la entidad solicitó que se condenase a pagar una indemnización en concepto de daño emergente y lucro cesante, así como las costas causadas en el procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Recurrida en apelación, también se desestima. Posteriormente, la entidad interpuso recurso de casación. (*M. C. L. J.*)

27. Contrato de *leasing*. Definición y características.—Este contrato atípico, complejo y regido por los pactos, procede de Estados Unidos, siendo admitido en nuestro ordenamiento en virtud del artículo 1255 CC. Si bien existe una definición auténtica del mismo, contenida en la DA 7.º 1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, la jurisprudencia (STS de 28 de noviembre de 1997) también lo define: es el contrato que tiene por objeto la cesión del uso de bienes adquiridos según deseos del usuario, que paga por el uso cuotas, y que incluye una opción de compra.

Partes del contrato de *leasing*.—En el contrato de *leasing* se ven involucrados tres sujetos (STS de 5 de octubre de 2000): el usuario (que celebra el contrato de *leasing*, recibe y utiliza la cosa); el proveedor (que entrega la cosa al usuario); y la empresa de *leasing* (que financia la operación conjunta, celebra con el proveedor un contrato de compraventa y con el usuario un arrendamiento con opción de compra).

Opción de compra final en el contrato de *leasing*. Valor simbólico.—Declara el TS (entre otras, SSTS de 28 de noviembre de 1998 y 15 de junio y 26 de noviembre de 1999) que no existe un parámetro que indique la proporción que ha de guardar la opción de compra final respecto del valor del bien. La cuota residual del *leasing* tiene un valor meramente simbólico.

Titularidad de los bienes objeto de *leasing*.—Afirma el TS (STS de 19 de julio de 1999) que la titular dominical de los bienes objeto de *leasing* es la empresa de *leasing*.

Contrato de *leasing*. Aplicación de la Ley 50/1965, de 17 de julio, de venta de bienes muebles a plazos.—Conforme reiterada jurisprudencia (SSTS de 30 de julio y 2 de diciembre de 1998), no es aplicable al contrato de *leasing* la Ley 50/1965, de 17 de julio, de venta de bienes muebles a plazos, salvo que se pruebe la existencia de un acuerdo simulatorio por el cual se encubra bajo dicha forma una verdadera compraventa.

Interpretación del contrato.—La calificación jurídica del contrato responde a una labor de interpretación que es privativa de los tribunales de instancia (SSTS de 10 de octubre de 1989, 20 de febrero de 1990, 19 de julio de 1999 y 10 de noviembre de 2001). Por ello, debe prevalecer en casación, salvo que resultara notoriamente ilógica o ilegal. (STS de 28 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos entidades mercantiles suscriben con una tercera contrato de *leasing* en relación a cierta maquinaria. Se pacta un fraccionamiento del precio en sesenta mensualidades y una opción de compra final cuyo valor es inferior al de una mensualidad. Como consecuencia de determinadas deudas contraídas por la entidad usuaria de la maquinaria frente a la *Tesorería General de la Seguridad Social*, se traba embargo sobre la mencionada maquinaria.

Las dos empresas de *leasing* interponen frente al embargo tercera de dominio, solicitando el levantamiento de la traba y la declaración de que son propietarias de los bienes embargados. La demanda es estimada en primera instancia, siendo tal sentencia recurrida en apelación por la *Tesorería General de la Seguridad Social*. La Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia de primera instancia, pues considera que no se ha probado acuerdo simulatorio alguno, a pesar de que la opción de compra final (cuota residual) tiene un valor inferior a las mensualidades, pues tal cuota cumple una función simbólica. Interpone frente a esto la *Tesorería General de la Seguridad Social* recurso de casación, que es desestimado por el TS.

NOTA.—La DD única de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, ha derogado la anterior Ley 50/1965, de 17 de julio, cuya aplicación era negada en esta sentencia por el TS, al considerar que no se trataba de una compraventa a plazos, sino de un contrato de *leasing*. (A. M. M.)

28. Opción de compra y contratos de arrendamientos. Concepto, ejercicio y efectos.—Con la inclusión en un contrato de arrendamiento de una cláusula de opción de compra, el arrendador-promitente, concede al arrendatario-optante la facultad de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado, a la oferta de venta contenida en la citada cláusula, de modo que, una vez debidamente ejercitada oportunamente dentro del plazo contractualmente pactado, se extingue, dando lugar a la perfección automática del contrato de compraventa. La opción de compra, como figura *sui generis*, con sustantividad propia y con fundamento en la amplitud normativa del artículo 1255 CC, ha sido tratada muy frecuentemente por la jurisprudencia del TS, el cual ha señalado al respecto el carácter unilateral del acto de ejercicio de la opción, sin que tenga que concurrir con la misma la aceptación de quien la concedió. En cualquier caso, las partes están obligadas al cumplimiento de los correspondientes requisitos legales y contractuales, de modo que la actuación de ambos, promitente y optante, han de ajustarse a los dictados de la buena fe. En este sentido el promitente ni puede retirar la oferta ni realizar ninguna actividad que pueda frustrar u obstaculizar el ejercicio de la opción. Por su parte, el optante tiene igualmente la carga de actuar diligentemente, de modo tal que en el ejercicio de la opción debe emplear los medios adecuados.

Doctrina del TS sobre si el ofrecimiento o la consignación del precio ha de acompañar necesariamente el ejercicio de la opción de compra.—Por lo que a la fijación del precio de la venta se refiere, cuando la opción se incluye en un contrato de arrendamiento, puede establecerse que, del mismo, se procederá al descuento de las cantidades que, hasta el momento del ejercicio de la opción, haya abonado el optante al concedente en concepto de renta. Puesto que el efecto propio y esencial del ejercicio de la opción en tiempo y forma, no es otro que la perfección del contrato de compraventa, y el sometimiento del mismo a su propia regulación, esto es, a los artículos 1445 y ss. CC, por lo que al pago del precio se refiere, salvo pacto de las partes en otro sentido, en virtud del artículo 1450 CC, la compraventa se perfecciona con el simple ejercicio de la opción, sin que sean necesarias ni la entrega de la cosa ni la consignación o entrega del precio. (**STS de 6 de julio de 2001; ha lugar.**)

HECHOS.—Don V. G. S., demandó a la empresa *Consulting 2000*, a don A. L. M. y a doña I. D. V., solicitando que se declare ejercitada conforme a derecho la opción de compra contenida en el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes sobre una nave y los terrenos colindantes a la misma, así como el levantamiento de las cargas que pesaban sobre la finca. La cláusula décima de dicho contrato establecía al respecto: «en este contrato de arrendamiento se concede la opción de compra cuyo precio es de nueve millones de pesetas, del cual se descontarán las cantidades en concepto de renta que haya venido abonando hasta el momento en que se ejercita dicha opción ... El precio de nueve millones de pesetas se establece a la fecha de la firma del contrato de arrendamientos, por lo que en el momento en que se ejercite la opción, se verá aumentado o disminuido en el mismo porcentaje en que lo haga el IPC ... El plazo para ejercitarse esta opción es de dos años contados a partir de la firma del contrato de arrendamiento siempre y cuando se hubieran levantado las cargas de la finca ...». Desestimada la demanda en primera instancia por falta

de competencia territorial, dicha sentencia fue recurrida en apelación, siendo igualmente desestimado el recurso.

NOTA.—El TS, con cita de su abundante jurisprudencia al respecto (entre otras, SSTS de 3 de febrero, 13 de noviembre y 1 y 22 de diciembre de 1992, 26 de octubre de 1995, y 15 de diciembre de 1997), viene a reiterar en la sentencia que anotamos su ya consolidada jurisprudencia acerca del carácter y ejercicio de la opción de compra incorporada en un contrato de arrendamiento. La perfección del correspondiente contrato de compraventa se produce con el ejercicio de la misma, sin que sea requisito imprescindible, salvo pacto en contrario, la entrega o consignación del precio establecido (SSTS de 2 de febrero de 1992, 17 de mayo y 24 de junio de 1993, y 14 de febrero de 1997). Entiende el TS que la sentencia de instancia ha infringido el artículo 1281 CC, puesto que la cláusula relativa al precio, en concreto la núm. 10, era clara y no dejaba duda acerca de la voluntad de las partes, por lo que, al respecto, «se estará al sentido literal de sus cláusulas». Con respecto al levantamiento de las cargas que existían sobre la nave, aun cuando la Audiencia Provincial desestimó el recurso único y exclusivamente por no haberse ofrecido o consignado el precio, el TS entiende al respecto, «para despejar cualquier duda» (FJ 4.º), que debe estimarse la demanda en cuanto se pide la cancelación de las cargas que pesaban sobre la finca, condenando a los demandados a que realicen la citada cancelación bajo apercibimiento de que, en otro caso, se hará a su costa. Sobre la opción de compra *vid. al respecto, Cañizares Laso, A., en voz «Opción de compra», Encyclopedie Jurídica Básica, pp. 4587-4588; Torres Lana, J. A., Contrato y derecho de opción, Madrid, 1987. (R. D. O.)*

29. Arrendamientos urbanos. Excepciones a la prórroga por causa de necesidad y beneficio de exención de la justificación de necesidad de las Corporaciones de Derecho público.—La necesidad de ocupación de la vivienda o local de negocio que constituye una excepción a la prórroga del arrendamiento no tiene que justificarse por las Administraciones Públicas, a diferencia de lo que sucede en el régimen general. El beneficio a favor de las Administraciones Públicas se fundamenta en la existencia de un interés general, relativo al normal funcionamiento de dichas Administraciones: el de disponer del inmueble arrendado a un particular para establecer sus oficinas o servicios.

El FD 3.º, siguiendo a la STC de 16 de noviembre de 1993, dispone que la norma contenida en el artículo 76.1 LAU entraña una limitación justificada por el interés general al que sirven las Administraciones Públicas, que opera en el contrato de arrendamiento, cuya prórroga puede denegarse por aquéllas al amparo de una causa legal (la situación de necesidad que por efecto de la exención legal no precisa ser justificada en el proceso civil). Por lo tanto, en dicho proceso no cabe que el inquilino discuta la necesidad de la ocupación cuando la misma se invoque por el arrendador demandante, una Administración Pública, para establecer sus oficinas o servicios; ello se debe no al debilitamiento *ex lege* de la posición procesal del inquilino, sino a la exclusión de esta cuestión del objeto propio del proceso arrendaticio, por imperativo legal.

En esta sentencia, el TS señala que en el momento de hacerse el requerimiento notarial de desalojo, así como al iniciarse los respectivos procedimientos civiles, la resolución administrativa no era firme y por tanto, no se cumplía el requisito de la existencia de la declaración de necesidad por el Ministerio exigido en el artículo 76.2 LAU.

Posibilidad del arrendatario de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa el acto de declaración de la necesidad de ocupación.—El artículo 76.1 LAU no excluye la posibilidad del arrendatario de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa el acto declarando la necesidad de ocupación de la vivienda por parte de la Administración, sin que ello en modo alguno implique el desplazamiento de la carga de la prueba en perjuicio del arrendador, sino la simple carga para el particular de recurrir dicho acto en sede judicial, ya que goza de presunción de legalidad. (*Vid. FD 3.º y STC de 16 de noviembre de 1993*). (**STS de 25 de junio de 2001**; ha lugar.)

HECHOS.—La *Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)* presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando la resolución de distintos contratos de arrendamientos de viviendas por causa de necesidad (excepción a la prórroga de los contratos). El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, ante lo cual la sentencia es apelada y la Audiencia Provincial la desestima. Posteriormente, algunos de los arrendatarios demandados recurren la sentencia en casación. (*M. C. L. J.*)

30. Contrato de renta vitalicia y contrato de vitalicio. Distinción.—En relación a la distinción entre el contrato de renta vitalicia y el denominado contrato vitalicio, la doctrina científica y la mayor parte de las resoluciones jurisprudenciales del TS separan ambas figuras y estiman que no son aplicables al contrato vitalicio las reglas que establece el Código civil para la renta vitalicia (arts. 1802 a 1808 CC). No obstante, ya existe jurisprudencia (SSTS de 1 de julio de 1982 y de 1 de julio de 1998) que considera al vitalicio como una modalidad de la renta vitalicia.

Retracto arrendatario urbano: venta de porción de finca mayor que la arrendada.—El artículo 25.7 LAU 1994 es contundente al señalar que no habrá lugar a los derechos de tanteo y retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble, precepto que el artículo 31 (que se refiere a los arrendamientos para uso distinto de vivienda) hace aplicable en virtud de lo establecido en la DT 1.º 2 de la citada ley. El retrayente ha de serlo de toda la finca transmitida, de modo que cuando el arrendador enajena una porción de finca mayor que la que el arrendatario tenía arrendada, no resulta posible el derecho de retracto (STS de 24 de mayo de 1982). En igual sentido se ha señalado que, vendida la totalidad de la finca como unidad, no puede pretenderse el retracto por el inquilino de uno de los pisos (STS de 30 de abril de 1985). (**STS de 27 de noviembre de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—En mayo de 1987 doña P. M. B. (en su condición de propietaria) y los hermanos don M. M. G. y don J. P. M. G. (como locatarios) concertaron un contrato de arrendamiento sobre

una parte de un inmueble –un local comercial– sito en Úbeda. Mediante escritura otorgada el 10 de agosto de 1992, doña R. G. Q. (demandada en estos autos) adquirió la nuda propiedad de dicho inmueble, por cesión realizada por doña P. M. B. de la totalidad de la finca, reservándose esta última el usufructo vitalicio. Tal transmisión de la nuda propiedad obligaba a la demandada a vivir en compañía de su pariente, cuidándola y asistiéndola en todas sus necesidades hasta su fallecimiento y prestándole alimentos. Producido el fallecimiento de doña P. M. B., doña R. G. Q. requirió notarialmente al vencimiento del contrato a los arrendatarios para que le entregasen el local de su propiedad. No consta que doña R. G. Q. les notificase las condiciones en que se efectuó la transmisión en el plazo legalmente establecido, ni de forma fehaciente.

Por ello, los citados arrendatarios formulan demanda de juicio de retracto arrendatario urbano frente a doña R. G. Q. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda formulada y condena a la demandada a otorgar escritura de venta de dicho local comercial a favor de los actores con arreglo al precio que se determine en ejecución de sentencia. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto y declara no haber lugar al retracto arrendatario urbano solicitado. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

31. Contrato de obra. La disminución de la obra efectivamente ejecutada con respecto a lo previsto en el proyecto es susceptible de producirse por circunstancias sobrevenidas de diversa índole no imputables al arquitecto. Éste no está obligado a indemnizar por una modificación conocida y aceptada por el comitente, que no puede ir contra sus propios actos.—En el caso que nos ocupa hubo una efectiva variación material del proyecto ideado, que es susceptible de producirse en los procesos constructivos, tanto por circunstancias impuestas, como pueden ser de orden urbanístico (S de 1 de junio de 1998), como sobrevenidas en atención a situaciones que aparecen en cada caso concreto y es lo que aquí ha ocurrido, ya que la variación del proyecto, con la consecuente reducción superficial de los sótanos, tuvo unas causas determinadas, conforme a lo declarado probado, y fue que al proceder a la excavación del solar se pudo comprobar que parte de las zapatas de sustentación del edificio colindante se encontraban en el perímetro superficial de la finca de la recurrente, la que invadían de este modo, y hubo por ello de recalzarse la cimentación vecina mediante la apertura de catas alternas y, así mismo, se encontró roca dura que impuso que el dimensionado de las zapatas fuera mayor, por lo que los muros delimitadores de los sótanos no se pudieron llevar hasta las líneas límites del solar en los linderos afectados.

Las obras de referencia fueron realizadas a la vista de la recurrente, mediante el control de sus empleados, habiendo prestado su consentimiento, y figuran reflejadas en el preceptivo Libro de órdenes, es decir que aceptó, sin resolver el contrato ni haber llevado a cabo protesta alguna, la disminución superficial de los sótanos por causa de los impedimentos que se dejan dichos y provocaron las soluciones constructivas adoptadas ante los imprevistos que se presentaron y ello con sus consecuencias futuras en

cuanto a la disponibilidad de las plazas de garaje que efectivamente resultaron realizadas.

Determina, a su vez, el rechazo del motivo que, aunque el caso que nos ocupa no se trata de supuesto de aumento de obra, sino precisamente de disminución de la misma, con efectiva variación del proyecto y teniendo en cuenta que la sentencia declara que existió el consentimiento de la recurrente, asistida de conocimiento suficiente de los hechos, lo que hace aplicable la doctrina jurisprudencial consolidada y conocida que proclama que los supuestos de modificaciones sobrevenidas y aceptadas conformen acto propio que vincula al autorizante y le veda ir contra los mismos para postular las indemnizaciones que reclama en el pleito (SS de 23 de marzo y 19 de junio de 1992, 10 de junio y 11 de octubre de 1994, 3 de octubre de 1995 y 28 de marzo y 14 de octubre de 1996, entre otras).

No se trata en el caso presente, pues no se planteó, de ruina constructiva que haría aplicable el artículo 1591 CC y doctrina que lo interpreta, en cuanto vicios del suelo imputables al arquitecto. Se presenta como cuestión nueva y su alegación en casación rechaza rotundamente la jurisprudencia civil reiterada (SS de 13 y 14 de junio de 1992, 7 de junio de 1996, 9 y 23 de octubre de 2000 y muchas más).

La valoración judicial de la prueba pericial es impugnable en casación si contradice las reglas de la sana crítica y de la lógica humana.—Cabe denunciar en casación la valoración judicial de la prueba pericial ante la existencia de fallo o error deductivo claro y manifiesto y que se presente contradictor a las reglas de la sana crítica, entendida como las elementales directrices de la lógica humana (SS de 25 de junio de 1999, que cita las de 9 de abril de 1990, 24 de enero de 1991, 10 de marzo y 11 de octubre de 1994 y 3 de abril de 1995); equivocación que en este caso no se aprecia. (STS de 31 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La arquitecto demandada realizó un proyecto de obra de un edificio en el que se incluía un número de plazas de garaje superior al que finalmente resultó de la ejecución de la obra. Esta modificación fue debida a que, una vez iniciados los trabajos de construcción, se descubrió que los cimientos del inmueble adyacente invadían parcialmente el subsuelo de la finca donde el edificio litigioso había de construirse, lo que, junto a la necesidad de reforzar dichos cimientos para evitar el desplome del edificio colindante, produjo una disminución de la superficie de la planta en la que habían de ubicarse los garajes. Notificada la situación al comitente, éste no paralizó la obra, ni puso reparo alguno a su prosecución, pero tras su finalización, interpuso demanda en reclamación de daños y perjuicios por la menor cantidad de plazas de aparcamiento resultantes. Ambas sentencias de instancia desestimaron la pretensión del actor y apelante, que recurrió en casación ante el TS.

NOTA.—Pese a que en la sentencia se parte de la base de que la disminución de la obra efectuada con respecto a lo inicialmente proyectado se debió a circunstancias sobrevenidas y no imputables al arquitecto, en nuestra opinión tal advenimiento no se produjo. La circunstancia de que los cimientos de la finca adyacente al edificio proyectado y posteriormente construido invadieran parte del subsuelo de la finca donde éste debía alzarse, estaba pre-

sente desde el momento en que se encargó el proyecto y ejecución del inmueble en cuestión, por lo que no puede decirse que un acontecimiento inesperado haya venido a interferirse en el normal cumplimiento de lo pactado. Vistas así las cosas, la situación parece más cercana al supuesto de vicios del suelo que al de una alteración sobrevenida de las circunstancias. Cosa distinta es que el arquitecto debiera o no haber descubierto con anterioridad a la excavación el auténtico estado del suelo, puesto que, evidentemente, al proyectar el edificio había contado con una situación diferente. En cualquier caso, y en ello acierta plenamente el Alto Tribunal, una vez puesta en conocimiento del comitente la verdadera superficie útil y la necesidad de modificar el proyecto para adecuar la obra a ella, su aquiescencia a la continuación de la misma impide su posterior reclamación de una indemnización por daños y perjuicios, pero quizá no tanto en atención a la doctrina de los propios actos, sino en consideración a que dicho consentimiento –por más que pueda considerárselo tácito– puede calificarse como una auténtica novación del contrato, que impide que la adecuación de la prestación a su nuevo contenido constituya un incumplimiento. (M. C. B.)

32. Responsabilidad decenal *ex artículo 1591 CC. Imputación de responsabilidad a los intervenientes en el proceso constructivo. Solidaridad.*—El artículo 1591 CC impone una responsabilidad objetiva: establece una imputación de responsabilidad a cargo de las personas que han intervenido en el proceso constructivo siempre que la ruina se haya producido en el plazo de garantía de diez años. Además, el artículo 1591 CC imputa la responsabilidad, solidariamente, a los intervenientes en el proceso constructivo, a no ser que prueben su falta de causalidad. En este sentido, la doctrina jurisprudencial ha declarado que, cuando no se puedan determinar las responsabilidades exclusivas de cada uno de los intervenientes en el hacer constructivo, la responsabilidad es solidaria de todos ellos (STS de 27 de septiembre de 1995, 2 de febrero de 1996, 22 de noviembre de 1997, 4 de marzo de 1998, 13 de octubre de 1999, 21 de febrero y 9 de marzo de 2000, ... etc.). Por ello, cuando no es factible practicar segregación de responsabilidades de cada uno de los intervenientes en el proceso constructivo, la responsabilidad puede serle reclamada a cualquiera de ellos.

Responsabilidad decenal *ex artículo 1591 CC. Carga de la prueba.*—Las personas que han intervenido en el proceso constructivo son quienes deben probar que los vicios ruinógenos acreditados no tienen que ver con su actuación profesional. De no hacerlo, sufren las consecuencias de la efectiva falta de prueba: la aplicación indiscutible del artículo 1591 CC. En consecuencia, la falta de acreditación de culpa específica e individualizada de los intervenientes en el proceso constructivo, les hace a todos ellos responsables solidarios. (STS de 5 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *A. D. M. Internacional, S. A.* ejercita varias acciones contra cinco codemandados, por razón de la compra de un terreno y construcción de una vivienda unifamiliar. Entre estas acciones, destaca la reclamación de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC respecto al arquitecto don E. B. O. P.

El Juzgado de Primera Instancia absuelve a don E. B. O. P. de toda demanda en su contra. La Audiencia Provincial, revocando la sentencia de primera instancia en este particular, le condena, junto a la sociedad constructora, a reparar los desperfectos y deficiencias apreciados en la vivienda propiedad de la actora. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Actualmente ha de tenerse en cuenta la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. La precitada ley no deroga la regulación del arrendamiento de obra del Código civil, sino que sólo deroga lo que contradiga a la misma. Tras la nueva Ley, cuando la causa de los daños materiales no pueda individualizarse o no pueda quedar debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño, «la responsabilidad se exigirá solidariamente» (art. 17). (M. C. C. M.)

33. Reclamación por la comunidad de propietarios de la reparación de defectos constructivos. No aportación del acuerdo de la junta para demandar.—La jurisprudencia distingue entre documentos básicos de la pretensión que fundamentan la causa de pedir, documentos complementarios que tienen la finalidad de integrar el proceso probatorio y documentos que subsanan, completan y aclaran un documento aportado con la demanda y que tiene existencia real. Sólo respecto a los primeros es de aplicación el rigorismo de los artículos 503, 504 y 506 LEC. Para los segundos, según doctrina jurisprudencial reiterada, rige el principio de que procede su aportación posterior, durante la tramitación del pleito (SSTS de 16 de julio de 1991, 24 de julio de 1996, 14 de diciembre de 1998 y 5 de febrero de 2001).

Reclamación por la comunidad de propietarios de la reparación de defectos constructivos. No aportación del acuerdo de la junta para demandar. Legitimación activa del presidente.—El TS ha declarado reiteradamente (entre otras, SSTS de 22 de febrero de 1993 y 5 de julio de 1995) que el presidente no necesita de autorización de la junta para intervenir ante los tribunales cuando ejercite una pretensión en beneficio de la comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la ley, o salvo que exista una oposición expresa y formal. Según el artículo 12 LPH, al contar con la representación orgánica de la comunidad, el presidente está facultado para ejercitar acciones judiciales, respondiendo de su gestión ante la Junta. Tiene pues, apoderamiento suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses comunitarios. Por el contrario, el artículo 20 LPH exige el requisito de autorización previa de la junta cuando se trata del administrador.

Defectos constructivos ruinógenos. Concepto.—La más moderna jurisprudencia de esta sala afirma que no debe quedar reducido dicho término al derrumbamiento total o parcial, sino que se extiende a todos los defectos que dificultan el uso normal de las viviendas, lo hagan molesto o irritante y, a su vez, cuando se genera un estado de imperfecciones derivadas del uso normal de las cosas (SSTS de 25 de enero de 1993, 29 de marzo de 1994, 13 de octubre de 1995 y 21 de marzo de 1996).

Responsabilidad decenal ex artículo 1591 CC. Imputación de responsabilidad a los intervenientes en el proceso constructivo. Solidaridad.—La acción fundada en el artículo 1591 CC instaura la solidaridad cuando no

resulte posible individualizar las responsabilidades concretas; es decir, cuando no sea posible la individualización o cuantificación de las respectivas actuaciones. La solidaridad excluye el litisconsorcio pasivo necesario. (STS de 16 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un inmueble sito en Madrid promueve demanda contra *Construcciones Salamanca, S. A.* y otros cuatro codemandados, para que efectúen en un plazo prudencial las obras de mejora, reparación y sustitución necesarias para solucionar los defectos constructivos existentes en el edificio. Queda probado que no se presenta con la demanda el acuerdo, que había sido adoptado válidamente por los copropietarios, autorizando al presidente para comparecer en el pleito, a fin de ejercitar la acciones judiciales promovidas. Posteriormente, en el acto de comparecencia se aportó el acta completa que recoge la específica autorización para promover demanda judicial «contra quienes corresponda» con el fin de subsanar los defectos de construcción hallados en la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda interpuesta y condena a los demandados a ejecutar determinadas obras en el inmueble en el plazo de ciento veinte días hábiles a contar desde la firmeza de la sentencia. La Audiencia Provincial estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos y revoca la sentencia del Juzgado respecto a la condena a efectuar determinadas obras en el aparcamiento del inmueble. El TS declara no haber lugar al recurso de casación formulado por *Construcciones Salamanca, S. A.*

NOTA.—La Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal ha sido reformada recientemente por la Ley 8/1999, de 6 de abril. Tras la reforma de la citada Ley, la facultad del presidente para ejercitar acciones en juicio y fuera de él sobre asuntos que afecten a la comunidad aparece prevista en el artículo 13.

Por otra parte, también ha de tenerse en cuenta la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Hasta la promulgación de la mencionada ley, la construcción de edificios se regulaba por las normas sobre arrendamiento de obra del Código civil. Sin embargo, ante el auge y complejidad técnica que ha alcanzado en la actualidad el proceso constructivo, tal regulación resultaba escasa e inapropiada. La LOE trata de abarcar el proceso constructivo y solventar los problemas jurídicos derivados del mismo. (M. C. C. M.)

34. Responsabilidad del promotor-vendedor por los defectos constructivos de los pisos vendidos. El artículo 1692.1 LEC se refiere a los límites de la jurisdicción civil frente a otras jurisdicciones o en caso de sumisión del asunto litigioso a arbitraje.—El motivo está erróneamente fundamentado desde la órbita de la casación, pues olvida la constante jurisprudencia de esta Sala según la cual el ordinal primero del artículo 1692 LEC se refiere a los límites especiales de la jurisdicción civil frente a la extranjera, o frente a órganos jurisdiccionales de otro orden o cuando existe un sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje (S de 22 de marzo de 2000 y las que cita).

El recurrente en casación no está legitimado para pretender la condena de un codemandado absuelto en la instancia, sino que ha de demostrar la imputabilidad a éste de la conducta como prueba de la ausencia de su propia responsabilidad.—Por otra parte, lo que en realidad pretende es la condena del arquitecto codemandado, y esta Sala tiene un cuerpo de doctrina que niega la legitimación del recurrente a estos efectos, pues lo ha de demostrar, ya que constituye su interés propio poner de relieve su ausencia de responsabilidad (SS de 7 de julio y 24 de febrero de 2000 y las que en ellas se citan). Por otra parte, es obvio que yerra la recurrente al calificar de fraudulenta la conducta procesal de la actora; ha actuado dentro de los límites legítimos de su interés procesal, que no le obliga a velar por el de los demandados. Los mismos pueden, ejercitando las acciones oportunas, defenderlo.

La figura del contratista es equiparable a la del promotor a los efectos de imputarle la responsabilidad derivada del artículo 1591 CC, independientemente de que otro sujeto haya sido el constructor, bajo dirección técnica de arquitecto.—La doctrina de esta Sala equipara con carácter general la figura del contratista con la del promotor a los efectos de incluirlo en la responsabilidad del artículo 1591 CC (SS de 8 de octubre de 1990, 8 de junio de 1992, 20 de junio de 1995 y 3 de mayo de 1996), y esta doctrina aparece aplicada en la sentencia que se recurre. No puede la recurrente pretender lo contrario cuando ella es la que ha encargado la obra al constructor, para realizar el proyecto confeccionado por el arquitecto-director de obra, también demandados. Son los que, elegidos por la promotora recurrente, realizan para ella el edificio que destinaba a la venta por pisos como desarrollo de su actividad mercantil. Empleando los términos de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, no vigente en la fecha de los hechos, es la recurrente quien, como promotora, «decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título» (art. 9.1). El que la recurrente como promotora no haya sido constructora no le priva de la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC (SS de 21 de febrero de 2000 y las que cita).

La acción personal para reclamar responsabilidad por los vicios constructivos está sujeta a un período de prescripción de quince años contados desde la manifestación de los defectos, siempre y cuando ésta se haya producido en un período de diez años desde la terminación de la obra, sin que el ejercicio de la acción requiera denuncia previa de la existencia de los vicios.—El motivo se desestima pues la apreciación de las pruebas documental y pericial lleva a la Audiencia a declarar que los vicios ocurrieron dentro del plazo de garantía de diez años que señala el artículo 1591 CC desde la terminación de la obra. La recurrente, para apoyar sus afirmaciones contrarias, realiza una valoración subjetiva y parcial de aquel material probatorio, pero no señala ningún precepto legal que en esa tarea haya sido infringido por la sentencia recurrida, incurriendo en error de derecho, que es lo único controlable en casación, que no es una tercera instancia en la que cupiese una nueva valoración de la prueba practicada. Según la doctrina de esta Sala, en ese plazo de diez años han de aparecer los vicios, contándose a partir de tal evento la acción personal de responsabilidad de quince años (SS de 6 de abril de 1994, 29 de diciembre de 1998 y 29 de diciembre

de 1989, entre otras muchas), sin que se exija por el tan citado artículo 1591 CC la obligación de poner en conocimiento la aparición de los vicios a los legitimados pasivos como requisito o presupuesto necesario para ejercitar contra ellos la acción de responsabilidad.

No es incongruente la sentencia que condena a reparar unos defectos no detallados pero sí comprendidos en el suplico de la demanda, pero sí en los hechos de la misma.—El motivo se desestima, pues basta con leer el hecho tercero de la demanda para apercibirse de que la comunidad actora reclama por defectos de carpintería, y que ellos están comprendidos ineludiblemente en la súplica de la demanda, como los demás defectos constructivos, aunque éstos ni aquéllos se vuelven a pormenorizar en tal suplico, amplio y omnicomprensivo para todos los mencionados en los hechos de la demanda. Otra cosa es la legalidad de la condena de la recurrente con arreglo al artículo 1591 CC, que no se trata en el motivo en examen.

El presidente de la comunidad de propietarios tiene legitimación activa para reclamar por los defectos que afectan al edificio como un todo, legitimación a la que no se refiere el artículo 359 LEC.—El motivo quinto, al amparo del artículo 1692.3.º LEC, acusa infracción del artículo 359 de dicha Ley. En su defensa se dice que la mayor parte de los vicios se refieren a elementos privativos, para cuya defensa no tiene facultades el presidente de la comunidad actora.

El motivo se desestima. Ninguna relación guarda el problema de la legitimación activa con el artículo invocado como infringido ni con el ordinal 3.º del artículo 1692 LEC. Por otra parte, la sentencia recurrida no se refiere a defectos en específicos pisos independientes, sino a los del edificio como un todo, que pueden tener influencia en aquéllos, pero en modo alguno cabe sostener que entonces el interés general de la comunidad dependa o se subordine a que el propietario quiera ejercitar las acciones oportunas.

Los adquirentes de los pisos están activamente legitimados para reclamar responsabilidad a promotores, constructores y técnicos con base en el artículo 1591 CC, sin que el artículo 1907 CC tenga nada que ver con la cuestión.—El motivo se desestima porque de nuevo ha de insistirse en que el recurso de casación no es una tercera instancia del pleito, en la que puedan volverse a valorar aquellas pruebas, y porque el artículo 1907 CC nada tiene que ver con el problema planteado. Su presupuesto es el desarrollo o concreción del artículo 1902 CC, que obliga al propietario a reparar el daño causado a tercero, y aquí estamos en el ámbito del artículo 1591 CC, que es el de la responsabilidad de promotores, constructores y técnicos de una obra frente a los adquirentes, que son legitimados activos según doctrina de esta Sala establecida en la interpretación del artículo 1591 (SS de 25 y 17 de marzo de 1998, 9 de junio de 1989 y 6 de febrero de 1997).

El artículo 1214 CC, regulador de la carga de la prueba, sólo se infringe cuando la sentencia recurrida ha alterado el *onus probandi*, imponiendo a una parte la carga probatoria de un hecho que incumbe a la contraparte.—El motivo se desestima porque de nuevo hay que repetir que el recurso de casación no es una tercera instancia, y porque en la sentencia recurrida no se imputa ninguna responsabilidad a la promotora recurrente por no haber probado lo que no era su carga procesal con infracción del artículo 1214, sino que, dado los hechos probados que aparecen en autos, realiza la correspondiente imputación de responsabilidades. Si al fijar tales hechos se incurrió en error de derecho, debería haberse señalado las normas atinentes a

esa actividad infringidas por la Audiencia, y no se ha hecho, en su lugar se combate subjetiva e interesadamente su labor. El artículo 1214 CC sólo se infringe cuando la sentencia que se recurre ha alterado el *onus probandi*, es decir, cuando impone a la parte procesal la carga de probar lo que, según el precepto citado incumbe a la contraparte.

Para impugnar la valoración de la prueba pericial por la Audiencia, el recurrente en casación ha de demostrar que aquélla es ilógica o arbitraria.—El motivo se desestima en cuanto a los defectos distintos de la carpintería exterior del edificio. La sociedad recurrente no nos ofrece más que su versión interesada de la prueba pericial, no de que sea ilógico o arbitrario el proceder de la Audiencia al valorar el informe del perito. Su lectura permite colegir fácilmente cómo los daños están causados por mala construcción o ejecución o defecto de los materiales.

Respecto de los vicios de la carpintería exterior, la recurrente estima que fueron debidos a la falta de mantenimiento adecuado. No es eso lo que puede extraer y extrae la Audiencia del dictamen pericial, en el que se alude expresamente como con causa a defectos de calidad de la susodicha carpintería. Otra cosa es que sea acertado el criterio de la Audiencia de responsabilizar en su totalidad a la recurrente como promotora, pero ello no es tema de este motivo (sólo la infracción del art. 632 LEC), que debió formularse además del que se ha examinado, y en esa labor no puede la Sala constituirse en directora técnica de una parte del litigio contra la otra.

La casación no es una tercera instancia en la que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial de la integración del *factum*, pueda valorarse nuevamente la prueba y corregirse la aplicación de las normas legales.—El motivo se desestima porque la recurrente lo que pretende es que la casación se convierta en una tercera instancia, ya que no se trata de integrar hechos que, probados, debieron ser tenidos en cuenta por el juzgador explicitándolos además, sino de valoraciones probatorias y aplicaciones de normas legales las que habrían de ser corregidas para dar satisfacción a la recurrente, lo que obviamente es imposible que tenga amparo en la doctrina jurisprudencial de la integración del *factum*.

Es facultad de la Audiencia, no impugnable en casación, la apreciación de circunstancias que eximan del pago de las costas de la instancia.—El motivo se desestima porque la concurrencia o no de circunstancias excepcionales que permitan la no imposición de las costas de la apelación es una facultad discrecional de la Audiencia, cuya falta de ejercicio no puede dar lugar a la casación de su sentencia. (STS de 8 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de un bloque de pisos, representados por el presidente de la comunidad, interponen acción de reclamación de responsabilidad con base en el artículo 1591 CC por los vicios constructivos descubiertos en el edificio, contra el promotor-vendedor, la constructora y el arquitecto intervenientes en el proceso de edificación del inmueble. El Juzgado acogió parcialmente la demanda, condenando solidariamente al promotor y a la constructora y absolviendo al arquitecto. Apelada la sentencia por los condenados en primera instancia y adherida al recurso la comunidad de propietarios, la Audiencia revocó parcialmente la sentencia de instancia ampliando la condena a reparar los defectos percibidos en la carpintería exterior del inmueble. El promotor interpone el recurso de casación, que es desestimado por el TS. (M. C. B.)

35. Vicios de la construcción: artículo 1591 CC. Responsabilidad del arquitecto superior y del arquitecto técnico.—En esta sentencia el TS analiza las responsabilidades de distintos intervenientes en la construcción. Respecto al arquitecto superior señaló que quedaba exonerado de responsabilidad al adecuarse el proyecto a la normativa vigente, sin embargo, la constructora no aparece exonerada de responsabilidad al no actuar según las reglas y normas de la buena construcción.

El arquitecto técnico tampoco queda exonerado de responsabilidad, en el FD 3.º de esta sentencia, el TS realiza un análisis detallado de los deberes correspondientes al arquitecto técnico que son los siguientes: 1.º) la ejecución y vigilancia de las órdenes dadas por la dirección de la obra, procurando la perfecta realización de los trabajos; 2.º) el empleo de los materiales adecuados; 3.º) deber de conocer las normas tecnológicas de la edificación y advertir al arquitecto superior del incumplimiento; 4.º) vigilar que la realidad constructiva se ajuste a su *lex artis*; 5.º) inspección de los materiales empleados, proporciones y mezclas con la debida asiduidad; y 6.º) la correcta ejecución de las actividades constructivas respondiendo de los resultados dañinos que se ocasionan debido a errores, defectos o vicios de las edificaciones en que intervienen. (STS de 18 de septiembre de 2001; no ha lugar al recurso del arquitecto técnico y sí ha lugar al presentado por la comunidad de propietarios en lo relativo a las costas.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de la Urbanización *Arco Iris*, interpuso en el ejercicio de la acción decenal del artículo 1591 CC, demanda para la reparación de los vicios ruinógenos de tal urbanización, frente a la promotora (que fue declarada en rebeldía), el arquitecto técnico superior y contra el arquitecto técnico. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria en su integridad y condenó solidariamente a los demandados a reparar los vicios ruinógenos.

La parte actora interpuso recurso de apelación con el objeto de hacer extensiva la condena a las deficiencias de grietas en machones de fachadas y antepechos de terrazas. También el arquitecto superior interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial limitó la condena a la promotora y al arquitecto técnico. Contra el fallo, el arquitecto técnico recurre en casación.

NOTA.—La condena solidaria que se proclama para las responsabilidades, derivadas del artículo 1591 CC no tiene origen convencional, sino que es creación jurisprudencial, de tal forma que al obviar dicha solidaridad, el principio de la regla de individualización de la responsabilidad sólo se justifica cuando no se pueda discernir el grado de responsabilidad de cada uno de los demandados. El TS ha reiterado que en los casos en que se pueda deslindar la responsabilidad por daños ruinógenos de los distintos intervenientes en la obra se atribuirá la misma tan sólo a quien la haya originado (*vid.* SSTS de 22 de marzo y 29 de mayo de 1997, 13 de mayo de 1999 y 21 de febrero de 2000, entre otras). (M. C. L. J.)

36. Vicios de la construcción: artículo 1591 CC. Delimitación de las funciones del aparejador y del arquitecto.—El aparejador tiene una función

propia y separada de la del arquitecto del que es colaborador técnico. La responsabilidad del aparejador se deriva de sus funciones que son: 1) inspeccionar con la debida asiduidad los materiales, proporciones y mezclas; 2) ordenar la ejecución material de la obra; 3) vigilar que la obra se efectúe con sujeción al proyecto y a las buenas prácticas de la construcción; y 4) observar las órdenes e instrucciones del arquitecto.

El arquitecto como encargado en la dirección de la obra debe conocer todos los aspectos de la misma y es el responsable último como realizador y director del proyecto. En lo que respecta a la responsabilidad de los arquitectos, el arquitecto es responsable: 1) de que la ejecución de la construcción se realice en cuanto a su forma con arreglo a las pautas constructivas determinadas en el proyecto; 2) de que la obra se realice con arreglo a las reglas legales y técnicas que ríjan la construcción del proyecto; 3) de que se verifique el proyecto aceptado y contratado con mantenimiento de sus formas, dimensiones, calidades y utilidad. (STS de 10 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *INMOBILIARIA M.B.M, S. A.* acordó que los arquitectos don J. O. M., don J. T. V. y don Javier de la C. D. elaboraran un proyecto para la construcción de sesenta y siete viviendas de protección oficial, locales comerciales y garajes. Posteriormente, la citada entidad suscribió un contrato de ejecución de obra con la compañía *WELLING, S. A.* que, al ser incumplido por ésta, fue resuelto. Al tomar posesión de la obra, la entidad *INMOBILIARIA M. B. M, S. A.* observó que su estado no se correspondía con lo certificado, por lo que los arquitectos don J. O. M. y don J. T. V realizaron un informe en el que se exponían los defectos de las labores ejecutadas. El informe del aparejador don A. G. C. acreditó una serie de errores aritméticos en las certificaciones de obra firmadas por los dos arquitectos anteriores y don J. M.º M. L. (aparejador.)

La entidad *INMOBILIARIA M. B. M, S. A.* demandó a los tres arquitectos, al aparejador don J. M.º M. L., a la *ASOCIACIÓN DE SEGUROS MUTUOS DE ARQUITECTOS SUPERIORES (ASESMAS)*, a la entidad *AMAYA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S. A.* y a la compañía *WELLING, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda por litispendencia y posteriormente, su sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial. La entidad *AMAYA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S. A.* y don J. M.º M. L. de una parte y don J. O. M. y don J. T. V. de otra, interpusieron recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia sigue la consolidada línea jurisprudencial del TS que señala que «cuando no sea posible discriminar la específica responsabilidad de los participes en el resultado dañoso final, sea el constructor, arquitecto o aparejador, la responsabilidad será solidaria» (FD 5.º) (*vid. SSTS de 20 de junio de 1989, 13 de mayo de 1999 y 21 de febrero de 2000, entre otras.*)

El TS afirma en la sentencia que al firmar las certificaciones y equivocarse aritméticamente en las partidas se impidió que la demandante pudiera conocer el estado exacto de la obra, lo que incidió en el pago que ésta realizó a la compañía *WELLING, S. A.*. (*M. C. L. J.*)

37. Distinción entre el arrendamiento de servicios y de obra.—La decisión cuestionada ha seguido la línea jurisprudencial relativa a la obligación del arrendador para establecer la distinción entre el arrendamiento de servicios y el de obra, según la cual si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no al resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios, y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra (por todas, STS de 3 de noviembre de 1993).

La responsabilidad establecida en el artículo 26 LGDCU es subjetiva y no surge si se observa que fue diligente el prestador del servicio.—La responsabilidad aducida no surge si se producen los presupuestos del artículo 26 de la Ley expresada, y la sentencia de la Audiencia constata su presencia al declarar que «el guarda de la referida entidad codemandada cumplió adecuadamente sus funciones, ya que permanecía en el interior del hotel y estaba pendiente de los movimientos que pudiera haber en la puerta principal, controlando a las personas que, en la vía pública, estaban aparentemente discutiendo», y, asimismo, recuerda que, al tratarse de un contrato de arrendamiento de servicios, la prestación a que se obligaba la empresa demandada no consistía en garantizar el resultado en los términos convenidos, esto es: por una sola persona y durante las veinticuatro horas del día, aparte de que incumbía a la actora la demostración de que el vigilante no había obrado con la diligencia propia de su cometido y no ha podido acreditar que éste no estuviera cumpliendo adecuadamente su función, cuyas posiciones son aceptadas por esta Sala.

La presencia de una infracción administrativa no es bastante para imponer el resarcimiento por vía de actuación culposa.—No media causalidad entre el resultado dañoso alegado y la irregularidad en el cumplimiento de la normativa de ordenación de las empresas de seguridad privada, y, sobre este particular, procede traer a colación la doctrina jurisprudencial relativa a que la presencia de una infracción administrativa no es bastante *per se* para imponer el resarcimiento por vía de actuación culposa, toda vez que se precisa la inexcusable concurrencia del elemento subjetivo de culpabilidad (entre otras, STS de 15 de abril de 1985), y a que toda indemnización de daños y perjuicios requiere como elemento indispensable la imputabilidad al agente de las causas que pudieren producirlos (aparte de otras, STS de 20 de febrero de 1953). (STS de 8 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad demandante contrató un servicio de vigilancia en un hotel, en el que estaba realizando determinadas obras de remodelación. En ese contrato se estipuló que la vigilancia sería ejercitada por un único vigilante. Habiéndose producido posteriormente un robo, la demandante reclamó una indemnización de daños y perjuicios al empresario de seguridad y a la aseguradora de ésta, alegando que la obligación del primero era de resultado y se incluía dentro del ámbito del artículo 26 LGDCU, y que el vigilante no cumplía los requisitos exigidos por la normativa administrativa reguladora de las empresas de seguridad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, declarando que el contrato era un arrendamiento de servicios y la obligación de la empresa de vigilancia era de medios o de actividad. Apelada

la sentencia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso en lo referente a la imposición de las costas, manteniendo los restantes pronunciamientos. El TS desestimó el recurso de casación, basándose fundamentalmente en que el demandante no había acreditado la existencia de negligencia en la prestación del servicio.

NOTA.—Acaso lo más interesante de esta sentencia sea que el TS no rechace la afirmación esgrimida por el recurrente, empresario encargado de intervenir en la remodelación de un hotel, consistente en tener la condición de *usuario*, a efectos de reclamar por los daños padecidos por la prestación de servicios prevista en el artículo 26 LGDCU. (L. F. R. S.)

38. Existencia de préstamo usurario. Requisitos.—Para que se incurra en la prohibición prescrita en el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, ha de estarse en presencia de un contrato de préstamo, ha de haberse pactado el pago de un interés manifiestamente desproporcionado o «leonino» y ha de haber sido firmado el contrato forzado por una situación de angustia económica o inexperiencia.

Incongruencia de la sentencia.—El principio jurídico procesal de la congruencia no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia. Por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada. La armonía entre los pedimentos de las partes con la sentencia no implica necesariamente un acomodo rígido a la literalidad de lo suplicado, sino que ha de hacerse extensiva a aquellos extremos que lo complementen y precisen, o que contribuyan a la fijación de sus lógicas consecuencias, bien surjan de los alegatos de las partes, bien sean precisiones o aportaciones en su probanza. Lo que se persigue es que el tribunal se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad.

Calificación de los contratos.—La calificación jurídica de todo contrato responde a una labor de interpretación. Ésta es una facultad propia de los tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación, aun en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico. (STS de 10 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—*La Sociedad para el Desarrollo Industrial de Andalucía, S. A. (SODIAN) y la mercantil Alimentaria del Genil, S. A. (ALIGESA)* formalizaron en 1984 contrato de promesa de comprar y vender, mediante el cual *SODIAN* vendía a *ALIGESA* dos mil acciones representativas del capital social de *Mari Trini, S. A.*, de las que era titular *SODIAN*, venta que se efectuaría en cuatro plazos. En la cláusula cuarta del citado pacto se establece que el precio de la compraventa será el resultado de sumar al efectivo desembolsado por *SODIAN* para la adquisición de las acciones, el interés del catorce por ciento anual de dicha cantidad, que se devengará día a día a partir de la fecha de los desembolsos y hasta el momento del pago efectivo del precio.

Ante el incumplimiento de *ALIGESA*, *SODIAN* formula demanda en la que solicita que se oblige a la demandada al cumplimiento forzoso de la obligación de compra de las acciones establecida en el contrato por el precio pactado. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta, declara perfecta la compraventa de las acciones de *Mari Trini, S. A.*, e impone a la demandada el cumplimiento de la obligación de comprar en la forma estipulada en el contrato, conforme al precio pactado más la tasa de actualización prevista. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la mercantil demandada. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

39. Intereses retributivos y moratorios. El carácter usurario de los intereses pactados para un préstamo dinerario se establece comparándolos con los habituales en el tráfico y no con los intereses legales y teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la libertad contractual.—La comparación no debe tener lugar con el denominado interés legal, sino con el interés normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad contractual existente en esta materia para supuestos como el presente, habida cuenta de que, según el artículo 2 de aquella Ley, los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, sin perjuicio de la vigencia del régimen general sobre prueba y de la distribución de la carga de la misma, cuya línea ha sido seguida por la sentencia de instancia, con una argumentación que es aceptada por esta Sala; en verdad, el interés remuneratorio del 17 por ciento pactado no era notablemente superior al normal del dinero en la época del contrato, sino que se encuadraba entre los que entonces se pactaban habitualmente en los préstamos bancarios, y los propios demandantes concertaron otras pólizas con diversas entidades bancarias con unos tipos remuneratorios similares a los que son objeto del litigio.

La Ley de represión de la usura no se aplica a los intereses moratorios, sino a los retributivos o compensatorios que tienen una naturaleza diferente. La cláusula penal es una obligación accesoria y condicionada al incumplimiento de la principal, cuya función es tanto reparadora como punitiva.—Tampoco la tesis expuesta en el párrafo precedente es aceptada en esa sede por efecto de que los intereses de demora pactados en este caso son semejantes a los establecidos en Bancos y Cajas de Ahorro por aquel tiempo, y, además, según reiterada doctrina jurisprudencial, la pena pactada, para que sea viable, requiere que se derive del incumplimiento de una obligación principal (STS de 18 de mayo de 1963), amén de que la cláusula penal es una promesa accesoria y condicionada, que se incorpora a la obligación principal con doble función reparadora y punitiva (STS de 7 de julio de 1963), cuya finalidad es la de evitar la existencia y cuantía de unos perjuicios para los casos previstos de deficiente o total incumplimiento (STS de 20 de mayo de 1986); y corresponde señalar que un importante sector de la doctrina científica sostiene que, debido a la distinta naturaleza de los intereses retributivos y los moratorios, a estos últimos no se les debe aplicar la Ley de represión de la usura, pues cuando se habla de intereses se hace referencia a los retributivos, ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equi-

tativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y comutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable, y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido, como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora.

En definitiva, los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908.

Dada la importancia de su patrimonio, no puede estimarse que la voluntad de los prestatarios estuviera condicionada por su angustiosa situación económica.—De una parte, ya quedó descartado que los intereses fueran manifiestamente desproporcionados y, de otra, obra probado en autos que, entre otros hechos, los integrantes de la parte recurrente desarrollaban una importante actividad económica, tenían un patrimonio de, aproximadamente, trescientos millones de pesetas (300.000.000 de pesetas), habían invertido importantes cantidades en Marruecos para una nueva explotación agrícola mediante el arrendamiento al Estado marroquí de una finca de 600 hectáreas, iban a utilizar el dinero del préstamo en actividades económico-empresariales con fines de obtener importantes beneficios y, tal reconocen en la absolución de posiciones, a su vencimiento eran dueños de fincas rústicas suficientes para hacer frente al pago del capital facilitado, de lo que se deriva que contrataron libremente con la *Caja Rural de Sevilla* y sin que su voluntad estuviera condicionada por una situación económica angustiosa.

La casación no es una tercera instancia, de modo que, salvo en circunstancias excepcionales no concurrentes en el caso, no puede volverse en ella sobre el *factum* de la sentencia de apelación.—La recurrente pretende sustituir la apreciación probatoria realizada por el tribunal de apelación por la suya propia, pero, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, tal pretensión es inadecuada dada la naturaleza extraordinaria de la casación, pues volver sobre el *factum* de una sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias singulares no concurrentes en este caso, transformaría este recurso en una tercera instancia. (STS de 2 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Los beneficiarios de un préstamo concedido por una entidad de crédito pretenden la declaración de nulidad del contrato por el carácter usurario de los intereses establecidos, tanto los retributivos, como los moratorios. El Juzgado rechaza la demanda y su sentencia es confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia. Interpuesto el recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

40. Transacción. Concepto.—Mediante la firma de un acuerdo de transacción se trata de dirimir una controversia existente entre las partes sin necesidad de que las juzgue un órgano jurisdiccional. No es necesario que haya

equivalencia ni igualdad entre las concesiones que recíprocamente se hacen las partes en los contratos de transacción, y ni siquiera se exige, que estas concesiones tengan que ser de orden económico. El contrato de transacción supone «concesiones mutuas, teniendo como móvil la solución de un conflicto, lo que puede determinar la desigualdad en las concesiones y la evitación de perjuicios que le acarrearía la promoción del pleito para la satisfacción de su legítima pretensión» (FD 2.º).

Puede suceder que la situación de tensión, colisión o discrepancia pueda confundirse con intimidaciones, no existiendo tales, debido a que las mismas han de obedecer a causas externas al contrato, no constituyen intimidaciones las que nacen de las mismas relaciones contractuales y dan lugar, a que las partes, para poner fin a ellas, acudan a la vía transaccional. (**STS de 30 de junio de 2001**; no ha lugar).

HECHOS.—*Betón Catalán, S. A.* celebró un contrato transaccional con *Cementos Ceminter, S. A.*, en el momento de la firma, la primera sociedad le entregó a la segunda dos cheques por importe de 175.827.265 pesetas y 2.359.884 pesetas para el pago de deudas vencidas y exigibles a cambio de la cantidad de 50.723.847 pesetas que se compensaba y representaba un crédito aún no vencido. *Cementos Ceminter, S. A.* demanda a *Betón Catalán, S. A.* solicitando la nulidad parcial del contrato celebrado, argumentando que el contrato suponía un manifiesto desequilibrio económico que había sido aceptado bajo la influencia de intimidación y de dolo que anulaba su voluntad negocial. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, sin embargo, la Audiencia Provincial revocó la sentencia; ante lo cual se presentó recurso de casación.

NOTA.—La sentencia anotada sigue la reiterada línea jurisprudencial del TS que señala que «no constituye requisito esencial de la transacción la entrega recíproca de prestaciones» y que incluso «las prestaciones pueden ser sacrificios de orden moral y no han de tener necesariamente contenido económico» (*vid. SSTS de 30 de octubre de 1989, 6 de noviembre de 1993, 8 de julio de 1999 y 20 de diciembre de 2000*).

La jurisprudencia ha declarado que «toda transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación de éstos, de suerte que, sea judicial o extrajudicial, tiene carácter novatorio y produce el efecto de la sustitución de una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida» (*vid. SSTS de 20 de abril de 1989, 6 de noviembre de 1993 y 29 de julio de 1998*).

En esta sentencia, el TS resalta la idea de que «el estado financiero de *Cementos Ceminter, S. A.* es incompatible con una crisis o estado de necesidad, que hubiera justificado la aceptación de los pactos leoninos conforme a la tesis de la demanda». (FD 3.º). (*M. C. L. J.*)

41. Arbitraje. Contrato de compromiso.—La Ley de arbitraje, de 22 de diciembre de 1953, distingüía entre compromiso arbitral y cláusula compromisoria o estipulación por la que se obligan las partes a instituir el arbitraje en el caso de que existan conflictos en una determinada relación jurídica.

Sin embargo, la Ley de arbitraje, de 7 de diciembre de 1988, suprime la distinción y regula una única figura que es el convenio arbitral.

El contrato de compromiso de arbitraje puede ser tanto un contrato independiente, como una cláusula inserta en otro contrato. Para que el contrato preliminar de arbitraje tenga efectividad es necesario que la iniciativa de cualquiera de los contendientes no se anticipe a la acción judicial poniendo en marcha el mecanismo de arbitraje.

En cuanto a la forma, el contrato de compromiso tiene que formalizarse necesariamente en escritura pública, sin que el extendido en documento privado tenga otra eficacia que permitir a las partes compelerse para la formalización judicial. En el caso de que las partes no hayan hecho uso de esa facultad o no hubieran formalizado espontáneamente lo convenido otorgando escritura pública, queda sin efecto lo pactado. (**STS de 19 de junio de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes realizaron un contrato de compromiso en documento privado por el que acordaban que para el caso de que existieran futuras controversias en los tres contratos privados que habían celebrado (con fecha de 6 de junio de 1983, 29 de noviembre de 1985 y 14 de enero de 1986) se someterían a arbitraje y se obligaban a elevar el contrato de compromiso a escritura pública. Sin embargo, el compromiso no es formalizado y posteriormente, la entidad *Sociedad Cooperativa Hacienda El Carmen* promovió demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en la que solicitaba que se declarase la obligación solidaria del arquitecto, aparejador y empresas *Ocisa y Guvasa* fundada en el artículo 1591 CC. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

NOTA.—La jurisprudencia del TS ha manifestado que «la excepción de incompetencia de jurisdicción (recogida en el art. 19 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, ley aplicable en este supuesto) solamente es invocable cuando las partes hubieran formalizado el compromiso o se hallara el mismo pendiente de formalización ya pedida e iniciada, pero no con base en un mero contrato preliminar de arbitraje». Por este motivo, el TS entiende que en este supuesto no hay un abuso en el ejercicio de la jurisdicción por venir atribuido el conocimiento de la cuestión a la jurisdicción arbitral. (*M. C. L. J.*)

42. Extinción de la fianza pactada por concesión de prórrogas sin consentimiento del fiador ex artículo 1851 CC.—Al concederle prórrogas el acreedor al deudor para la entrega del material convenido, teniendo como finalidad otorgarle un tiempo posterior al pactado para la observancia de la obligación garantizada, el fiador tenía que haber consentido expresamente, exigencia que no se tuvo en cuenta, lo que impide la tutela del artículo 1851 CC (FD 3.º).

Resolución del contrato de ejecución de obra por incumplimiento del arrendador.—La voluntad de incumplir se revela por la prolongada inactividad o pasividad del deudor, «bastando con que se frustren las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz persistencia obstativa al incumplimiento» como ha reiterado la jurisprudencia. (**STS de 20 de septiembre de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Televisión Española, S. A.* y una productora firman un contrato el 31 de diciembre de 1987 por el que ésta se obliga a la entrega de una serie televisiva. El 21 de enero de 1988 se suscribe un contrato de fianza con el *Banco Urquijo Unión, S. A.* para el caso de que la productora tuviera que devolver por incumplimiento contractual la suma que como adelanto del precio le había dado *Televisión Española, S. A.* a la productora. Tras concederle tres prórrogas a la productora, *Televisión Española, S. A.* requiere la resolución del contrato por incumplimiento contractual y demanda a la productora y al *Banco Urquijo*. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda reclamando el pago de la suma anticipada. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la productora y estima el interpuesto por el *Banco Urquijo Unión, S. A.* dejando sin efecto la condena a éste. La productora de una parte y *Televisión Española, S. A.* de otra, interponen recurso de casación.

NOTA.—La sentencia anotada no se aparta de la consolidada línea jurisprudencial del TS que considera que la simple prórroga del *termino solutionis* es bastante para desencadenar el efecto previsto en el artículo 1851 CC y ha aclarado que «la mera pasividad del acreedor en la exigencia del pago, una vez devenida exigible la obligación no comporta concesión de prórroga al deudor», ya que, para que haya prórroga, es necesario la existencia de «actos inequívocos distintos de la mera tolerancia en percibir con retraso el pago de lo debido» (*vid. SSTS de 11 de noviembre de 1981 y 30 de diciembre de 1997, entre otras*).

En la sentencia anotada, podemos observar que ha habido incumplimiento resolutorio por parte de la productora tanto durante el plazo originariamente pactado, como durante las prórrogas concedidas al incumplir la obligación primaria de entregar la serie televisiva.

En algunas sentencias, el TS ha justificado el artículo 1851 CC argumentando que la extinción de la fianza viene determinada «por la mayor onerosidad surgida de la prolongación, que afectaría a la obligación del fiador, y por el juego de los principios generales en orden a los límites subjetivos de la eficacia de lo pactado (*res inter alios acta*), sin trascendencia a quien no ha sido parte del contrato, así como la improcedencia de quedar los efectos de la fianza al arbitrio del acreedor, en menoscabo del fiador, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1256 CC» (*vid. STS de 8 de octubre de 1986*). (M. C. L. J.)

43. Culpa extracontractual: responsabilidad civil de Comunidad Autónoma por hechos ocurridos en centro escolar de su titularidad: competencia de la jurisdicción civil: derecho transitorio.—En relación con el derecho transitorio hay que poner de relieve la dificultad de señalar la línea divisoria entre los supuestos de los artículos 40 y 41 LRJAE 1957, lo que explica la consolidación de las doctrinas invocadas sobre *vis* atractiva de la jurisdicción civil y evitación del peregrinaje jurisdiccional. Así de acuerdo con la doctrina contenida en SSTS de 2 de febrero de 1996, 22 de diciembre

de 1999 y 7 de marzo de 2001, se diferencian dos supuestos: *a*) cuando la Administración actúa en funciones típicas de la soberanía del Estado, revestida de *imperium*, su responsabilidad patrimonial se exigirá ante la jurisdicción contencioso-administrativa; *b*) cuando la Administración, actúe o no con *imperium*, es demandada conjuntamente con una persona privada, existiendo un vínculo real, no ficticio de solidaridad entre ambos, se impone la *vis atractiva* de la jurisdicción civil. En el supuesto ahora contemplado, la Administración demandada no actuaba revestida de imperio, y lo fue conjuntamente con una persona privada, como era el director del colegio en que ocurrieron los hechos, al que se imputaba una conducta negligente en el ejercicio de sus funciones y en relación de solidaridad con la Administración, pese a lo cual aquél fue absuelto por la Audiencia Provincial. Por todo ello procede desestimar el motivo y declarar la competencia de la jurisdicción civil. (STS de 19 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Se trataba del daño moral causado a un menor por una agresión sexual dentro del Centro docente, demandándose conjuntamente al director del centro y a la Comunidad Autónoma de la que dependía el Centro; el Juzgado de Primera Instancia se declaró incompetente, pero la Audiencia Provincial absuelve al primero, condenando a la Comunidad Autónoma; el TS estima el recurso y condena a aquélla. Cabe poner de relieve, la gran tenacidad con que, para situaciones de derecho transitorio, la Sala 1.^a del TS está manteniendo su competencia en reclamaciones de responsabilidad civil extracontractual contra las Administraciones Públicas, con argumentos basados en la *vis atractiva* de aquélla, y por economía procesal para evitar el *peregrinaje de jurisdicciones*. Un supuesto similar es el resuelto por STS de 10 de abril de 2000 (extractada en ADC, 2000, p. 1306 y s., con nota de G.G.C.) (responsabilidad del Ministerio de Educación y Cultura por lesiones graves causadas a un escolar durante el recreo, declarándose además la negligencia de los profesores que lo vigilaban). Con el transcurso del tiempo, tales casos de competencia transitoria de la Sala 1.^a se ratificarán. (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual: indemnización civil por accidente laboral: evolución de la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS; fundamento de la competencia civil.—Hay que reconocer el alto grado de desacuerdo entre las decisiones judiciales, incluso del mismo nivel, sobre cuál debe ser el orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad civil del empresario por los daños que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta de aquél. Así al dictarse el 5 de mayo de 1996 la sentencia de la Audiencia Provincial, esta Sala 1.^a declaraba por regla general la competencia del orden jurisdiccional civil, pero la Sala Especial prevista en el artículo 42 LOPJ para resolver los conflictos de competencia entre órganos de dicho orden civil y del orden jurisdiccional social, en cambio, ya había dictado los dos Autos que resolvían el conflicto a favor del orden jurisdiccional social. La problemática de la cuestión siguió manifestándose cuando varias sentencias de esta Sala, situadas aproximadamente en el tiempo entre la fecha de la sentencia recurrida y la que ahora se dicta, optaron decididamente por declarar la competencia del orden jurisdiccional

social (así SSTS de 24 de diciembre de 1997, 10 de febrero y 24 de octubre de 1998). Finalmente, desde argumentos de distinto orden se ha retornado a la línea de afirmar la competencia civil (SSTS de 30 de noviembre y 10 de abril de 1999, 7 de julio de 2000, 22 de junio y 2 de julio de 2001), pero no sin el matiz de que para ello la acción ha de fundarse en los artículos 1902 y 1903 CC, ya que si se funda únicamente en el incumplimiento de las medidas de seguridad, que en la relación laboral constituyen una obligación típica del empresario, la competencia corresponderá al orden jurisdiccional social (así SSTS de 11 de febrero, 26 de mayo y 12 de junio de 2000). Queda de manifiesto que la trayectoria de esta Sala no ha sido rectilínea y, con ello, que la solución adoptada por la Audiencia Provincial no sólo entra de lleno en lo razonable, sino que incluso quedaría refrendada por las citadas sentencias de esta Sala dictadas desde finales de 1997 hasta mediado de 1998. No obstante, los recursos ahora examinados deben ser resueltos en coherencia con el criterio adoptado después y mantenido hasta la actualidad, por lo que fundadas las demandas en los artículos 1902 y 1903 CC debe concluirse que la competencia corresponde al orden civil. Adviéntase que en esta materia no puede considerarse del todo satisfactoria una solución estrictamente formalista, que no es sino manifestación de un problema de mayor calado, consistente en que la normativa laboral no conduce por sí sola a la reparación íntegra del daño, ni siquiera cuando se aplica el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad por culpa del empresario, recargo también tasado y cuya naturaleza jurídica (sancionadora o reparadora) es objeto asimismo de viva polémica; de ahí que, siendo hoy patente en nuestro ordenamiento jurídico la superación del principio de inmunidad del empresario y de los límites de la reparación, esenciales en su día, resulte aconsejable mantener, en garantía del principio de reparación íntegra del daño, la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la posible culpa del empresario fundada en los artículos 1902 y 1903 CC.

Complementariedad de indemnizaciones: requisitos para ejercitar la acción civil.—La jurisprudencia que está siguiendo la última orientación en la materia (así SSTS de 18 de noviembre de 1998 y 21 de julio de 2000), precisa que el tratamiento civil deberá analizar cuidadosamente la concurrencia de los requisitos del artículo 1902 CC, señaladamente el autor de la falta, la culpa y la relación de causa a efecto, y que, siendo una acción complementaria, no siempre será aplicable, ni la teoría de la creación de riesgos, o de la inversión de la carga de la prueba, como tampoco tendrá plena acogida la negligencia profesional, y siempre cabrá pensar en la concurrencia de causas del evento dañoso; para fijar la cuantía de la indemnización civil se considera correcto computar lo ya percibido por el perjudicado en concepto de prestaciones de la Seguridad Social con origen en los mismos hechos enjuiciados.

Estimación del recurso y devolución a la Audiencia Provincial.—Aunque esta Sala tiene declarado al respecto, que si el motivo estimado se funda en el defecto de jurisdicción, el propio órgano de casación debe asumir la instancia y resolver el fondo (así SSTS de 19 de enero de 1999 y 23 de octubre de 2000), sin embargo el caso examinado presenta importantes peculiaridades que aconsejan devolver las actuaciones al tribunal de segunda instancia para que éste se pronuncie con libertad de criterio en el fondo sobre los recursos de apelación interpuestos en su día por todas las partes, ya que al estimar la incompetencia de jurisdicción, alegada por vez primera por el demandado en el acto de la vista, se produjo un vacío prácticamente total en cuanto a la ape-

lación de las restantes partes, con posibilidad, incluso, de celebrar nuevamente aquélla. (STS de 8 de octubre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia. (Pte.: Marín Castán) que expone con claridad meridiana el criterio que actualmente mantiene la Sala 1.^a respecto de su propia competencia en materia de responsabilidad civil por accidentes laborales, sin ocultar palmarias contradicciones anteriores, y añadiendo una razonable explicación de los motivos que avalan el cambio jurisprudencial producido en el transcurso de pocos años (probablemente, para prevenir y salir al paso de un eventual recurso de amparo). La contradictoria jurisprudencia de la Sala 1.^a en la materia se puso ya de manifiesto en esta sección del *ADC* (v. amplia anotación de G. G. C., 2000, pp. 775-778, centrada en las consecuencias operadas en la jurisprudencia como consecuencia de los AA de 1993 y 1994 de la Sala de Conflictos). El cuadro descrito en la sentencia extractada podría todavía completarse: así, a favor de la jurisdicción social la STS de 23 de julio de 1998 (en *ADC*, 2000, p. 347 s., y nota de G. G. C., y la STS de 11 de febrero de 2000 (en *ADC*, 2001, p. 1297); a favor, en cambio de la jurisdicción civil —siempre más numerosas— la STS de 13 de julio de 1998 (extractada en *ADC*, 2000, p. 347 s. y nota de G. G. C.); la STS de 18 de noviembre de 1998 (en *ADC*, 2000, p. 772); la STS de 30 de noviembre de 1998 (en *ADC*, 2000, p. 1270 s., y nota de G. G. C.). En tanto no se produzca un cambio legislativo considero bastante probable que la Sala 1.^a mantenga esta *última* dirección jurisprudencial, sin perjuicio de que las jurisdicciones inferiores, con alguna frecuencia, puedan mantener eventualmente la contraria. (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual: muerte en accidente laboral: competencia civil.—El núcleo de la presente cuestión tiene por base concreta un accidente laboral con resultado de muerte, y la viuda, con apoyo en los artículos 1902 y 1903 CC, exige la procedente indemnización en razón a una culpa extracontractual; el auto que se declaraba incompetente por no atañer a la jurisdicción civil el conocimiento de la demanda y sí a la del orden social, no puede ni debe ser mantenido, ya que tal posición pugna con la reiterada jurisprudencia de esta Sala relativa a procesos coetáneos que sostiene la compatibilidad de las indemnizaciones laboral y civil, puesto que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los aludidos preceptos del Código civil reguladores de la culpa extracontractual, sino que admite su vigencia al admitir expresamente que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil; las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de la Seguridad Social y, mediáticamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que se originan de diferente fuente de obligaciones. La STS de 8 de octubre de 1984 establece que la jurisdicción civil no viene vinculada a la laboral, siendo independiente para enjuiciar conductas cuando se acciona al amparo de los artículos 1902 y 1903 CC, ya que la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a la relación de trabajo.

Estimación del recurso: devolución de los autos al tribunal de apelación.—A tenor del artículo 1715, 1.1.^a LEC no será esta Sala la que, asu-

miendo la instancia, resuelva el fondo del asunto, ya que ello significaría un ataque a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, al privar a los contendientes de la segunda instancia, correspondiendo al Tribunal *a quo* definir y resolver la cuestión de fondo, en la fase correspondiente de apelación, trámite del que se privó a las partes al apreciar una falta de competencia no correcta. (STS de 28 de noviembre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Doctrina coherente con la nueva orientación jurisprudencial de la Sala 1.^o en relación con el tema, tal como se explica en la STS de 8 de octubre de 2001, extractada y anotada en este *ADC*. (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: práctica de deportes de riesgo (*rafting*): calificación contractual o extracontractual: irrelevancia en este caso de una u otra.—Las circunstancias concurrentes demandan, según la técnica doctrinal dominante, tratar el tema controvertido con arreglo a la normativa de la responsabilidad contractual, y más concretamente dentro de los deberes secundarios de protección (*Schutzpflichten*) que en nuestro Código tienen un sólido fundamento en el artículo 1258 —principio de la buena fe como contenido integrador del contrato—, aunque algún sector doctrinal vea también su soporte, si bien ya sólo en la perspectiva del deudor, en la exigencia de la diligencia debida (art. 1104 CC). Ahora bien, el hecho de que la resolución recurrida haya resuelto el pleito en sede de culpa extracontractual, y en la misma línea venga configurado el recurso de casación, no plantea trastorno alguno desde el punto de vista procesal, porque en la demanda se ejercitaron, en forma subsidiaria, las dos acciones, y por otro lado, dadas las circunstancias del caso, no resulta relevante la aplicación de uno u otro régimen jurídico. Por ello, y porque la materia de los deberes de protección y seguridad y su deslinde del desarrollo anormal del contrato todavía es tema novedoso y no totalmente pacífico, y asimismo, porque tampoco hay una jurisprudencia anterior unitaria, y en el propósito —exigencia— de dar respuesta a la pretensión ejercitada, en sintonía con la efectividad de la tutela judicial, la argumentación que se expondrá contempla especialmente el litigio desde la óptica extracontractual.

Muerte de participante en práctica de *rafting*.—El fallecimiento se produce con ocasión del desarrollo de una prueba o práctica deportiva de *rafting*, consistente en el descenso de una embarcación por las aguas bravas de un río; la víctima es un joven de veintiún años de edad, muy aficionado a las actividades acuáticas y conocimientos de submarinismo, concertó con la entidad *LUR*, su intervención en una prueba de esta clase, encargándose la sociedad del desplazamiento desde Bermeo (Vizcaya) a la provincia de Zaragoza así como la organización de la actividad, tanto en lo que se refiere a los elementos materiales, como personales. El accidente se produjo en un punto del río Gállego, término municipal de Murillo del Gállego, conocido como «Paso del Embudo», desfiladero de especial dificultad, y en el que la balsa neumática que portaba a los ocho participantes y al monitor, quedó encallada en una roca; éste dio orden a todos los tripulantes de que pasaran a popa con el fin de que, al producirse una mayor presión en la parte trasera, pudieron actuar a modo de palanca o contrapeso respecto a la parte delantera, y seguidamente, mediante un impulso brusco con un pie sobre una roca, consiguió liberar a la embarcación, la cual debido a la fuerte corriente se balanceó, cayéndose tres

pasajeros al agua, y si bien dos fueron recogidos en piraguas de apoyo, no fue posible hacerlo con la víctima, pese a que el monitor trató de elevarlo a la balsa agarrándolo por una mano. La muerte no se produjo por ahogamiento, sino por una contusión que hace suponer que sufrió un fuerte golpe con una roca.

Responsabilidad de la empresa organizadora y del monitor: ausencia de culpa en ambos.—No se advierte qué es lo que se dejó de hacer que, efectuado, pudiera haber evitado el resultado lesivo, salvo la no realización de la actividad; se da un supuesto claro de ausencia de culpa, pues no puede culparse al monitor que al caer fortuitamente el accidentado se golpease la cabeza con una piedra en una roca, produciéndose la muerte por traumatismo craneo-encefálico. No se observa ninguna deficiencia en la organización de la actividad; la víctima conocía todo lo relativo a medidas de seguridad pues no era la primera vez que hacía *rafting* y, en particular, conocía el punto concreto del accidente, y la hipotética inexperiencia de los demás no consta que incidiera en el desarrollo causal; en el material empleado no se aprecia el mínimo descuido; la balsa o lancha era totalmente adecuada para la actividad, y gozaba de todos los elementos de seguridad; el material de protección individual era de primera calidad; el equipo de apoyo es el que rescató a los otros dos tripulantes caídos de la embarcación; ciertamente el punto en que se produjo el evento es peligroso, pero entendido ese peligro como mayor dificultad técnica y que no excede de la que suele haber en descensos de este tipo y que han de sortear los participantes, tratándose de un lugar conocido y de habitual paso para los que realizan descensos. No cabe hacer ningún reproche a la maniobra de desencallamiento de la balsa ordenada por el monitor. La ausencia de culpa, incluso en su mínimo grado de levísima, excluye la imputación subjetiva.

Asunción de riesgo por la víctima.—Se trata de una actividad voluntaria, cuyo peligro era conocido por el solicitante, y el accidente se produjo dentro del ámbito del riesgo asumido y aceptado, no concurriendo en los demandados ningún incremento o agravación del riesgo asumido. (STS de 17 de octubre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de un nuevo sector de producción de daños, constituido por las actividades deportivas de alto riesgo, respecto del cual la doctrina apenas ha profundizado (no se ocupa específicamente de ello M.ª del Rosario Díaz Romero, «La responsabilidad civil extracontractual de los deportistas», *ADC*, 2000, p. 1483 ss.) y la jurisprudencia del TS resulta más bien escasa. En el FD 4.º se invoca la STS de 22 de octubre de 1992, referente a las lesiones sufridas con ocasión del juego de pelota a pala, con pérdida de la visión de un ojo (extractada en *ADC*, 1994, p. 500, nota G. G. C.; y comentario de Cavanillas Múgica, en *CCJC*, núm. 30, p. 439 ss.); pero se trata de un deporte que no constituye una novedad pues ha sido practicado de antiguo en el País Vasco y Navarra principalmente. En cuanto a la STS de 20 de marzo de 1996 (accidente durante la práctica de esquí en Sierra Nevada), en atención a las circunstancias (pista con cierta dificultad, con nieve dura como la de primavera, en una estación carente de toda vegetación), el TS considera que «comporta la creación de un riesgo por parte del esquiador de elevadísimo grado», desestimando el recurso contra la sentencia de la Audiencia Provincial que denegó toda indemnización.

zación al lesionado. Alguna mayor novedad aparece en el caso resuelto por la STS de 20 de mayo de 1996 (colisión de lancha a motor con escollo sumergido a escasa profundidad en pantano, con resultado de muerte de uno de los pasajeros, y se declara la responsabilidad por conducir a velocidad excesiva según las circunstancias); y también la STS de 14 de abril de 1999 (accidente en caso de aprendizaje de parapente). Todavía cabría añadir la STS de 18 de marzo de 1999 (extractada en *ADC*, 2000, p. 1719 s, nota G. G. C.) en un caso curioso en que el accidente se produce por utilizar pista no dedicada a esquiar; y la S de 10 de junio de 1997, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en que se reclama y otorga indemnización por lesiones causadas al montañero que participó voluntariamente en tareas de rescate. Me parece que la sentencia ahora extractada (Pte.: Corbal Fernández), asumiendo algunos elementos de la jurisprudencia expuesta, realiza un ejemplar tratamiento del tema, basado en un análisis minucioso de los hechos y de la posible responsabilidad de la entidad organizadora de la actividad deportiva de riesgo, y del monitor, proporcionado por aquélla. Cabría, por tanto, concluir que quien participa voluntariamente en tales actividades deportivas de gran peligrosidad (*rafting*, *puenting*, *surfing*, escalada, submarinismo a grandes profundidades etc.) asume los riesgos inherentes a las mismas, sin que pueda invocar la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad por riesgo cuando se trata del habitual y normal en tal tipo de actividad; pero subsiste un deber accesorio de la entidad organizadora de informar debidamente a los participantes sobre tales riesgos. Tal información parece, sin embargo, faltar en el caso de los frecuentes accidentes de motos náuticas, incluso con resultado de muerte, que se están dando en nuestras playas mediterráneas. En el caso resuelto, el TS realiza una integración del *factum*, de la que resulta que la víctima era aficionada y conocedora del riesgo ínsito en la actividad voluntariamente asumida; por otro lado, se prueba la actuación diligente, tanto de la organización, como del monitor. La conclusión exoneratoria de responsabilidad parecía bastante clara.

También resulta correcta la consideración inicial de la sentencia en torno a la irrelevancia del enfoque contractual o extracontractual del hecho, partiendo de la acumulación alternativa de ambas acciones en la demanda inicial. La jurisprudencia es muy abundante a este respecto (véase la STS de 24 de julio de 1998, *ADC*, 2000, p. 348 s., con nota de G. G. C.). En cambio se estima una *mutatio libelli*, en el caso resuelto por la STS de 3 de mayo de 1999, (en *ADC*, 2001, p. 473). No se plantean, en el caso de la sentencia extractada, problemas de prescripción de la acción, ni tampoco de la carga de la prueba. (G. G. C.)

47. Culpa extracontractual: lesiones al descargar uva en locales de cooperativa: doctrina del riesgo: concurrencia de culpas.—Según STS de 25 de junio de 2001, existe ya una doctrina jurisprudencial que puede considerarse consolidada, que establece la tesis del riesgo acreditado, preexistente

y concurrente, que en línea quasi-objetiva, minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone una actuación voluntaria que obliga a extremar todas las precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la integridad física de las personas, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial cierto, por resultar entonces de adecuada aplicación el artículo 1902 CC, con la consecuente inversión de la carga de la prueba. En casos como el presente se recoge la savia tuteladora de aquella teoría a favor de quienes resultan damnificados cuando por razones de presencia accidental o pactada –como ocurre en este caso, a propósito de una entrega de uva–, se hallan dentro del propio círculo de actividad empresarial de la imputada, quien, en su objetivo lícito de obtención de lucro, despliega un complejo mecanismo de circunstancias en su explotación, a cuyas resultas se produce el ilícito dañoso que, por supuesto, ha de imputarse a aquella actividad –salvo en casos extremos de probanza de no riesgo, o de exclusiva negligencia del así dañado–, cuya reparación viene a funcionar, acaso, como un elemento compensador de ese lucro en pos de la defensa de los intereses de las víctimas así dañadas, acorde con apotegmas clásicos tales como *ibi emolumentum, ubi onus*.

Concurrencia de culpas en la producción del daño.—En el suceso concurren dos causas conjuntas: la caída de la trampilla por acto voluntario del perjudicado, y, fundamentalmente, el mal estado de la plataforma receptora por el descuido en su conservación por parte de la cooperativa demandada. Es doctrina de esta Sala que, en estos casos, debe acompañarse la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad, salvo que se produzca culpa exclusiva de la víctima; en otro caso hay que distribuir proporcionalmente el *quantum* indemnizatorio, siendo competencia discrecional del Juzgador la facultad de moderar la responsabilidad, según el artículo 1103 CC. (STS de 17 de octubre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Por un lado, sorprende que ambas sentencias de instancia desestimaran la demanda de indemnización con base en falta de prueba de la última causa productora de las lesiones sufridas al descargar la uva, aplicando una interpretación estricta de los requisitos establecidos en el artículo 1902 CC. Por otro, resulta ejemplar la acertada descripción de la responsabilidad por riesgo (Pte. Martínez-Pereira Rodríguez), doctrina, cuya aplicación, parece, sin embargo, ser objeto de interpretación restrictiva en la última jurisprudencia (así STS de igual fecha sobre un caso de muerte ocurrida en práctica de *rafting*). En el caso de la sentencia extractada, no se aclara, en particular, si el lesionado es miembro de la cooperativa, en cuyo caso el daño habría que enjuiciarlo en el seno de las relaciones internas de aquélla, o, por el contrario, si se trataba de un mero vendedor de uva a ésta. Con acierto el FD 5.º establece que la entrega de la uva requiere una serie de actos previos en el trácto prestacional, pues el espacio o terreno donde se recibe el género debe encontrarse en buen estado de mantenimiento a cargo de la cooperativa; lo que no ocurrió en este caso. Se cifra en el 85 por ciento la responsabilidad de la cooperativa, y el 15 por ciento restante se atribuye al propio lesionado. Con todo, no queda claro cómo hubiera debido proceder el lesionado para exonerarse de responsabilidad: ¿abstenerse de quitar la trampilla

de su vehículo hasta que actuaran los empleados de la cooperativa?, ¿comprobar previamente en persona el estado de las instalaciones? Probablemente hay una actuación habitual de buena fe entre las partes, reiterada cada año en el momento de entregar la uva al final de cada cosecha. Quizá por ello el TS ha buscado una solución de equidad, que es de aprobar, sobre todo en la calificación de los hechos como responsabilidad por riesgo. (G. G. C.)

48. Culpa extracontractual: lesiones causadas al obrero que descarga planchas de acero: falta de prueba.—Según la sentencia de apelación no se sabe con exactitud cuáles fueron las causas del accidente, ni el propio actor conoce cuáles pudieron ser sus causas; no se sabe si fue debido al uso de cables redondos al sujetar las planchas a la grúa, que aunque no los más óptimos, son los que normalmente se usan para el trabajo que estaban realizando, o por la clase de ganchos que usaron para la descarga; si se debió al hecho de permanecer indebidamente en la caja del camión el lesionado, o si fue por estar la plancha mal enganchada, habiendo realizado el enganche el actor, o porque éste tratará de corregir el enganche dándole a la plancha con un palo; todo lo cual hace ignorar la causa del accidente. La Inspección de Trabajo no apreció infracción de las normas de seguridad e higiene; la prueba pericial estima que sin ser óptima la utilización de cables redondos, es el que suele utilizarse en tales trabajos; en cualquier caso, ninguno de los operarios debía permanecer en la zona sita debajo de las planchas durante la maniobra del izado y bajada de las mismas por la grúa; también es de significar que el lesionado poseía amplia experiencia en los trabajos metalúrgicos, tenía la cualidad de oficial de segunda y era el encargado y único responsable de la empresa de transporte, en la actividad desplegada, por lo que era de su responsabilidad prevenir en su caso el hipotético descuido que denuncia.

Responsabilidad de la empresa titular del camión-grúa y del conductor de éste: inexistencia.—Ni la instalación, ni el funcionamiento de la grúa incidieron en el desencadenamiento del evento; no se han probado las irregularidades denunciadas por el lesionado, las cuales, en su caso, tendrán la consideración de meras infracciones administrativas. Tampoco cabe atribuir al conductor del camión ninguna acción ni omisión que haya incidido en la generación o contribuido a la producción del resultado lesivo.

Inaplicación de la teoría del riesgo.—En todo caso es preciso que se pruebe la existencia del nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado que ejercita la acción; no basta que las lesiones se hayan producido por la caída de la plancha izada por una grúa, dada la participación que en la maniobra tenía el lesionado. En otros casos de daños causados por una grúa (SSTS de 8 de junio de 1989, 28 de febrero de 1992, 13 de noviembre de 1993, 15 de febrero y 17 de julio de 1995) hay una acción u omisión trascendente causalmente atribuible a personas físicas o jurídicas, lo que no ocurre en el caso de autos. (STS de 6 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Conviene advertir que aunque se trata de reclamar una indemnización por accidente laboral, en ninguna instancia se ha planteado la excepción de incompetencia de jurisdicción. De aplicarse la doctrina que últimamente viene prevaleciendo en la Sala 1.^a, en el caso no se da, ni se invoca, infracción de las medidas de seguridad en el trabajo, sino que la demanda se fundamenta

exclusivamente en la normativa civil. Se estaría, por tanto, de un caso claro de competencia civil. El argumento que parece ha sido el decisivo en la sentencia (Pte.: Corbal Fernández) para desestimar la pretensión de una elevada indemnización (que supera los veintinueve millones y medio de pesetas) radica en la falta de prueba de la relación causal productora del daño. No deja de sorprender la invocación de este motivo desestimatorio porque parece, más bien, que se está en presencia de una responsabilidad *in re ipsa*, siendo evidente que el daño se produce con motivo y ocasión de la prestación del trabajo, sin que deje de haber cierta contradicción en la argumentación de la sentencia extractada pues, de una parte, se afirma que se ignora la génesis del accidente, y, por otro, se vienen a destacar hechos que implican un actuar culposo del lesionado (permaneció en la caja del camión mientras se desarrolló la operación, intervino para rectificar la colocación de la pieza) o bien, se le convierte en obrero muy experimentado en tales trabajos, o, simplemente, en obrero-gestor de la empresa transportadora. ¿Ha comenzado el declive –jurisprudencial–, de la responsabilidad por riesgo? (Una reciente formulación en la STS de 17 de octubre de 2001, extractada en este *ADC*; anteriormente, por la STS de 29 de abril de 1999, *ADC*, 2001, p. 477; aplicación de la responsabilidad por riesgo a un accidente de trabajo en la STS de 15 de abril de 1999 en *ADC*, 2000, p. 477 s., con referencia a jurisprudencia anterior). En la sentencia extractada se minimizan las infracciones administrativas en que, al parecer, incurrió la empresa del camión-grúa; sin embargo, la STS de 11 de junio de 1998 destaca que tales empresas quedan sujetas a severas reglamentaciones administrativas (extractada en *ADC*, 2000, p. 366 ss. con nota de G. G. C.). Cabría concluir que si en todos los casos de reclamación civil por accidente laboral, echamos el *onus probandi* sobre los hombros del lesionado, podemos llegar a vaciar de contenido la responsabilidad civil del empresario por estos desgraciados hechos. (G. G. C.)

49. Culpa extracontractual; responsabilidad civil por hecho ajeno: daños causados en finca ajena por obras de urbanización: relación de dependencia del artículo 1903 CC: responsabilidad del Ayuntamiento: culpa *in vigilando*.—La relación de dependencia, presupuesto del artículo 1903 CC, no ha de ser necesariamente laboral, pudiendo derivarse de otros vínculos jurídicos cuales los de arrendamiento de obras y servicios y de bienes, y concurre siempre que se haya reservado, o le corresponda a la entidad a quien se atribuye la culpa *in vigilando* la vigilancia, intervención, control o cierta dirección en los trabajos, efectuados o a efectuar, por el agente causante del daño, o empresa a que éste pertenece o para quien actúa, y que el acto lesivo haya sido realizado en la esfera de actividad del responsable. (STS de 2 de noviembre de 2001; no ha lugar.) (G. G. C.)

50. Culpa extracontractual: lesiones causadas por toro bravo escapado del encierro: prueba: culpa exclusiva de la víctima.—Hay que excluir la pretendida estampa familiar que es interrumpida por un toro bravo, escapado de un festejo, y contemplar la realidad del demandante que conduce su

furgoneta y se traslada al lugar en donde se encuentra la res, y donde reconoce que vio a la misma y en un descuido le corneó; el tema no es de presunción sino de interpretación documental; si el actor y recurrente admite y reconoce que fue al lugar donde se encontraba el toro escapado, conduciendo su furgoneta y que paró, y en un descuido le corneó, no ofrece duda que estaba lo suficientemente próximo a la res para que ello aconteciese; tal conclusión no es ilógica sino racional.

Inaplicación del artículo 1905 CC.—Si la sentencia *a quo* recoge que el daño y lesiones se debieron a la culpa exclusiva del que sufrió el daño, y el artículo 1905 CC no habla siquiera de culpa exclusiva, sino que hace bastante la culpa del paciente del daño, no puede decirse que tal precepto haya sido conculado, ni siquiera por interpretación errónea. Incluso prescindiendo del tema culpabilístico, y atendiendo a la sola causalidad, no ofrece duda que las lesiones padecidas por el recurrente encuentran su causa directa y eficiente en su actitud de acudir con su vehículo al lugar en que se encontraba un animal peligroso para verle, y se baja del coche y se sitúa en su proximidad, y le cornea en un descuido. No se puede buscar la causa en sucesos remotos, y hacer responsables a ganaderos por criar tales animales, hay que atender a la causa próxima, a la conducta del demandante que, sin razón, ni necesidad alguna, acude al lugar, muy lejano, donde se encuentra el toro escapado, hasta el punto de tener que utilizar su vehículo, e, incluso, acceder a una zona de árboles o alameda en que su furgoneta no tiene acceso, y se acerca para verlo y se descuida.

Diligencia del empresario taurino: riesgo creado por la víctima.—El empresario taurino codemandado empleó la diligencia debida para controlar el animal, una vez que la res se detuvo en la alameda, al punto que allí fue sacrificada más tarde; lo que ya escapa a todo el control de la diligencia del empresario es que la gente acuda en vehículos a la zona, y allí persiga al toro; entre ellos el actor se bajó de su vehículo, se acercó y resultó lesionado. Por ello hay que concluir que tal conducta del recurrente supuso la causa eficiente y determinante del resultado dañoso sufrido al crear una situación de riesgo y asumirlo, en claro enlace causal de su imprudente conducta y del lesivo resultado, que con su actuación rompió el nexo causal derivado del hecho de escatarse el toro.

Incongruencia: inexistencia.—La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la prescripción de la acción, que fue alegada en la contestación a la demanda, la Audiencia Provincial desestima dicha excepción, pero entrando en el examen de la pretensión, la desestima, por apreciar culpa exclusiva de la víctima. La incongruencia no existe. (**STS de 15 de octubre de 2001; no ha lugar.**)

NOTA.—No sería correcto decir que, en la sentencia extractada, la persona lesionada gravemente por un toro bravo escapado, ve desestimada íntegramente su pretensión en ambas instancias, y rechazado asimismo el recurso de casación, dado que existe una discrepancia fundamental en los hechos y en la interpretación del derecho aplicable, hasta el punto de que el FD 1.º llega a decir que *el recurso se ha colocado, por lo general, a extramuros de la mínima ortodoxia casacional*. Se escapa un toro en el encierro de las fiestas de un pueblo vallisoletano, y después de recorrer cinco kilómetros, se refugia en una alameda, a la que acude mucho público; al cabo de varias horas se consigue darle muerte, no sin

que anteriormente corneara gravemente al actor. ¿Es aplicable el artículo 1905 CC? La sentencia extractada (Pte.: Martínez-Pereda Martínez), confirmando íntegramente la de apelación, lo niega basado en que, conforme a los hechos probados, el lesionado acudió por curiosidad, y sin causa razonable, al lugar en donde se había escondido el toro, y en un descuido, le corneó. El lesionado creó por actos propios una situación de riesgo, y los daños le son directamente imputables, al haberse roto el nexo causal de los hechos originados por la huída del toro. Sin embargo, no parece arbitrario presumir que en el caso ocurrió lo que habitualmente sucede: los ganaderos persiguen a la res escapada, quizás con ayuda de voluntarios y, acaso, del personal del Ayuntamiento; no se demuestra que éste dictara disposiciones especiales, ni que prohibiera el acceso de la población al lugar en que estaba refugiado el animal («acudió mucha gente», se dice). No convence plenamente esa hipotética «creación de riesgo» que asumió exclusivamente el propio lesionado. En la doctrina especializada se sostiene que la culpa a que alude el artículo 1905 CC tiene que ser necesariamente *exclusiva* (de Ángel Yagüez, *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, p. 2042). Se trataría, más bien, de una culpa compartida, aunque el porcentaje mayor correspondiera a la víctima. (G. G. C.)

51. Culpa extracontractual: responsabilidad de cirujano: deber de información.—Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial llegan a la conclusión fáctica de que el recurrente conocía claramente la gravedad de su estado y los altos riesgos de la intervención quirúrgica necesaria para procurar detenerlos.

Lex artis ad hoc.—En el recurso se denuncia el incumplimiento de la denominada *lex artis ad hoc*, que es como actualmente se denomina a lo que tradicionalmente se ha conocido como técnicas, procedimientos y saberes de la profesión médica; pero las argumentaciones del recurrente son interpretaciones subjetivas e interesadas de la prueba pericial, constituida por el informe de tres médicos forenses, sin que se demuestre que haya sido valorado ilógicamente o fuera de las normas de la sana crítica.

Responsabilidad de clínica privada en cuyas instalaciones actúa cirujano independiente: cuestión nueva.—El cirujano demandado ha actuado en las instalaciones de una policlínica, en virtud de acuerdos privados a que ha llegado con ella, pero sin formar parte del personal de aquélla, ni estar unido a ella por relaciones de dependencia o subordinación. En primera instancia se declaró no existía culpa o negligencia imputable a la policlínica con base en el tratamiento y atención que recibió el actor en el post-operatorio. En casación se introduce una cuestión nueva, consistente en imputar al centro hospitalario una responsabilidad directa por razón de los beneficios que percibe por la cesión del uso de sus instalaciones al cirujano demandado. Hay que concluir que no está en absoluto probado que el cirujano estuviese unido a la empresa titular de la policlínica por una relación jurídica de la que procediese su dependencia e integración en el personal de la misma, no equivaliendo obviamente a tal relación la existencia de acuerdos particulares que mantuviera con ella para utilizar sus instalaciones en el ejercicio privado de su profesión. (STS de 18 de octubre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Es ya abundante la doctrina jurisprudencial sobre el deber de información del personal médico. La STS de 28 de diciembre de 1998 declaró que tampoco existía tal deber respecto de los riesgos atípicos (en el caso se trataba de una intervención prostática y las secuelas consistían en incontinencia urinaria e impotencia *coeundi*; extractada en *ADC*, 2000, p. 1281 s.). Sobre este deber en general, jurisprudencia reciente: STS de 13 de abril de 1999 (en *ADC*, 2001, p. 483); STS de 7 de marzo de 2000 (en *ADC*, 2001, p. 1309, sentencia en un caso de trasplante de médula). (G. G. C.)

52. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: contagio del SIDA por transfusión sanguínea posterior a cesárea: responsabilidad del centro hospitalario: deber de información.—Se tenía que haber informado a la paciente de los riesgos de la transfusión sanguínea, y, entre ellos, la posibilidad de contagio del SIDA, así como de las alternativas posibles a tal medida. La transfusión se efectuó el 10 de agosto de 1985 por indicación del médico de guardia, y se detectó la enfermedad el 23 de septiembre de 1987; se incumplió tan primordial deber de informar a la paciente, mediante lo cual el enfermo puede escoger con libertad dentro de las opciones posibles, incluso la de no someterse a ningún tratamiento o intervención. El riesgo de contagio existía, en España y en el extranjero, al tiempo de realizarse la transfusión, y de ahí las medidas normativas que hubieron de dictarse después. La actuación negligente del hospital, por sí mismo y por sus médicos, radica en que, tratándose de una cesárea, cuya práctica se conocía cuatro meses antes del alumbramiento, pues la actora era paciente en el Centro donde siguió su embarazo, y, conociéndose los peligros de la transfusión sanguínea, no se adoptaron medidas alternativas, ni se informó de ellas a la paciente.

Prueba del daño.—La actora padece infección del virus HIV, estadio IV-A, y con motivo de ello se le concedió la invalidez permanente en grado de absoluta, a los treinta y cinco años de edad, por el Tribunal Médico de incapacidades el 3 de junio de 1988, y consta asimismo el largo calvario de padecimientos, desde astenia, anorexia, diarrea y mal estado hasta las poliadenopatías en todas las cadenas accesibles, cuadros depresivos que obligan a tratamientos ansiolíticos, desorientación y bradipsiquia con nistagmus, etcétera: una duración de más de quince años con tal gravísima dolencia hace razonable la cuantía próxima a veinticinco millones de pesetas, fijada en la instancia. (STS de 17 de octubre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Se reitera una jurisprudencia ya consolidada. Últimamente v. SSTS de 16 de diciembre de 1998 (extractada en *ADC*, 2000, p. 1272 s., nota G. G. C.); 28 de diciembre de 1998 (en *ADC*, 2000, p. 1273 s., nota G. G. C.); y 10 de noviembre de 1999 (en *ADC*, 2001, p. 971, sentencia anotada por Díaz de Lezcano). (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

53. La prescripción adquisitiva del dominio debe ser alegada por aquél a quien beneficia.—El motivo primero del recurso se desestima porque la sentencia de instancia, si bien ha entrado *obiter dicta* en el tema de

la prescripción extraordinaria con la respuesta de la falta de acreditación de que los sucesivos detentadores de la finca la hubieran poseído en concepto de dueño durante todo el tiempo necesario para la usucapión, ha seguido la línea jurisprudencial relativa a la exigencia del planteamiento de la prescripción adquisitiva por la parte sin que el juzgador pueda acogerla de oficio.

Capacidad del donante.—Para adquirir la propiedad por donación es preciso que el transmitente sea propietario y, en este supuesto, se ha utilizado el contrato de 6 de marzo de 1987 para crear una falsa apariencia de dominio, al privar a la donación de su causa genuina —la liberalidad— e, incluso, de su esencial carácter de modo de adquirir, para convertirla en un negocio simulado cuyo fin no ha sido otro que apoderarse de la propiedad ajena.

Interversión del concepto posesorio.—Esta Sala tiene declarado que, en cualquier caso, es preciso para la intervención que el cambio del concepto posesorio se revele socialmente de manera precisa e indudable, mediante un comportamiento como propietario, lo que aquí no ha ocurrido.

El ejercicio de una acción contradictoria del dominio inscrito a nombre de otro lleva implícita la petición de la cancelación del asiento registral.—Al respecto procede traer a colación la STS de 16 de marzo de 1996, que resume la postura actual sobre este particular y dice lo siguiente: la S de 30 de septiembre de 1991, citada por la de 20 de diciembre de 1993, establece que la más reciente y consolidada doctrina de esta Sala matizando las consecuencias en el proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo, o al menos, coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción para obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la más actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal o específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta petición y no puede ser causa de que se deniegue la petición respecto a la titularidad registral. (STS de 9 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. interpone demanda declarativa de dominio frente a los hermanos L. C. La cuestión que les enfrenta se concreta en si una determinada finca, cedida en precario en 1937, ha sido o no adquirida por los causahabientes de los hermanos L. C., quienes alegan que la finca les pertenece en virtud de la donación —inscrita en el Registro de la Propiedad— hecha por su madre en 1987. El Juzgado rechaza la demanda siendo revocada su sentencia por la Audiencia Provincial. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por los hermanos demandados en la instancia. (R. G. S.)

54. Despojo de propiedad privada por Autoridad Municipal en procedimiento expropiatorio: vías de hecho: competencia de la jurisdicción civil.—La situación litigiosa no tiene origen en una situación legal de expropiación forzosa, sino en el despojo por parte de la Administración de una propiedad privada, al actuar por vías de hecho. La Corporación recurrente ha

extendido la expropiación forzosa a bienes que no le correspondían, mediante el ataque real a la propiedad privada, lo que supone que el Ayuntamiento de G. ha incurrido en lo que doctrinal y jurisprudencialmente se conocen como *vías de hecho*, y cuya situación aparece definida en STS de 8 de junio de 1993 como «aquella actuación administrativa no respaldada de forma legal por el procedimiento legitimador de la concreta actuación, que se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite», lo que supone, según esta sentencia, que «las vías de hecho aparejan como principal efecto la pérdida de las prerrogativas administrativas, especialmente las procesales, colocando a la Administración en paridad de posición frente al particular, como administrado agraviado; en definitiva remite las cuestiones litigiosas a la jurisdicción civil u ordinaria por medio de los procesos comunes». La doctrina de la sentencia referida, seguida por muchas otras, de ociosa cita, es aplicable al supuesto de debate, toda vez que, mediante las instrucciones de la recurrente, se hizo efectivo el derribo de las dos viviendas sitas en las plantas 2.^a y 3.^a del edificio de la calle C. V., núm. 25, de Gijón, que no habían sido objeto de expropiación, con lo que incurrió en vías de hecho, y perdió su aforamiento jurisdiccional, de manera que es la jurisdicción civil la que tiene que resolver la cuestión planteada; por lo demás la presente controversia fue planteada y terminada antes de la entrada en vigor de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998.

Demandas contra la empresa que realizó el derribo: ausencia de responsabilidad por seguir las instrucciones del Ayuntamiento.—La empresa demandada fue tráida a juicio por ser quien materialmente derribó las dependencias litigiosas, si bien en la tramitación del juicio, y por los datos demost- rativos logrados en el período probatorio, quedó demostrada su falta de responsabilidad en atención a que su actuación se acomodó al proyecto elaborado por la Administración; lo cual no obsta a la legitimidad de su inicial incorporación como litigante pasivo del proceso, si bien la acción principal ejercitada es la reivindicatoria. (STS de 14 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Se acuerda la expropiación forzosa del sótano y bajo de una casa, pero el Ayuntamiento ordena además el derribo parcial de las plantas segunda y tercera del edificio, en una extensión de treinta y siete metros cuadrados. No hay en los autos, elementos de juicio suficientes para apreciar y valorar esta situación de hecho, pero el sentido común dicta que hay problemas técnicos o errores de por medio. ¿Es posible expropiar sólo el sótano y bajo de un edificio? ¿Qué pasa con el piso primero, al ser derribados el segundo y tercero? En todo caso, la solución legal es impecable; parece correcta la calificación de tal conducta municipal como «vías de hecho», con las consecuencias inherentes que se derivan. (G. G. C.)

55. Competencia de la jurisdicción civil en cuanto a los terrenos comprendidos en un deslinde administrativo.—La competencia de los órganos jurisdiccionales del orden civil viene limitada a las cuestiones referentes a la titularidad dominical, pública o privada, de los terrenos comprendidos en el deslinde administrativo, en tanto que la concesión para la ocupación de bie-

nes de dominio público marítimo-terrestre estatal es competencia de la Administración del Estado (art. 64 de la vigente Ley de costas y art. 129 de su Reglamento) y entre estas concesiones se comprenden las que tienen su apoyo legal en la DT 1.^a, apartado 1, de la Ley de costas, a que se refiere la sentencia recurrida al confirmar la sentencia de primera instancia; así se desprende, igualmente, *a sensu contrario* de la S de esta Sala de 10 de junio de 1996, en la que si no se acogió el motivo de casación que, en el mismo sentido que el aquí examinado, formuló el Abogado del Estado fue porque en la demanda no se había peticionado el establecimiento de la concesión aunque la Sala *a quo*, aparte de estimar la demanda, añadió la declaración «sin perjuicio de la transformación en concesión y demás efectos prevenidos en la Ley de costas 22/1988, de 23 de julio». En consecuencia, las cuestiones judiciales que se susciten con esa conversión del dominio privado reconocido en concesión administrativa habrán de dilucidarse ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para fijar la indemnización correspondiente a la expropiación de la propiedad privada.—Lo expuesto sirve también como fundamento para la estimación del motivo tercero en que se insiste en la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que se susciten en torno a la concesión administrativa como forma o fondo indemnizatorio de la expropiación de la propiedad privada.

Justificación de la privación del dominio por la Ley de costas.—Dispone el artículo 5.º 1.º LOPJ que «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos»; en cumplimiento de este mandato, esta Sala ha de tener en cuenta para la resolución del recurso, la S 149/1991, de 4 de julio, del TC resolviendo los diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por distintos Jueces y Tribunales contra la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas.

Refiriéndose a la cuestión relativa a si la eliminación de los derechos de propiedad existentes sobre los terrenos que la Constitución incorpora al dominio puede ser considerada como privación de tales bienes y haya de dar lugar, por consiguiente, a una indemnización, cuestión que atañe al respeto de la garantía expropiatoria, que la propia Constitución reconoce, dice el TC que «esta eliminación de las titularidades privadas sobre terrenos incluidos en el dominio público sobre la ribera del mar no puede ser considerada desde el punto de vista constitucional, como una decisión arbitraria o carente de justificación, pues cuando menos, la forma más simple y directa de poner en práctica una decisión ya adoptada por la Constitución misma, de manera que si de expropiación ha de hablarse es aquella la que establece la *causa expropriandi*»; y en cuanto a la existencia de indemnización, afirma el TC en referida sentencia «que no cabe hablar de inexistencia de indemnización es cosa evidente. Si la expropiación se opera precisamente por la transformación de la propiedad en concesión, el valor económico de ésta no puede ser entendido sino como compensación determinada *ope legis*, por la privación del título dominical. La relación entre expropiación y conversión del título, de una parte, y la naturaleza compensatoria de la concesión que se otorga, de la otra, no aparecería tal vez con absoluta nitidez en la propia Ley, que daba a los

propietarios el plazo de un año para solicitar dicha conversión y no ofrecía solución alguna para el supuesto de que se dejara transcurrir ese plazo sin cursar la solicitud. El desarrollo reglamentario de esa norma (DT 1.^a 2 del Reglamento general) al ordenar a la Administración que, de oficio otorgue la concesión cuando se hubiera agotado el plazo para solicitarla, vino a llenar esa laguna e hizo patente que se trata, en efecto, de una libre opción, sino de una decisión expropiatoria en la que es la misma Ley la que fija el *quantum* de la indemnización», y agrega que «la conversión del título que faculta para la ocupación y aprovechamiento del dominio público es simultáneamente un acto de privación de derechos y una compensación por tal privación, la vulneración del primero de los artículos mencionados (se refiere al art. 33.3 CE, aclaramos) sólo puede entenderse producida por la insuficiencia de la indemnización».

Es indemnización suficiente por la privación de la titularidad dominical la conversión del título que faculta para la ocupación y aprovechamiento del dominio público.—En cuanto a la insuficiencia de la indemnización dice el Tribunal que ha de atenderse a la existencia de un «proporcional equilibrio» (STC 166/1986, FJ 13.B) entre el valor del bien o derecho expropiado y la cuantía de la indemnización ofrecida, de modo tal que la norma que la dispone sólo podrá ser entendida como constitucionalmente ilegítima cuando la correspondencia entre aquél y ésta se revele manifiestamente desprovista de base razonable.

Niega el Tribunal que la norma sea constitucional, diciendo que «la singularidad de las propiedades a las que la norma se aplica, ya antes comentada, de una parte, el mantenimiento aunque sea a título distinto pero por un prolongado plazo, de los derechos de uso y disfrute que los mismos propietarios tenían de la otra, y la consideración, en fin, de que en todo caso esos bienes habrán de quedar sujetos, aun de haberse mantenido en manos privadas, a las limitaciones dimanantes de su enclave en el dominio público, hacen imposible entender que la indemnización ofrecida, dado el valor económico y sustancial de ese derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio durante sesenta años y sin pago de canon alguno, no represente, desde el punto de vista del juicio abstracto que corresponde a este Tribunal un equivalente del derecho de que se priva a sus anteriores titulares».

Impugnación de la titularidad dominical a favor del Estado a través de acciones civiles: artículos 13 y 14 de la Ley de costas.—No obstante la declaración del artículo 13 de la Ley de que el deslinde aprobado declara la posesión y titularidad dominical a favor del Estado, se entiende que de las fincas incluidas dentro del deslinde, no se impide que quienes se crean afectados por el deslinde ejerciten, al amparo del artículo 14, las acciones civiles de que se crean asistidos, acciones dirigidas a obtener una declaración de que las fincas afectadas por el deslinde eran de propiedad privada de los actores antes del deslinde y que constituirá el presupuesto para la aplicación de la indemnización que se establece en la DT 1.^a de la Ley; entender la finalidad de esas acciones civiles en el sentido que parece darle el motivo que se examina, de que declarada la titularidad privada de la finca ésta quedaría excluida del dominio, choca con el criterio legal y haría perder todo sentido a la citada DT que en ningún caso encontraría aplicación.

Los terrenos calificados como suelo urbano pueden tener carácter demanial.—La definición del demanio marítimo-terrestre es competencia del Estado estableciendo el legislador las características físicas que han de con-

currir en los terrenos para que los mismos queden integrados en el dominio público mediante la aprobación del deslinde, conforme establece el artículo 13 de la Ley de costas. En ninguna de las normas contenidas en las Disposiciones Transitorias que invocan los recurrentes se manifiesta esa imposibilidad de que terrenos clasificados como suelo urbano no puedan tener carácter demanial, siempre que en ellos concurren las características físicas que se mencionan en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley. (**STS de 9 de julio de 2001; ha lugar.**)

HECHOS.—Los demandantes pretenden ante el Juzgado de Primera Instancia que se declare su titularidad sobre una finca urbana convertida en demanial por deslinde administrativo con arreglo a la Ley de costas. Subsidiariamente y para el caso de que el pedimento anterior no prospere solicitan se reconozca su derecho a obtener los beneficios que prevé la DT 1.^a de la norma citada (ocupación y aprovechamiento del dominio público). La sentencia del Juzgado atiende en lo sustancial a lo pedido subsidiariamente. No prospera la apelación de los demandantes y el Abogado del Estado. Recurren ambas partes y ha lugar a la casación pretendida por la Abogacía del Estado. El TS revoca parcialmente la sentencia del Juzgado y estima —también en parte— la demanda. (*R. G. S.*)

56. Interpretación de los contratos: facultad que corresponde a los tribunales de instancia.—En cuanto a los preceptos que se reputan infringidos (arts. 1281, 1282 y 1253 CC), es doctrina consolidada de esta Sala, que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio tiene que prevalecer a menos que se demuestre que sea ilógica o absurda —SS de 17 de marzo y 23 de mayo de 1983, 17 de abril y 7 de octubre 1993, 29 de marzo de 1994 y 9 de abril de 1996, entre otras muchas— pero sin que pueda pretenderse sustituir con el criterio del recurrente la interpretación realizada —SS de 30 de octubre, 10 y 22 de noviembre de 1982, 4 de mayo de 1984, 26 de septiembre de 1985 y 28 de febrero de 1986, entre otras.

Zona marítimo-terrestre.—Ha constituido una doctrina jurisprudencial con anterioridad a la Ley 22/1988 que los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como bienes de dominio público y corresponde precisamente al particular que se oponga la carga probatoria de acreditar los hechos obstativos a los mismos o, en su caso, los derechos que sobre los mismos aduzca. O sea que ha de demostrar la desafectación de los bienes o que su alienabilidad ha sido autorizada o que el mismo terreno ha pasado a propiedad de los particulares antes de la Ley de puertos de 1880 —SS de 23 de junio y 13 de octubre de 1981, 11 de junio y 4 de julio de 1985, 22 de julio de 1986, etc.— lo que provocaba en tales bienes una natural afección de estos bienes al dominio público por su interés y uso público, con las tradicionales notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, principios que ha recogido el artículo 132.1 CE. Si bien, la doctrina jurisprudencial admitió la existencia de enclaves de propiedad privada en la zona marítimo-terrestre cuando aquéllos han sido adquiridos antes de la Ley de puertos de 1880, pero ello no empece para que rija en todos los casos una fuerte y calificada presunción a favor del dominio nacional —S de 25 de junio de 1987—.

Mas toda esta regulación ha sufrido un cambio profundo con la tantas veces citada Ley 22/1988, no sólo en cuanto amplía la citada zona marítimo-terrestre en su artículo 3.1. a) que pone el límite «donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos o cuando las supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial ...», sino que establece que «no podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, ni aun en el supuesto de terrenos ganados al mar o desecados en su ribera» (art. 9.1). (**STS de 18 de julio de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. demanda al *Ministerio de Obras Públicas y Transportes* para que se declare que determinados terrenos son de su propiedad. El Juzgado estima parcialmente la demanda y declara que el actor y los copropietarios tienen los derechos que les reconoce la DT 1.^a en relación con la 4.^a de la Ley 22/1988, de costas sobre terrenos de dominio público deslindados. La Audiencia desestima los recursos del particular y de la Abogacía del Estado. No ha lugar a los recursos de casación que las partes interponen. (*R. G. S.*)

57. Propiedad horizontal. Excepcionalidad de la norma estatutaria: obras que afectan a elementos comunes.—El TS declara el carácter excepcional de las normas previstas en los Estatutos de la comunidad de propietarios que permiten limitar el contenido de los preceptos generales de la Ley de propiedad horizontal. Por este motivo, la norma estatutaria puede admitir la realización de obras que afecten a elementos comunes, como son el suelo y la superficie de un patio interior, sin la necesidad de una autorización por parte de todos los propietarios. La comunidad está obligada a admitir la realización de estas obras cuando se cumplan los requisitos que estatutariamente se prevean (necesidad de las obras, autorizaciones municipales, que se cause el menor agravio posible al resto de los propietarios, ... etc.). El TS afirma que dichas normas estatutarias suelen ser menos estrictas en el caso de los locales de negocios, respondiendo por un lado a criterios de oportunidad que favorecen su adquisición y por otro, flexibilizando los requisitos de consentimiento unánime de los propietarios para la realización de obras de este género, ya que de exigirse la unanimidad se limitaría la posibilidad de explotación de dichos locales de manera considerable. (**STS de 29 de octubre de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Inter-Liber, S. A.* demanda a la comunidad de propietarios donde radica su local de negocio en juicio ordinario declarativo de menor cuantía sobre impugnación de acuerdos comunitarios, al negársele por esta vía la realización de las obras de instalación de chimeneas de salida de humos.

Admitida a trámite la demanda, el Juzgado de Primera Instancia la desestima íntegramente. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial dicta sentencia estimando parcialmente el recurso y declarando la procedencia de las obras. Recurrida en casación por la comunidad de propietarios esta sentencia, el TS desestima el recurso e impone las costas a la parte recurrente.

NOTA.—Hay que destacar en este tema la reforma sustancial de la LPH de 1960 por la Ley 8/1999, de 6 de abril, que introduce disposiciones flexibilizadoras del régimen de mayorías para el establecimiento de determinados servicios. Dicha reforma ha venido a dar una nueva redacción al artículo 396 CC relativo a la calificación como comunes o privativos de los elementos del edificio dividido horizontalmente. (S. E. M.)

58. Propiedad intelectual. Derecho de autor: paternidad de la obra y derecho transitorio.—El TS afirma que cabe presumir *iuris tantum* la paternidad de la obra inscrita en el Registro de la Propiedad Intelectual correspondiente. Es necesario demostrar por este motivo, la existencia de disonancias efectivas entre una obra y la inscrita para poder refutar la acusación de plagio. Carecen de consistencia las alegaciones sobre la diferencia de títulos como justificación de tal disonancia cuando el contenido de las obras es idéntico. A su vez, el debate sobre la autoría conlleva siempre una decisión ímplicita sobre el plagio, ya que para que éste exista ha de ser copia de una obra ajena (en este sentido, las SSTS de 28 de enero de 1995 y 23 de marzo de 1999). El derecho aplicable conforme a la DT 4.^a de la Ley 22/1987, de 7 de diciembre, será dicha ley incluso para aquellas obras cuya creación sea anterior a la fecha de su entrada en vigor, salvo que existan derechos adquiridos y consolidados con anterioridad a la mencionada fecha.

Daños materiales y morales.—No existe una predeterminación legal de los factores valorativos para fijar las correspondientes indemnizaciones por estos conceptos. Es necesario hacer un examen ponderado de las circunstancias de cada caso para determinar los daños materiales (número de ejemplares que podrían haberse vendido, beneficio que habría supuesto tal venta, ... etc.) y los morales (grado de difusión de la obra ilícita, incomodidades de orden familiar, ... etc.). Se debe evitar en estos supuestos la atribución de cuantías arbitrarias o irrationales. (STS de 23 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. L. G. demanda a la *Asociación de Industria de Navarra* solicitando la declaración de autoría de la obra propiedad del actor y de todos los manuales en que se divide la misma, y cuyo contenido la demandada utilizó en la realización de unos cursos sin su conocimiento y consentimiento. Igualmente solicita la indemnización por daños y perjuicios tanto materiales como morales.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Dicha resolución es confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. El TS en casación, desestima el recurso interpuesto.

NOTA.—El texto de la LPI de 1987 ha sido sustituido por el RDL 1/1996, de 12 de abril, modificado posteriormente por la Ley 5/1998, de 6 de marzo. Actualmente la materia relativa a los daños materiales y morales se regula en su artículo 140 LPI y la presunción de paternidad del derecho inscrito en el artículo 145.3 LPI, siendo idéntico su contenido al previsto por la ley anterior en ambos casos. (S. E. M.)

59. Propiedad intelectual e industrial. El derecho del autor de unos dibujos, como obra pictórica, es susceptible de obtener protección tanto con base en la normativa reguladora de la propiedad industrial, como con arreglo a las normas de la propiedad intelectual. La inscripción del dibujo en el Registro de la Propiedad Industrial (ahora OEPM) no excluye la protección que otorga la Ley de propiedad intelectual, sin que a estos efectos, en el caso de dibujos, se requiera inscripción en el Registro correspondiente. El derecho a la indemnización proviene del uso no autorizado e indebido de la creación por una entidad empresarial con finalidad lucrativa.– Ambos motivos han de aceptarse y, por ello, el recurso con base a las siguientes consideraciones:

a) Que, como es sabido, el derecho de autor sobre su obra, goza de la protección general de la propiedad privada, que, por tanto, no puede sufrir limitaciones o, emisiones de uso por un tercero sin su autorización (S de 15 de diciembre de 1998).

b) Que si bien es cierto la argumentación de la recurrida sobre la dualidad reguladora en nuestro Derecho (habida cuenta la cronología de la legalidad aplicatoria) de la protección de los dibujos artísticos, o de la tutela de sus creaciones formales, ya que, por un lado, se les contempla como creación artística en sede de propiedad intelectual y, por otro, en cuanto a su uso en el tráfico empresarial, [así, dentro del Estatuto de la propiedad industrial y en el marco del derecho de propiedad industrial en su art. 2 ap. *c*) ya se hablaba de dibujo industrial como de dibujo artístico, y así se define el dibujo industrial en su art. 182 –S de 26 de octubre de 1994– mientras que el dibujo artístico, lo está en el art. 190, ambos merecedores de tutela tras su inscripción en el Registro: art. 183; sin perjuicio de que el segundo goza también de tutela si está inscrito en el Registro de la Propiedad Industrial, dualidad también contemplada en la S de 5 de mayo de 1998] dentro ya de la propiedad industrial, y que el autor puede optar por un sistema u otro de subsunción legal en su propiedad, no es posible sancionar sin cobertura alguna al derecho ejercitado en autos porque el mismo sólo estaba inscrito en el Registro de la Propiedad Industrial, según lo constatado.

c) Cabe al efecto aplicar el dibujo cuestionado en su dinámica operativa dentro del Estatuto de 26 de julio de 1929 –sin posibilidad de retrotraer los efectos de la vigente Ley de 11 de noviembre de 1987, S de 4 de enero de 2000–, cuanto dispone el citado por la Sala *a quo* artículo 182 en relación con el 190, al prescribir que se entenderán comprendidos en el concepto de dibujo industrial los «dibujos que, constituyendo una reproducción de una obra de arte, se exploten con un fin industrial ... independientemente de los derechos que pudieran corresponderles en el concepto de propiedad intelectual». Mientras que en la esfera, en cierto modo *estática* de su proyección, exclusivamente, intelectual de los citados dibujos artísticos, era condición indispensable –según el art. 36 que cita la Sala de la primitiva Ley de 10 de enero de 1819–, el haber inscrito el derecho correspondiente en el Registro de la Propiedad Intelectual, lo que, claro es, no acaeció en la *litis*.

d) Dentro de la panorámica de los derechos sobre bienes inmateriales –tanto lo sean de propiedad industrial como intelectual– y aplicándole al problema desde sus inicios ordenadores hasta la normativa vigente, existe un cuerpo decantado de doctrina jurisprudencial que examina su contenido y lo desdobra, bien resaltando su proyección directa emanada de la propia personalidad –inmanencia *ad intra*– que comportan los llamados derechos morales

y su vertiente *ad extra* de los llamados derechos materiales o patrimoniales que como tal, corresponde a su autor y que le protegen de cualquier injerencia extraña y le permiten su uso o explotación exclusiva según su índole; los primeros, regulados en el Capítulo III, Sección 1.^a, artículo 14 y ss., y, los segundos en la Sección 2.^a, artículos 17 y ss., de la Ley 22/1987, de 11 noviembre (hoy, derogados por DD única del RD Ejecutivo 1/1996, de 12 de abril), de tal forma que su autor es el único titular de ese uso y puede, por tanto, no sólo ejercitarlo a su modo, sino impedir aquel uso indebido por persona no autorizada, —entre otras la S citada en el motivo de 30 de octubre de 1995.

e) Derivar de esos antecedentes, como hace la Sala, de que por estar reconocida esa titularidad sólo en la dinámica industrial, esto es, la relativa al uso o explotación del objeto artístico así registrado, no puede deparar a los interesados acción de defensa alguna tendente a la evitación de esa injerencia o, en su caso, —como en autos— su derecho al resarcimiento, no debe sostenerse, porque, ni de la normativa expuesta se obtiene esa consecuencia, ni menos, aún, es compatible la argumentación de la instancia en su transrito FJ 3.^º de que literalmente, «el programa en que se divulgaron los dibujos era o tenía un “carácter cultural o divulgativo/recreativo”, pero no comercial o empresarial, al consistir éste en una “actividad dirigida al mercado para colocar en él con fines lucrativos, un producto o un servicio”, porque, ello, sin más desconoce la obviedad de que la demandada es un auténtico ente empresarial y, que pese a intercalar, en su caso, programas formativos, no por ello tal contingencia impide para el conjunto de su actividad difusora, se cumpla el objetivo económico o de agiotaje que conlleva todo ente televisivo, en su misma finalidad estatutaria».

f) Asimismo, frente a esa dicción del artículo 36 de la Ley antigua, sobre la necesidad de la inscripción, no puede omitirse, como dice el impugnante, la presencia del artículo 37 que relega de tales previsiones formales instrumentos afines a los de los dibujos cuestionados.

g) Por último, tampoco se acoge que la improcedencia indemnizatoria provenga al no haberse demostrado la realidad de los perjuicios por los actores —FJ 5.^º— pues, aparte de subsumir ese particular en el vigente artículo 14 de la Ley 22/1987, es claro, que aquella tutela general razonada ha de acoger el derecho indemnizatorio que, *per se*, proviene de la violación por un uso indebido por la demandada del derecho de autor del titular debidamente constatado en el Registro de la Propiedad Industrial, en términos análogos a los del vigente artículo 64 de la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986. (STS de 24 de octubre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Los herederos de un conocido artista gráfico interponen demanda en reclamación de cantidad por violación del derecho de autor contra una cadena de televisión, que había difundido sin permiso en uno de sus programas unos dibujos animados del causante durante cierto período de tiempo. Los dibujos se hallaban debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial, pero no en el de la Propiedad Intelectual, centrándose el objeto del debate en segunda instancia y casación en qué tipo de protección debe dispensárseles ante su difusión no autorizada en un medio de comunicación, en este caso, televisivo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda apreciando la prescripción de la acción. La Audiencia Provincial revoca dicha sentencia, dejando sin efecto la prescripción declarada, pero desestima igual-

mente la demanda en cuanto al fondo del asunto. El TS estima el recurso de casación, declarando la procedencia de la indemnización. (M. C. B.)

60. Libertad de gestión de los autores.—Los autores pueden hacer valer directamente sus derechos como regla general; la actuación necesaria a través de una entidad de gestión sólo es exigida en los supuestos de los artículos 3.2 y 25.7. de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

Artículo 135 LPI de 1987. Ejercicio de los derechos de autor por las entidades de gestión.—El artículo 135 LPI de 1987, que legitima a las entidades de gestión para ejercer los derechos confiados a su gestión en los términos que resulten de sus estatutos, se refiere a aquellos derechos cuya gestión *in genere* constituye, de acuerdo con los estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, no a los concretos derechos individuales que, mediante contratos con los titulares de los mismos o acuerdos con otras organizaciones de idéntica finalidad, les hayan sido encomendados para su gestión.

Aplicación del artículo 503.2.º LEC de 1881 a las entidades de gestión.—Las entidades de gestión deben presentar únicamente certificación acreditativa de la autorización administrativa y copia de sus estatutos al comienzo del proceso. (STS de 18 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La *S. G. A. E.* interpone demanda contra *Tarragona Cinemes, S. A.* reclamando el porcentaje de recaudación correspondiente a los autores de obras cinematográficas, por la exhibición pública de películas desde el 1 de enero de 1990 hasta la fecha de firmeza de la sentencia que se dictase como consecuencia de dicha reclamación. La demanda es estimada en primera instancia y en apelación. La demandada recurre en casación alegando, entre otros motivos, la falta de legitimación activa de la *S. G. A. E.* bajo el régimen de la Ley de propiedad intelectual de 1987, aplicable al caso concreto.

NOTA.—Actualmente la legitimación activa de las entidades de gestión se encuentra regulada en el artículo 150 del RDL 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual. En el párrafo II del precepto citado, redactado por la DF 2.º.4 de la LEC 1/2000, de 7 de enero, se establecen los requisitos para acreditar dicha legitimación. (B. F. G.)

61. Usufructo sobre oficina de farmacia: constitución y subsanación.—El TS partiendo de su doctrina sobre farmacias (STS de 27 de marzo de 2000 y las que en ésta se citan), delimita al ámbito del Derecho privado todas las cuestiones relativas a la constitución del negocio (derechos reales sobre el local, clientela, muebles ...) y al Derecho público la prestación del servicio farmacéutico en sentido estricto. En virtud del artículo 103.4 de la Ley de 25 de abril de 1986, tan sólo los farmacéuticos titulados pueden ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público. Por este motivo, no es viable el establecimiento de un derecho real limitado de goce, como es el

usufructo, que permita a cualquier usufructuario poseer, dirigir y administrar dicho negocio sin poseer la titulación correspondiente. La conmutación posterior del usufructo del no titulado a favor de una persona que posea la citada titulación, tampoco subsana la irregularidad de su concesión original. (STS de 26 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña R. A. R. y sus tres hijos demandan respectivamente a su hijo y hermano don C. M. A. solicitando se le condene a elevar a público el cuaderno particional. El demandado se opone a la demanda y formula reconvenCIÓN solicitando se declare la nulidad de la partición y subsidiariamente la rescisión por lesión.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvenCIÓN. La Audiencia Provincial, en grado de apelación, desestima la demanda y estima la reconvenCIÓN declarando nulo y sin efecto el cuaderno particional y su documento complementario. El TS, en casación, desestima el recurso y confirma la sentencia de la Audiencia. (S. E. M.)

62. Derecho real de uso: relevancia del título constitutivo en orden a su configuración.—Sobre este derecho real de uso controvertido, cabe afirmar en línea de principio que, en la conocida S de 4 de febrero de 1983, se decía: «que el derecho real de uso sobre cosa ajena, participante en la inestabilidad histórica del usufructo, se distinguía del derecho de uso como inherente al dominio por su duración limitada, y participó de los avatares del usufructo siendo utilizado para resolver ciertas situaciones, especialmente dentro del Derecho de familia, hasta que en la etapa codificadora se configura como un derecho real autónomo, apareciendo así en el Código civil (arts. 523 a 529), rigiéndose supletoriamente por la normativa del usufructo ... De toda cuya normativa relativa al derecho de uso, aun dentro de su carácter esporádico y asistemático, puede deducirse sin duda que se trata de un derecho real de uso y disfrute recayente sobre un inmueble, limitado a las necesidades de los titulares del mismo, de carácter personal, pero con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuáles son la temporalidad del uso y su régimen jurídico, que atiende en primer lugar a lo dispuesto en el título constitutivo del mismo, respecto del cual tienen carácter dispositivo las demás normas legales que disciplinen efectos de este derecho real; el carácter temporal deviene esencial e incluso inspirado en norma de orden público, ya que es decisivo para distinguir el uso de la cosa por el propietario, del uso por personas no propietarios y sí titulares del derecho real limitado sobre cosa ajena; y el título constitutivo de este derecho, en el caso ahora contemplado, delimita su contenido tanto en el aspecto personal, limitado a las personas que formen la sociedad, como en el aspecto a la totalidad de aquél, previo pago de un precio que se fija en la escritura de 1874; pero que no es en modo alguno derecho perpetuo e inextinguible ...».

Empero lo anterior, conviene especular si en la dogmática moderna en su aplicación a la vida comunitaria y negocial, es posible mantener ese clasicismo en la figura secular del derecho real de uso, o cabe ensanchar su alcance o contenido con previsiones fijadas de antemano en su título constitutivo, que, como en el caso de autos, opera (en especie *inter vivos* frente a la general *mortis causa*) como régimen regulador de los derechos y obligacio-

nes del usuario, y si por ello es posible que, por ese contenido pactado, desaparezcan o se flexibilicen sus elementos más esenciales, que, no se duda, se encuentran tanto en los citados caracteres de derecho personal –art. 525– y temporal, artículos 529 en relación con el 513.1, aparte, por supuesto, de discernir sobre la persistencia o no de la idea de «necesidad» para cuya satisfacción se reconoce este derecho sobre cosa ajena –art. 524– y la de la «familia» como destinatario del fin consuntivo de esa satisfacción o aprovechamiento. Y se subraya al respecto:

a) Que si se quiere admitir un derecho conforme a los moldes de legalidad indicados, no es posible desconocer las referidas notas de «personal» y «temporal», incluso para distinguirlo del derecho o *ius utendi* que corresponde a todo propietario sobre su propia cosa. Y asimismo en cuanto a los conceptos de «necesidad» y de «familia», parece que la normativa legal reconduce ambos a contenidos de satisfacción de necesidades primarias o de subsistencia con alcance consuntivo de estos frutos que claramente se recoge en el artículo 527 CC, el llamado *ad usum quotidianum* y noción de «familia» como componente parental o dependiente del usuario, por indiscutible vínculo de parentesco, convivencia o dependencia. El título en estos casos, provenirá de que, respetando esa estructura legal, habilite una u otra forma para ejercitar el derecho o el aprovechamiento en cantidad o calidad de los frutos de la cosa ajena.

b) Ahora bien, cabe meditar si por ese título constitutivo (fuente prevalente de su contenido, *ex art. 523*, no se olvide), se innoven tales exigencias, y *v. g.*, se acuerde por el propietario de la cosa a favor de otra, un derecho a usar de su cosa, sin esas limitaciones, de tal forma que ni sea personal –se faculte para su cesión o transmisión–, se anule la temporalidad con una previsión indefinida y hasta se incorpore una noción de «necesidad» desprovista de ese designio de subsistencia, y se atiendan otro tipo de necesidades que, dentro de esta libertad constitutiva, propendan a consecuencias especulativas o de expansión u ocio a favor del usuario, y, por supuesto, que la comunidad destinataria no tenga que encerrarse en ese núcleo familiar. Entonces, cabría afirmar que acaso por el juego negocial –no muy específico en la doctrina– se habría conformado un tipo dentro de los *iura in re aliena* innombrado, aunque descolgado de la tipicidad expuesta (la doctrina siguiendo a García Goyena, se plantea la dualidad entre el *numerus apertus* o *clausus* en la creación de los derechos reales), lo que conduce a que en esa hipótesis de libertad de configuración se estaría, no ante el derecho tipificado, sino ante una relación jurídica de gravamen sobre una cosa de otro con visos de encuadramiento, acaso, en una servidumbre personal y positiva *ex artículos 531 y 533.II.º CC.* (STS de 26 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La Macrocomunidad de propietarios de la Urbanización *Villa Azul de Rocamar* acude al Juzgado pretendiendo que se declare el derecho de uso gratuito que los propietarios tienen respecto de la piscina y su entorno, la obligación que a todos incumbe de respetar este derecho y que, como consecuencia del incumplimiento de esta obligación, los demandados han producido daños y perjuicios por los que exige la indemnización correspondiente. La demanda se desestima pero prospera el recurso de apelación. No ha lugar al recurso de casación que interpone uno de los demandados. (R. G. S.)

63. Servidumbre de acueducto: requisitos de su constitución forzosa.—La creación de dicha servidumbre (*ius aquae ducendae per fundum alienum*) tiene su marco normativo adecuado (arts. 557 y 558 CC, 46 LA 29/1985, de 2 de agosto, y Reglamento de dominio público hidráulico, RD 849/1986, de 1 de abril) con arreglo al que la constitución forzosa exige la tramitación del oportuno procedimiento administrativo donde se habrá de justificar la concurrencia de los requisitos precisos y dar cumplimiento a las garantías establecidas siendo precisa la indemnización previa al titular del predio sirviente.

Expropiación: interés público y social justificante.—No es suficiente argumento para fundamentar la decisión la (hipotética) existencia de un interés público y social que debe primar sobre el interés individual, porque el reconocimiento, apreciación y declaración de tal situación como causa justificada para privar de bienes o derechos exige se proceda de conformidad con lo dispuesto en las leyes, tal y como disponen los artículos 33 CE y 349 CC, y en tal caso no hubo expediente expropiatorio (sólo se intentó un arreglo privado), actuando la demandada por las vías de hecho (como reconoce expresamente la propia sentencia recurrida), forma de acción directa que solo excepcionalmente está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, y en la que en absoluto es incardinable el supuesto de autos.

Función social de la propiedad.—La función social de la propiedad no puede invocarse como un concepto abstracto o indefinido, pues dicha función se corresponde con una delimitación legal del contenido normal de dicho derecho, como resulta del propio artículo 32.2 CE, doctrina del TC (SS 227/88, 29 de diciembre; 149/91, 4 de julio; 319/93, 27 de octubre, entre otras) y jurisprudencia de esta Sala (singularmente SS de 23 de diciembre de 1989, 13 de diciembre de 1991, 3 de marzo de 1995, 2 de julio de 1998) por lo que el sacrificio patrimonial individualizado exigía seguir el procedimiento expropiatorio, no existiendo ninguna norma en nuestro ordenamiento que ni por asomo autorice a los jueces para tomar una medida de restricción dominical, con diferimiento de la fijación de la indemnización a otro proceso, como la adoptada.

Doctrina de los actos propios.—El hecho de que el señor M. V. no haya ejercitado una acción interdictal no implica que haya consentido la ocupación o instalación, como tampoco cabe deducir la autorización implícita de un documento del que sólo resulta que no hay posibles daños que valorar a efectos de fijar en su día la indemnización ..., de ahí que resulte absolutamente carente de soporte fáctico la invocación del principio general de derecho que vedía ir contra los propios actos, pues los indicados ni tienen significación inequívoca ni eficacia jurídica al efecto, y la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieren creado una situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. (STS de 15 de junio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión que origina el pleito se concreta en la instalación de una tubería subterránea de unos sesenta metros de longitud en la finca del demandante en la instancia como consecuencia de unas obras de urbanización. La empresa instaladora no

obtuvo la autorización del actor y tampoco utilizó la vía expropiatoria. El Juzgado de Primera Instancia declara la obligación de la empresa demandada de levantar y demoler la conducción de agua. La Audiencia revoca la decisión del Juzgado. Ha lugar al recurso de casación que interpone el propietario de la finca, señalando el TS que la sentencia de la Audiencia «en la valoración más benévolas, carece de la más mínima razón jurídica». (R. G. S.)

64. Prenda del derecho de crédito a la restitución de una imposición bancaria a plazo fijo. Prelación para su pago.—Esta Sala en SS de 19 de abril y de 7 de octubre de 1997 ha tenido ocasión de reconsiderar el tema, estableciendo una doctrina que puede resumirse así:

- a) Ciertamente no es posible proceder a la pignoración del dinero cuya propiedad se entrega a los Bancos a través de operaciones de depósito irregular, pues las cantidades objeto de las mismas se confunden en el patrimonio de dichas entidades, las cuales quedan únicamente obligadas a restituir el *tantundem*.
- b) Sin embargo las imposiciones bancarias a plazo originan un crédito a favor del imponente que posee un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda, pues éste no puede circunscribirse a las cosas materiales, a través de una interpretación rigurosamente literal del artículo 1864 CC, que estaría en contradicción con el artículo 1868 CC que admite la prenda que produce intereses.
- c) Cabe, pues, que el depositante pignore su derecho de crédito a la restitución, en garantía de una obligación que mantiene o que contrae con la entidad bancaria.
- d) El que exista como contenido de dicha pignoración un pacto de compensabilidad es algo añadido que viene a evitar el sistema de ejecución de la prenda previsto en el artículo 1872 CC. Esta compensación entre el derecho de crédito del deudor pignorante y lo que éste adeuda al Banco, no infringe la prohibición que respecto al pacto comisorio contiene el artículo 1859 CC, ya que no puede producirse perjuicio alguno ni para el deudor ni para terceros, pues la entidad financiera no va a obtener ni nada más ni nada menos que la cantidad objeto de la imposición.

La admisión, en virtud de tal doctrina, de esta clase de prenda —que actualmente ha adquirido gran desarrollo — determina que en el caso que nos ocupa, el crédito del acreedor pignoraticio, es decir, de la Caja Rural tercera, excluya los de todos los demás acreedores hasta donde alcance el valor del crédito pignorado, según establece el artículo 1926.1.º CC. (STS de 25 de junio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El matrimonio C. O. constituye prenda a favor de *Caja Rural de Sevilla* sobre el saldo de una cuenta a plazo fijo con el fin de garantizar toda operación, deuda o riesgo mantenidos con la entidad. *Bética de Prefabricados* embarga el saldo de la cuenta en un juicio ejecutivo que se apoya en el impago de tres letras de cambio. La *Caja Rural de Sevilla* interpone demanda de tercería de mejor derecho. El Juzgado estima la tercería y declara la pre-

ferencia del crédito de la entidad financiera. La Audiencia confirma la sentencia de instancia. Interpone recurso de casación *Bética de Prefabricados* y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

65. Doble venta: requisitos para la aplicación del artículo 1473 CC.-

Según la parte recurrente habría existido una doble venta y la propiedad correspondería a quien antes hubiera inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad al margen de que el otro comprador hubiera entrado en posesión de la finca antes de la primera inscripción, citando la parte recurrente en su apoyo la S de esta Sala de 13 de abril de 1994. El motivo así planteado ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1.^a La sentencia que se invoca, que no es del año 1994 sino del año 1993, no resuelve un caso idéntico al aquí examinado sino el de una venta en documento privado no inscrito y otra posterior en subasta judicial, razonándose en dicha sentencia que en tal caso el órgano judicial actuaba como si fuera la misma persona que anteriormente había vendido en documento privado.

2.^a En el caso examinado quien vendió a la persona física y a la sociedad limitada hoy recurrentes mediante sendas escrituras públicas no lo hizo en cumplimiento de ninguna obligación previamente contraída con éstas por su madre, sino ya como propietaria por sí misma de las fincas a título de herencia.

3.^a En consecuencia acertó plenamente el tribunal de apelación al descartar la aplicabilidad del artículo 1473 CC y su posible combinación con el artículo 32 LH, rectificando así la desacertada solución de la sentencia de la primera instancia. Y ello porque hay dos razones que impiden encuadrar el caso examinado en la hipótesis contemplada por el artículo 1473 CC: *la primera*, fundamento de la sentencia recurrida, que cuando en 1980 y 1982 se otorgaron las escrituras públicas a favor de las hoy recurrentes, la primera venta o transmisión (en el caso por permuta) de la finca litigiosa en documento privado se había consumado nada menos que en el año 1966, puesto que a la firma de dicho documento había seguido de inmediato la entrada del adquirente en posesión de la finca, siendo por tanto aplicable la reiterada doctrina de esta Sala que descarta la aplicabilidad del artículo 1473 CC cuando la primera venta se hubiera consumado antes de la perfección de la otra (SSTS de 25 de marzo de 1994 en recurso 1674/91, 25 de julio de 1996 en recurso 3582/92 y 10 de diciembre de 1999 en recurso 1044/95); y *la segunda*, que el vendedor no fue el mismo, como exige la jurisprudencia de esta Sala para que se dé la hipótesis del artículo 1473 CC (SSTS de 21 de junio de 2000 en recurso 2481/95 y 22 de diciembre de 2000 en recurso 3619/95) porque doña B. no vendió a las hoy recurrentes en cumplimiento de ninguna obligación previamente contraída con ellas por su madre, ni por tanto como sucesora en una obligación de su causante transmitida por muerte a la heredera, sino como propietaria que había adquirido para sí las fincas a título de herencia y manifestaba una voluntad traslativa propia y personal, ajena ya del todo a la voluntad de su madre, la cual había fallecido en el año 1979 sin haber inquietado en la posesión a don G. ni haber cuestionado la transmisión que le había hecho en el año 1966.

En relación con esta segunda razón viene al caso recordar cómo la S de esta Sala de 8 de mayo de 1982, examinando el requisito del vendedor único como inherente al artículo 1473 CC, consideró insuficiente la circunstancia de traer causa de la primera vendedora «para forzar la normativa de la doble venta».

No hubo por tanto doble venta en las escrituras públicas otorgadas por doña B. a favor de las hoy recurrentes, sino sendas ventas de cosa ajena porque, adquirida la propiedad de la finca litigiosa por don G. en el año 1966, esta finca no formaba parte de la herencia manifestada y aceptada por doña B. en el año 1980 después de haber fallecido su madre en el año 1979.

En otras palabras, las hoy recurrentes habrían podido invocar la protección combinada de los artículos 32 LH y 1473 y 606 CC si en su día hubieran adquirido de doña J. (madre de doña B.), es decir de quien sí había sido propietaria de las fincas, pero no al haber adquirido de doña B., porque ésta nunca llegó a ser propietaria de aquello que su madre había transmitido a don G. en el año 1966.

Artículo 34 LH: no convalidación del acto adquisitivo nulo del tercero.—Comienza este motivo por tener un fondo de razón cuando reprocha a la sentencia recurrida no haber protegido la adquisición de las recurrentes debido a la nulidad del propio título de éstas, nulidad fundada a su vez, según la sentencia impugnada, en la carencia de poder de disposición de quien transmitió o, si se quiere, en que la vendedora doña B. estaba vendiendo unas fincas que no le pertenecían.

La sentencia recurrida se apoya en el artículo 33 LH y en una sentencia de esta Sala del año 1933 a cuyo tenor el artículo 34 LH no sana la nulidad del propio acto adquisitivo del tercero.

Aunque tal doctrina, por su generalidad, no sea desde luego suficiente por sí sola para justificar la decisión de la sentencia impugnada, hay que reconocer que otras sentencias de esta Sala, de fecha próxima a la recurrida en casación, sí ofrecían base bastante para considerar nulo el acto adquisitivo del tercero por no pertenecer la finca al transmitente inscrito. Así, la S de 8 de marzo de 1993 (recurso 2657/90), relativa a una adquisición del tercero por subasta judicial de un bien embargado a quien no era ya propietario, o la de 25 de marzo de 1994 (recurso 1647/91), relativa a un caso de adjudicación judicial y en la que parece mantenerse que el artículo 34 LH no ampara las adquisiciones *a non domino*.

Es posible que el origen de esta tesis haya que situarlo en la S de 7 de diciembre de 1987, que ciertamente enunciaba la doctrina de la no convalidación del acto adquisitivo nulo del tercero, pero no porque en tal supuesto la causa de nulidad fuera la falta de poder de disposición del transmitente, es decir la ajeneidad de la cosa, sino unas graves irregularidades en las actuaciones judiciales culminadas con una venta igualmente judicial, de suerte que la nulidad se fundaba en la del propio título de adquisición del tercero y no en la falta de poder de disposición de su transmitente. Y en este mismo sentido puede ser entendida la S de 24 de octubre de 1994 (recurso 2599/91) cuando, tras dejar sentado que *el artículo 34 LH sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio*, concluye que *los demandantes en el proceso, y aquí recurrentes, no tienen la condición de terceros hipotecarios, al haber la tantas veces repetida sentencia de la Sala 3.^a de este TS declarado nula la subasta por la que aquéllos adquirieron la finca litigiosa*.

De ahí que ya en una posterior S de 19 de octubre de 1998 (recurso 1525/94) quedara mejor y más definitivamente perfilada la cuestión con la doctrina de ser *precisamente la doctrina de la adquisición a non domino la manifestación característica de la protección de la fe pública registral a favor del tercero hipotecario, aunque en la realidad extrarregional el vendedor o transmitente (que era el titular según el Registro) no fuera el dueño del piso*,

a virtud de la declaración de nulidad (que no constaba en el Registro, como es obvio) de la subasta por la que había adquirido el referido piso, cuya declaración de nulidad la desconocían en absoluto los esposos terceros adquirentes. Y que en sentencias todavía más recientes se reconozca la protección del artículo 34 LH a quien adquiere mediante subasta judicial por ser la adquisición a non domino una manifestación característica de la protección de la fe pública registral a favor del tercero hipotecario cualquiera que fueran los vicios de que pudiera adolecer el título de su transmitente (STS de 22 de diciembre de 2000 en recurso 3619/95); o, en fin, se afirme contundentemente que en un caso de venta de cosa ajena el adquirente, si reúne los presupuestos del artículo 34 LH, será mantenido en su adquisición en todo caso (STS de 21 de junio de 2000 en recurso 2481/95).

En definitiva, la fe pública registral sí salva el defecto de titularidad del transmitente, aunque no los del propio título adquisitivo del tercero.

No puede, por tanto, compartirse el razonamiento del tribunal de apelación al interpretar el artículo 34 LH, ya que éste ampara a quien adquiere del titular registral a título oneroso y de buena fe aunque su transmitente no sea en realidad propietario, salvándose en punto a este artículo los problemas que podría plantear el requisito de la tradición (art. 609 CC) por la aplicación del párrafo segundo del artículo 1462 CC, a cuyo tenor el propio otorgamiento de la escritura pública a favor del tercero equivale a la entrega de la cosa si de la misma escritura no resulta o se deduce claramente lo contrario, como declaró esta Sala en su S de 8 de mayo de 1982 y ha reiterado en la mucho más reciente de 22 de diciembre de 2000 (recurso 3619/95).

Requisitos para la aplicación del artículo 34 LH: inscripción a nombre del transmitente.—Según la jurisprudencia y un autorizado sector de la doctrina científica, la finca debe estar inscrita a nombre del transmitente en el momento de su adquisición por el tercero, en definitiva, a la fecha del contrato traslativo, sin que pueda subsanarse la omisión de este requisito por una inscripción a favor del trasmitente posterior al contrato traslativo pero previa a la inscripción a favor del adquirente (SSTS de 11 de mayo de 1909, 24 de abril de 1962 y 12 de noviembre de 1970); requisito cuya exigencia se justifica tanto por el tenor literal del artículo 34 LH como por la protección que éste dispensa, básicamente fundada en el Registro, y, en fin, por el privilegio que para el tercer adquirente representa la tradición instrumental al margen de su efectiva posesión material de la finca. (STS de 22 de junio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación dimana de un juicio en el que se siguieron tres autos acumulados: 1) un juicio declarativo promovido por don G., quien decía haber adquirido la finca litigiosa en 1966 mediante documento privado, contra doña B., única hija y heredera de su transmitente; 2) un segundo declarativo promovido por don G. contra doña B., y contra doña M. y *ALJOMAR, S. L.*, quienes habían comprado e inscrito las parcelas integrantes de la finca litigiosa después de que doña B. hubiese aceptado la herencia de su madre; y 3) un juicio de menor cuantía promovido por doña B. contra *ALJOMAR, S. L.* para exigirle el pago de parte del precio de la finca. En los dos primeros pleitos se formuló reconvención por las partes demandadas: en el primero para que se declarase resuelto el contrato celebrado en 1966 por la madre de la

reconviniente contra el actor-reconvenido; en el segundo, para que se mantuviesen en sus adquisiciones a quienes habían comprado e inscrito en el Registro de la Propiedad. El debate procesal se centró en la resolución del contrato de 1966 y en la propiedad de la finca objeto del contrato. Quedó claro que no había lugar a la resolución mientras que la solución de la segunda cuestión litigiosa es discrepante: en la sentencia de instancia se apreció una doble venta reconociéndose la propiedad a quienes habían inscrito en el Registro de la Propiedad; en la sentencia de apelación, por aplicación del artículo 34 LH, se considera que la finca pertenece a don G. Recurren doña M. y *ALJOMAR, S. L.* y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

66. Principio de legitimación registral: alcance y efectos.—El artículo 38 LH dispone en el inciso primero del párrafo primero que «los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo». Este principio, manifestación del de fe pública registral y denominado de legitimación registral para diferenciarlo del de fe pública registral en su versión estricta (art. 34 LH), contiene según jurisprudencia pacífica una presunción legal *iuris tantum*, que, por consiguiente, dispensa de prueba al favorecido por ella (art. 1250), si bien la parte contraria puede desvirtuar la presunción de exactitud del contenido registral demostrando que no se ajusta a la realidad mediante la prueba en contrario (SS, entre otras, de 22 de febrero de 1963, 4 de enero de 1982, 16 de septiembre de 1985, 23 de mayo de 1989 [dos sentencias], 11 de junio de 1991, 8 de mayo y 23 de diciembre de 1992, 8 de marzo y 21 de abril de 1993, 21 de junio y 4 de noviembre de 1994, 17 de febrero y 20 de marzo de 1998 y 31 de diciembre de 1999), sin que nada obste a que pueda destruirse la apariencia extraregistral mediante la convicción obtenida de presunciones *hominis* (la presunción está sometida a materia de juicio y simple elemento de prueba a conjugar con las restantes: SS de 2 de septiembre de 1982 y 21 de junio de 1994).

[...] La doctrina de esta Sala, dictada en aplicación del artículo 38 LH, tiene declarado que la presunción de existencia del derecho opera con independencia de los presupuestos que pudieron darle origen, considerándose exacto lo que el Registro expresa de la razón de adquirir con arreglo a la dicción legal *en la forma determinada en el asiento respectivo* (S de 23 de mayo de 1989), si bien la fe pública registral no cubre los datos o circunstancias de hecho que consten en la inscripción o que sirvan de soporte material a los derechos inscritos (SS, entre otras, de 10 de diciembre de 1986, 7 de febrero de 1988, 31 de diciembre de 1999, 5 de abril de 2000) y entre ellos los que reposen sobre las simples declaraciones de los otorgantes (S de 3 de junio de 1989).

Fiducia cum amico: prueba y efectos.—La prueba de presunciones (con tal carácter figura en la enumeración de los medios de prueba del art. 1215 CC aplicable al caso por razones de derecho intertemporal), calificada de indirecta, y por lo tanto de aplicación subsidiaria, por una nutrida corriente jurisprudencial, aunque modernamente se le da una mayor relevancia singularmente cuando las pruebas existentes son tan contradictorias entre sí que no permiten alcanzar una clara y contundente conclusión probatoria (S de 11 de octubre de 1999), tiene una especial importancia en aquellos casos en que se trata de acreditar la realidad de unos hechos que, por unas u otras

razones (en ocasiones por su evidente ilegalidad como ocurre con los traspasos o subarriendos sin autorización, y en otras por intereses no necesariamente fraudulentos o ilícitos, como sucede con las simulaciones, fideicomisos, etc.) a los intervenientes en los mismos no les interesa su divulgación o conocimiento por otras personas. Entre estos casos se encuentra la *fiducia cum amico* (ya reconocida en un texto de las Instituciones de Gayo, II, 60 —*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iuris, AUT CUM AMICO que tutius nostrae res apud eum sint*—; pero como la transmisión en garantía puede convenirse, bien con un acreedor en virtud del derecho de prenda o bien con un amigo para que nuestras cosas quedan en su poder, y que ha sido objeto de contemplación en numerosas sentencias de esta Sala, entre las que cabe citar las de 28 de diciembre de 1973, 4 de diciembre de 1976, 30 de abril de 1992, 14 de julio de 1994, 22 de junio de 1995, 5 de julio y 2 de diciembre de 1996, 24 de marzo y 19 de junio de 1997, 4 de julio de 1998 y 15 de marzo de 2000), modalidad del negocio en el que el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero (beneficiario), de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que sólo tiene una titularidad formal (en el sentido de aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza (de ahí que algunos autores consideran la *fiducia cum amico* la forma pura o genuina del negocio fiduciario). Resultan incuestionables los beneficios que pueden derivarse del juego de la apariencia jurídica, pero corren paralelos los riesgos derivados de la dificultad de su prueba cuando se trata de revocar la fiducia depositada. Y en el caso sucede que la parte actora pretende que se da una situación de *fiducia cum amico* pero no aporta la prueba precisa para poder acoger tal afirmación. Y ello es igualmente aplicable a las alegaciones relativas a que la *Inmobiliaria Ureta, S. A.* es una entidad ficticia o que se trata de un testaferro, lo que guarda similitud o sintonía con la situación fiduciaria (SS de 21 de noviembre de 1987, 5 de julio de 1989, 19 de junio de 1997, entre otras). (STS de 16 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Partido Nacionalista Vasco* demanda a la *Inmobiliaria Ureta, S. A.* solicitando se declare que, al tiempo de su incautación en 1937, una determinada finca —hoy propiedad de la inmobiliaria— pertenecía al *Partido Nacionalista Vasco*. Como se detalla en la demanda, el sentido último de esta pretensión se dirige a obtener la condición de «incautado» y con ella la posibilidad de solicitar la reversión de la finca en los términos de la Ley 3/1984 de la Presidencia del Gobierno Vasco. El Juzgado estimó la demanda al apreciar la existencia de una *fiducia cum amico*: siendo la inmobiliaria el titular fiduciario, el propietario real o fiduciante al tiempo de la incautación habría sido —como se pretendía— el *PNV*. La sentencia de la Audiencia Provincial revoca la del Juzgado. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el *Partido Nacionalista Vasco*. (R. G. S.)

67. Relevancia de la fecha del embargo a efectos de la tercería de dominio.—A efectos de tercería de dominio a lo que ha de atenderse es a la fecha en la que los embargos tuvieron lugar, conforme a la doctrina reiterada de esta Sala de casación civil, al actuar el embargo como medida cautelar

para asegurar la efectividad del crédito en su día, es decir, el buen fin de la ejecución promovida, pero no altera la naturaleza de éste (SS de 23 de abril de 1992 y 22 de diciembre de 1998), y lo que viene a determinar la preferencia de los derechos concurrentes (S de 27 de enero de 1991), por lo que corresponde al tercerista la carga de demostrar su titularidad a la fecha de la traba, resultando irrelevante la adquisición llevada a cabo en momento posterior o en fecha que sólo gana eficacia después del embargo. Se impone el examen de los títulos aportados por la parte recurrente en su proyección y eficacia respecto a los ejecutantes embargantes, a efectos de decidir la procedencia o rechazo de la pretensión deducida (S de 22 de junio de 1982).

Anotación preventiva de embargo: eficacia e incidencia en la tercería de dominio.—La anotación preventiva del embargo no modifica la naturaleza jurídica del crédito anotado y menos lo convierte en real o hipotecario, la acción no tiene tal condición, ni tampoco atribuye al anotante la condición de tercero protegido por el artículo 34 LH (SS de 16 de febrero 1990, 19 de noviembre de 1992 y 27 de enero de 1997). Tampoco tiene la anotación registral de embargo valor ni eficacia constitutiva, a diferencia de lo que ocurre con la hipoteca, por lo que su incidencia en la tercería de dominio se remite al tiempo del embargo, que existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta; con independencia de su anotación en el Registro que no puede condicionar su existencia (SS de 7 de enero de 1992, 24 de febrero de 1995, 14 de mayo de 1996 y 9 de abril de 1997).

Principio de exactitud registral.—El artículo 38 LH lo que trata es de mantener el paralelismo entre el Registro y la realidad jurídica que existe fuera del mismo (S de 15 de enero de 1985) y si bien la presunción de exactitud registral que establece el precepto es *iuris tantum* al admitir prueba en contrario, en este caso juega a favor de los ejecutantes y no se impone la realidad extraregistral representada por las ventas posteriores notariales de los bienes trabados y como dicen las SS de 30 de diciembre de 1993 y 1 de febrero de 1995, la anotación preventiva de embargo traslada la carga de la prueba al nuevo adquirente cuando el deudor embargado le ha transmitido los bienes. (STS de 22 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el embargo que el Ayuntamiento de Ceuta, los *Bancos Central Hispano, Bilbao Vizcaya, Popular y la Correduría de Seguros Duarte y García, S. L.* intentan contra el matrimonio D., interpone la mercantil *Joyti, S. A.* tercería de dominio alegando que la vivienda y plaza de garaje trabadas son de su propiedad. Se desestima la tercería y posteriormente la apelación. El recurso de casación que interpone *Joyti, S. A.* no prospera. (R. G. S.)

68. Extensión de la hipoteca respecto a la obligación garantizada frente al adquirente de la finca: artículo 114 LH.—El problema, pues, que se plantea es el alcance que debe darse al artículo 114 LH respecto a la hipoteca constituida en el caso presente, es decir, la extensión de la hipoteca respecto a la obligación garantizada, intereses y costas, frente a adquirente de la finca. Débese distinguir:

— Obligación principal: respecto a ésta nada se discute; pagó la sociedad (demandante y recurrente) al Banco Hipotecario, lo que se estima correcto por ambas partes.

– Intereses: el mencionado artículo 114 LH establece la limitación de la responsabilidad respecto a tercero, adquirente de la finca hipotecada; los intereses que garantiza la hipoteca frente a tercero son los de la anualidad corriente y dos últimos años, pudiéndose pactar una ampliación que no supere los cinco años; en el caso presente se ha pactado que garantiza tres anualidades, de intereses, sin pactar nada sobre los de demora, tal como consta en la escritura de constitución de la hipoteca y en la inscripción registral.

Lo cual se aplica en todo caso, incluso en préstamo hipotecario contraído con el Banco Hipotecario, ya que la STC 128/1994, de 5 de mayo, resolviendo un cúmulo de cuestiones de inconstitucionalidad y estimándolas, declaró nulos los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 de creación del Banco Hipotecario de España, cuyas declaraciones de nulidad, prevé *no alcanzarán a los procesos ya feneidos* y éste, el presente, fenece ahora, con esta sentencia en la que no pueda aplicarse la subrogación legal del adquirente en la deuda total garantizada en el supuesto de transmisión de la finca hipotecada; cabría no ya subrogación convencional, sino asunción de deuda por pacto entre el antiguo y el nuevo deudor, con consentimiento del acreedor. Así lo aplicó y expresó la S de esta Sala de 11 de noviembre de 1994.

– Costas: frente a tercero, la hipoteca alcanza a las costas cuando se ha pactado expresamente y con el límite máximo que se haya previsto.

Concepto de tercero en el artículo 114 LH.–No es el tercero del artículo 34 LH que contempla el principio de la fe pública registral, sino que es simplemente el *tercero que no ha intervenido en el contrato de préstamo ni en la constitución de la hipoteca que adquiere la finca e inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad*. Este es el criterio que ha seguido esta Sala en la S de 11 de noviembre de 1994, que ahora se reitera y que dice así: *quien sin haber intervenido en la hipoteca, adquiere e inscribe el dominio u otro derecho real sobre la finca (S de 12 de julio de 1941), concepto que, aunque relativo según la jurisprudencia, pues debe coherir con otros inscribientes, no excluye, desde luego a la entidad recurrida que no fue parte contractual en el préstamo, ni sujeto activo o pasivo en la constitución de la hipoteca ya que adquirida la finca gravada en pública subasta ...* En el mismo sentido, S de 24 de julio de 2000.

Inconstitucionalidad del artículo 36 de la Ley de creación del Banco Hipotecario en cuanto niega la limitación de responsabilidad del tercero adquirente de finca hipotecada.–La aplicación del artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 de creación del Banco Hipotecario de España a que se remite el pacto que se halla como estipulación décima del contrato de préstamo hipotecario, para declarar al adquirente subrogado en todas las obligaciones pendientes, no es posible tras su declaración de nulidad por inconstitucionalidad que hizo la sentencia citada del TC 128/1994, de 5 de mayo; por tanto se aplica el artículo 114 LH y no aquel artículo ni este pacto. Así lo entendieron también las citadas SS de 11 de noviembre de 1994 y 24 de julio de 2000. (STS de 5 de julio de 2001; ha lugar.)

HECHOS.–*Promociones Gastronómicas, S. A.* adquiere una finca gravada con hipoteca en la subasta derivada de un juicio ejecutivo. Obligada a transmitirla libre de cargas por sentencia judicial, requiere al acreedor hipotecario (Banco Hipotecario) para que le notifique el débito pendiente a efectos de su satisfacción. Entiende posteriormente *Promociones Gastronómicas* que ha

pagado con exceso —pues los intereses están prescritos, los intereses y comisiones de demora no gozan de garantía hipotecaria y las costas satisfechas superan con mucho las realmente debidas— y demanda al Banco Hipotecario la restitución de las cantidades indebidamente cobradas. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia el recurso de apelación interpuesto por la actora. Ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

69. Interpretación de la regla 7.^a del artículo 131 LH. Notificación del día, hora y lugar del remate efectuada en finca distinta a la subastada.

Anomalía procesal.—El último párrafo de la regla 7.^a del artículo 131 LH, introducido por Ley de 14 de mayo de 1986, establece que el señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor en la finca o fincas subastadas, notificación que constituye una novedad sin precedentes en nuestro régimen procesal civil. Aunque un sector de la doctrina afirma que tal norma supone una reiteración respecto al requerimiento de pago inicial efectuado en el domicilio convencional o real, y que éste basta para que se lleve adelante el procedimiento, otros juristas consideran que entra en juego sólo cuando el deudor no se haya personado en forma en el proceso y que, en tal caso, tiene la finalidad de aumentar las garantías de su defensa en juicio. En este sentido, tiene declarado el TS (SS de 1 de junio de 1995 y 24 de septiembre de 1999) que la finalidad o función del precepto indicado es la de poner en conocimiento del deudor hipotecario la fecha de la subasta, y que su previsión atiende a la hipótesis de que el mismo no esté personado en forma en el procedimiento. La redacción imperativa de la citada regla no autoriza al juez a sustituirla por ningún otro medio de comunicación admitido en Derecho, ni a prescindir de ella en el caso de no haber sido posible llevar a efecto la notificación personal en el domicilio del apremiado. Por ello, la circunstancia de que no se haya notificado a los deudores en la finca subastada el lugar, día y hora para remate, se debe considerar como una grave anomalía procesal que provoca indefensión de los mismos, al prescindir de una norma esencial de procedimiento establecida por la ley.

Omisión de la práctica del requerimiento de pago a uno de los cónyuges deudores. Inexistencia de indefensión formal.—El TS declara que el hecho de que el requerimiento judicial de pago se realice en la persona de uno de los cónyuges que conviven juntos, no provoca indefensión contraria al artículo 24 CE, ni puede justificar el desconocimiento real y efectivo de esta situación procesal por el otro cónyuge. (STS de 17 de octubre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Los esposos don L. R. G. y doña M.^a P. B. A. son propietarios de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, en la siguiente proporción: el ochenta por ciento con carácter de bien privativo de la mujer, y el veinte por ciento restante como bien ganancial. En 1988, el matrimonio suscribe un préstamo con la *Caja Rural Provincial de Ciudad Real* por tres millones de pesetas, en garantía del cual se constituye hipoteca sobre la finca mencionada. Al incumplirse por los prestarios las condiciones de devolución pactadas, la entidad crediticia interpone el correspondiente procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH.

En noviembre de 1989 es practicado el requerimiento de pago al marido en el domicilio designado en la escritura de constitución

del crédito por los demandados, quienes, una vez requeridos de pago, no se personan en el procedimiento judicial sumario. La notificación del lugar, día y hora de celebración de la subasta no es efectuada en la finca subastada, sino que se intenta su realización por correo certificado en el domicilio pactado. Al resultar devuelta y sin recibir la comunicación, el Juzgado acuerda la notificación por cédula, que es practicada por un agente judicial en la persona de un vecino –al no encontrarse pariente cercano, familiar o criado– a quien se le comunica el objeto de la misma y se le solicita información sobre el paradero de los demandados, que manifiesta ignorar. Ante el desconocimiento del domicilio, se efectúa la publicación de los edictos de las subastas con expresión de la fecha, hora y lugar de celebración en el *Boletín Oficial de la Provincia y del Estado*, así como en los tablones de anuncios correspondientes.

En julio de 1990, la mercantil *Hijos de Dionisio Grande, S. A.* comunica a los esposos que la finca hipotecada había salido a subasta y les había sido adjudicada. Éstos se personan en el mencionado procedimiento judicial sumario e instan la nulidad de actuaciones a partir de la providencia de 20 de octubre de 1989, por la que se admite la demanda y se ordena la práctica del requerimiento de pago a los demandados, cuya solicitud es desestimada por el Juzgado mediante auto.

El matrimonio interpone recurso de amparo contra el referido auto, aunque el TC declara que ninguna de las irregularidades aducidas genera en los recurrentes una indefensión material contraria al artículo 24 CE.

Posteriormente, don L. R. G. y doña M.º P. B. A. demandan por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, entre otros, a *Hijos de Dionisio Grande, S. A.* y a la *Caja Rural Provincial de Ciudad Real*. Los demandantes solicitan la nulidad de actuaciones en los autos de procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH así como la cancelación, nulidad o rectificación de las inscripciones registrales practicadas en virtud del auto de adjudicación recaído en el procedimiento de referencia. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando la demanda. Esta sentencia es confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.–La Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, ha suprimido los procedimientos judiciales hipotecarios y, en particular, el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Sin embargo, el Capítulo V de la nueva LEC recoge prácticamente todas sus especialidades. Como consecuencia de ello, la DF 9.º LEC ha dado una nueva redacción a los artículos 129 a 135 LH. (M. C. C. M.)

DERECHO DE FAMILIA

70. Confesión en escritura pública: artículo 1324 CC.–La confesión regulada en el artículo 1324 CC tiene eficacia probatoria *inter partes*, en el

ámbito de las relaciones de los cónyuges, quedando a salvo los intereses de los herederos forzosos del confesante y los acreedores. La jurisprudencia ha reconocido la eficacia *inter partes* del artículo 1324 CC y la prevalencia de las manifestaciones de las partes interesadas, en cuanto a la atribución del carácter privativo de los bienes por confesión de una de las partes. (*Vid. STS de 18 de mayo de 1992.*)

La confesión del cónyuge en la escritura de capitulaciones matrimoniales admite prueba en contrario, siempre que éstas sean eficaces y contundentes. (**STS de 25 de septiembre de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M.^a S. H. interpuso demanda contra doña M.^a D. B. M. en la que solicitó que se declarase que una finca perteneció desde la compra a la sociedad legal de gananciales y que, como consecuencia de la venta de la misma, doña M.^a D. B. M. debía a don J. M.^a S. H. la cantidad de ocho millones de pesetas. La demandada alegó que el actor había realizado una confesión en escritura de capitulaciones matrimoniales en la que reconocía que la finca la había comprado doña M.^a D. con caudal privativo. Sin embargo, no se realizó esta prueba ya que don J. M.^a aportó un documento privado suscrito con la esposa, en la misma fecha que la escritura que actuaba como convenio regulador de la separación matrimonial, y en el cual el recurrente sólo manifestó su voluntad de no renunciar en el caso de venta de la finca a la parte que le corresponda en el precio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, así como la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Posteriormente, don J. M.^a interpuso recurso de casación.

NOTA.—En la sentencia anotada el TS entendió que el reconocimiento explícito en la confesión de la privacidad de la finca no quedó anulado por el documento privado, que no admitía la condición de ganancial del bien y de este modo, «no ha concurrido prueba en contrario que desvirtúe la eficacia de la escritura pública». (FD 1.^º). (*M. C. L. J.*)

71. Tercería de dominio.—La tercería de dominio tiene por fin liberar del embargo bienes indebidamente trabados teniendo presente la situación de dominio existente en la fecha de la traba, sin poder tomar en consideración situaciones surgidas con posterioridad. Además, la justificación documental del tercerista ha de estar referida a la fecha de realización del embargo. (*Vid. STS de 14 de marzo de 1994.*)

La tercería de dominio es el medio idóneo, no para reivindicar la mitad de los bienes gananciales, sino para oponerse a la traba de los mismos, previa discusión acerca de la naturaleza ganancial del débito y el alzamiento del embargo ante deudas privativas como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia. Mediante la tercería, el cónyuge no deudor puede intentar el levantamiento de la traba sobre los bienes comunes.

Aval: carácter privativo de la deuda del cónyuge.—En el supuesto de que en el aval aportado por un cónyuge, sin el consentimiento del otro, hubiese predominado la nota de liberalidad, no hubiese constado que fuese en beneficio de la familia y no se hubiese notificado el proceso de ejecución en marcha al otro cónyuge, el aval revestiría el carácter de deuda privativa. Sin

embargo, la situación en el supuesto analizado es distinta debido a que la sociedad avalada era una compañía familiar, que desenvolvía su negocio en la órbita de la sociedad ganancial que resultaba beneficiaria de las actividades negociales y al cónyuge le fue notificado el proceso por lo que ejercitó la facultad que le otorga el artículo 1373 CC. (STS de 28 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. M. M. como socio mayoritario y administrador único de transportes, *Hermanos M.*, S. A., constituyó un aval a favor de dicha sociedad para garantizar la operación financiera que concertó con *BBV Leasing*, S. A.. Como consecuencia de impagos, *BBV* planteó juicio ejecutivo y se procedió a la traba de los bienes gananciales sobre los que se proyecta la tercería de dominio promovida por la recurrente, doña M.º D. M. S., esposa de don A. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Igualmente, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Posteriormente, la sentencia es recurrida en casación.

NOTA.—El TS ha reconocido la responsabilidad de los bienes gananciales en forma directa por las deudas de un cónyuge comerciante. El artículo 6 CCO establece que si se trata de personas casadas, para que los bienes comunes del matrimonio puedan quedar obligados es preciso el consentimiento de ambos cónyuges, que se presume otorgado (a tenor del art. 7 CCO) cuando se ejerce actividad comercial con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo. La jurisprudencia ha declarado que los bienes gananciales, conforme a la normativa mercantil, quedan sujetos a la actividad de comercio consentida y conocida que lleva a cabo uno de los esposos.

En tanto no se disuelva y liquide la sociedad ganancial, no se le atribuye al cónyuge la condición de tercerista, ya que sólo se le atribuye un derecho expectante, y dicho derecho no le legitima para entablar tercería de dominio (*vid. SSTS de 19 de julio de 1989, 12 de junio de 1990, 4 de marzo de 1994, 26 de junio de 1997 y 30 de diciembre de 1999*). Sin embargo, el TS reconoce la condición de tercero al cónyuge, a espaldas del cual se constituyó la obligación acreditadamente no ganancial, constitución de un aval en un contrato de préstamo mercantil, determinante del proceso ejecutivo en el que se embargaron bienes gananciales, sin que, en salvaguarda de sus derechos sobre el inmueble común trabado, le fuese notificada ni siquiera la pendencia del proceso contra su consorte, como la doctrina viene exigiendo para la viabilidad del embargo de gananciales (*vid. SSTS de 26 de septiembre de 1986, 20 de marzo de 1989 y 16 de noviembre de 1990*).

El TS señaló que se trataba de una deuda derivada de la actividad comercial del marido, administrador único y socio mayoritario de la sociedad familiar, vigente el régimen de gananciales, lo que la hace deuda común, ya que la recurrente conocía perfectamente las actividades comerciales que realizaba su esposo constituyendo medio económico para el sustento de la familia. (*M. C. L. J.*)

72. Filiación no matrimonial: negativa a pruebas biológicas, acordadas para mejor proveer: tendencia a incrementar su valor probatorio.—La tendencia a aumentar cada vez más el valor probatorio de la conducta negativa del demandado se da en las últimas sentencias de la Sala 1.^a (SS de 17 de noviembre 1997, 3 de octubre de 1998 y 28 de marzo de 2000), y en el mismo sentido la STC de 7/1994. Cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el artículo 135 *in fine* CC que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. (STS de 27 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Hay una doctrina jurisprudencial muy consolidada ya de la Sala 1.^a, de la que pueden ser ejemplos recientes las SSTS de 22 y 29 de mayo de 2000 (extractadas, respectivamente en *ADC*, 2001, p. 1823 ss., nota G. G. C., y p. 1827 ss. y nota Monge Balmaseda). Cabe, no obstante, encontrar alguna sentencia redactada con algún criterio restrictivo, basado en el temor a la atribución de una filiación equivocada (así STS de 30 de mayo de 2000, en *ADC*, 2001, p. 1825 ss., nota G. G. C.). Acaso influyeron, por otra parte, razones humanitarias para rechazar la demanda interpuesta contra un anciano de noventa y un años, en precarias condiciones de salud (en *ADC*, 2001, p. 1831, nota Monge Balmaseda). (G. G. C.)

73. Acciones de impugnación de filiación matrimonial y de reclamación de la no matrimonial ejercitadas por la madre: negativa del demandado a someterse a pruebas biológicas: doctrina general.— La Sala 1.^a, especialmente desde la STC de 17 de enero de 1994, reiterada por la de 16 de febrero de 2001, ha mantenido que la negativa a someterse a la prueba biológica no es una *ficta confessio* que implique *per se* la declaración de paternidad, sino que unida a otras pruebas, a otros indicios o, en definitiva y en todo caso, a un juicio de verosimilitud de los hechos alegados, da lugar a la declaración de paternidad. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola, ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En tal caso, no es lícito desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial y prive de una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación.

Juicio de verosimilitud.—La actora ha explicado con todo detalle, con la clandestinidad que conlleva una relación doblemente adulterina, sus relaciones con el supuesto padre; el reconocimiento por éste de haber estado en la casa donde ella residía; la relación laboral en la que el demandado era el

esposo de la dueña del establecimiento que frecuentaba; el despido de la demandante al poco de nacer su hija, luego declarado nulo por el Juzgado de lo Social. Todo lo cual no es un conjunto de pruebas, sino que dan lugar a un juicio de verosimilitud que conduce necesariamente a estimar la demanda, al sumarse a la negativa a practicar la prueba biológica.

Violación del artículo 127 CC: evitar situaciones absurdas en cuanto a la filiación paterna.—Se ha infringido el artículo 127 CC en el sentido de no haber valorado la sentencia de instancia, adecuadamente, la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, y así determinar incuestionablemente la paternidad; siendo necesario casar la sentencia de la Audiencia Provincial que ha llegado a la situación *ab absurdum* de apreciar la acción accesoria de impugnación de la paternidad marital y desestimar la de reclamación de paternidad, quedando así el hijo menor sin paternidad matrimonial ni extramatrimonial. (STS de 3 de noviembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia desestima las dos acciones que ejerce la madre, mientras que la Audiencia Provincial estima la acción de impugnación de la filiación de paternidad matrimonial, y desestima la de paternidad no matrimonial, porque la negativa del demandado a prestarse a las pruebas biológicas, no está, a su juicio, acompañada de forma incontrovertible de otras pruebas. Hay dos citaciones para la prueba biológica, en 1992 y en 1995, y entremedias consta que el demandado ha sufrido un accidente el 9 de marzo de 1993, encontrándose en coma estructural el 15 de marzo siguiente, sin que se haya alegado imposibilidad de realizar la prueba en ningún momento.

No parece adecuada calificar de situación *absurda* a la que conduce la sentencia de la Audiencia Provincial, acaso podría denominarse *paradójica*, sino que se trata de la consecuencia del hecho propio de la madre de la menor, nacida ésta de una relación doblemente adulterina. Es una exigencia legal la acumulación de la acción de impugnación con la de reclamación. La primera podría calificarse de accesoria o instrumental respecto de la segunda; pero, en sí misma, y para el menor tiene tanta trascendencia jurídica y humana como la segunda. No es lo mismo ser hija matrimonial que carecer de padre legal. La actora debió haber contado con una suerte procesal diversa seguida por las dos acciones que, no sin audacia, ejercitó, como ocurrió en este caso en segunda instancia. La cualidad de hijo de padre legalmente desconocido es una situación posible en nuestro ordenamiento, y no por ello propiamente absurda. Entiendo que, de producirse, nunca debe influir en el juzgador a la hora de resolver la segunda acción. Por otra parte, esa situación intermedia de coma estructural del demandado, que recoge la sentencia, pudo afectar a la no comparación en segunda citación. *Sibi imputet?* Ciertamente, pero no se olvide que los juicios de filiación son especiales con cierta intervención pública. (G. G. C.)

74. Acción de reclamación de filiación no matrimonial. Valor de la negativa a someterse a las pruebas biológicas.—Es doctrina consolidada aquella que entiende que, en orden a la interpretación del artículo 135 CC son

admisibles dos clases de pruebas: las directas, entre las que figuran las heredo-biológicas antropomórficas o hematológicas; y las indirectas, o presuntivas, de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum*. La protección integral de los hijos *ex artículo 39.2 CE* posibilita la práctica de todas aquellas pruebas que sean necesarias para la investigación de la paternidad, pruebas entre las que se encuentra la prueba hematológica. La práctica de la misma despliega todos sus efectos probatorios en los supuestos dudosos en los que los demás medios de prueba no son suficientes para demostrar que la demanda no es frívola ni torticera, pero por otra parte no son por sí solo suficientes para revelar con seguridad las paternidades. La negativa del demandado a someterse a la prueba hematológica si bien no tiene el carácter de prueba tasada, y, por tanto, no se entiende como *ficta confessio* (STC de 17 de enero de 1994; SSTS de 18 de mayo y 20 de octubre de 1994, 23 de diciembre de 1996, 23 de junio, 21 de julio y 19 de noviembre de 1997, 28 de febrero, 13 de marzo, 22 de junio y 19 de septiembre de 1998).

Circular 1/2001, de 5 de abril, de la Fiscalía General del Estado.—La práctica de la prueba hematológica en el curso de un proceso de filiación es plenamente conforme con el mandato constitucional recogido en el artículo 39.2 CE. Siempre que el juez entienda pertinente la práctica de la misma, no puede entenderse que conlleve un grave riesgo ni un quebranto para la salud. En tales procesos, el hecho de que la fuente de la prueba se encuentre de manera exclusiva en poder de una de las partes, puede conducir a la indefensión de la parte demandante, contraria, por supuesto al artículo 24.1 CE, como sucede en los supuestos en los que se produce una negativa injustificada de someterse a la prueba biológica. Además, conforme al mandato constitucional del artículo 118, existe un deber genérico de «...prestar la colaboración debida...», a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, y más aún en supuestos como los de filiación en los que la fuente de la prueba de mayor fiabilidad se encuentra en poder de una de las partes. (STS de 20 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña P. M. H., en representación de su hija menor de edad R. M. H., interpuso demanda en la que solicitaba que se dictara sentencia en la que se declarara la filiación no matrimonial de su hija con respecto al demandado don F. M. L. Quedó probado en el juicio que entre diciembre de 1981 y abril de 1982, existieron relaciones sentimentales entre la demandante y el demandado, con una más que razonable posibilidad de relaciones sexuales entre ambos, por habérselo reconocido el demandado a uno de los testigos. También quedó acreditado según manifestaciones de uno de los testigos que la demandante tuvo relaciones sexuales con el mismo y con otra persona en la misma época. Por el contrario, no quedó probado que el demandado estuviera impedido físicamente en aquel momento para mantener relaciones sexuales. Todo ello unido a la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, llevaron a la estimación de la demanda, declarando la filiación del demandado con respecto a la menor R. M. H. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto y frente a dicha resolución se formuló recurso de casación por la representación de la parte demandante, fundado, entre otros motivos, en la infracción de los artículos 1249 y 1253 CC, así como de la jurisprudencia aplicable al caso.

NOTA.—La sentencia que anotamos, además de volver a reiterar la doctrina del TS acerca del valor que hay que atribuirle a la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, apunta la necesidad de *lege ferenda* de regular la situación que se produce como consecuencia de la negativa del demandado, de manera similar a otros ordenamientos en los cuales la negativa a la práctica de la misma se sanciona con multa disciplinaria, autorizándose incluso apremios directos. La negativa del demandado se valora no como prueba concluyente sino como indicio, siendo necesaria la concurrencia de otros indicios o pruebas que, en su conjunto, permitan mantener la razonable posibilidad del acceso carnal al tiempo de la concepción, y por ende, lleve a la determinación de la filiación solicitada. (R. D. O.)

75. Reclamación de filiación no matrimonial. Valor de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica. Exclusión del carácter de *ficta confessio*.—El TS ha reiterado en numerosas ocasiones (STS de 2 de febrero de 1992, 8 de mayo de 1995, 22 de marzo y 24 de junio de 1996, 8 y 11 de mayo de 1999 y 25 de julio de 2000, entre otras), que la negativa del demandado a someterse a la correspondiente prueba hematológica no implica *ficta confessio*, aunque sí revela un indicio, de carácter intenso, «... que se integra en una prueba preeminente cuando acontezcan otros hechos demostrados que permitan alcanzar una decisión estimatoria de la filiación reclamada» (FJ 3.º). La negativa a someterse a la prueba se integra en todo el conjunto probatorio que, en el caso, resulta favorable a las pretensiones del demandante. (STS de 26 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La representación de don J. M. G. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia demanda contra don J. M. B., solicitando que se declarara su filiación extramatrimonial con respecto al demandado, con todos los derechos legales inherentes. Tal y como consta en la diligencia del Instituto Nacional de Toxicología, requerido el demandado para la práctica de la prueba hematológica, no se personó en dicho centro el día fijado para proceder al análisis correspondiente si haciéndolo el demandante y su madre. El Juez de Primera Instancia en su sentencia estimatoria de la demanda entendió como probado, en primer lugar, que en las fechas próximas a la concepción, año 1933, la madre del demandante no tuvo relaciones con sujetos distintos del demandado y que se dieron las circunstancias propicias al acceso carnal; igualmente que, durante toda la vida, el demandante ha sido tenido en concepto público como hijo del demandado y conocido en el pueblo como «Rabosín», diminutivo del apodo del demandado; y, finalmente, que en el bautismo recibió el demandante el mismo nombre que el demandado, J. M. Conjugadas dichas pruebas con la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, se dictó sentencia declarando que don J. M. G. era hijo extramatrimonial del demandado. Desestimado el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, se formuló recurso de casación basado en la infracción del artículo 24.1 CE. El TS, en S de 28 de febrero de 1998, (RJ 1998/993), casó el recurso y revocó la sentencia de

la Audiencia Provincial, al entender que en el caso no se había producido la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica sino que, dada su avanzada edad, así como su delicado estado de salud, fue imposible la práctica de la prueba de confesión judicial, y sin que hubiera sido requerido personalmente para la práctica de la prueba biológica. La parte demandante interpuso recurso ante el TC, fundamentando jurídicamente la demanda de amparo en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, afirmando la parte que la parte demandada sí fue citada personalmente para la práctica de la correspondiente prueba hematológica, a la que no se personó, tal y como consta en los autos. El TC por S de 26 de febrero de 2001 (RTC 2001/55) declaró vulnerado el derecho del recurrente en amparo, a la tutela judicial efectiva, y anuló la STS de 28 de febrero de 1998 (RJ 1998/993), retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la misma.

NOTA.—La sentencia que anotamos trae causa de la STS de 28 de febrero de 1998 (RJ 1998/993), en la cual el TS se basó en la edad y en el delicado estado de salud del demandado para entender que no se había producido su oposición a la práctica de la prueba. Interpuesto recurso de amparo por la parte demandante, el TC entiende que se ha producido por parte de la Sala de lo Civil del TS un «error patente» con relevancia constitucional, lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante (FJ 3.^º y 4.^º, STC de 26 de febrero de 2001, RTC 2001/55). Con cita de la jurisprudencia del Alto Tribunal al respecto (SSTC de 30 de marzo de 1998, RTC 1998/68; 10 de abril de 2000, RTC 2000/99; 12 de junio de 2000, RTC 2000/150; y 18 de septiembre de 2000, RTC 2000/217), el TC viene a declarar que para que la indebida apreciación de los datos fácticos, llegue a producir vulneración de la tutela judicial efectiva, es necesario, en primer lugar, que el error haya sido determinante de la decisión adoptada (*ratio decidendi*); que la equivocación sea atribuible al órgano judicial; en tercer lugar, que el error sea patente, esto es, inmediatamente verificable; y, finalmente, que la equivocación haya producido efectos negativos en la esfera del ciudadano (FJ 4.^º). El error patente se produjo al afirmar el TS que la práctica de la prueba biológica no se llevó a cabo, no por negativa del demandado, sino por no haber sido requerido personalmente para la práctica de la misma, cuando de los autos del proceso se desprendía lo contrario. (R. D. O.)

76. Reclamación de filiación no matrimonial. Carácter de la prueba hematológica. Requisitos.—Para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación tanto la reiterada jurisprudencia del TS como la doctrina del TC señalan al respecto que para evitar demandas frívolas o torticeras, carentes de fundamento, la ley establece en dos momentos distintos sendas barreras o límites para evitar que se interpongan demandas sin fundamento. Así, en primer lugar, es necesaria la presentación de un principio de prueba de los hechos en los que la demanda se funde (art. 127.2 CC). En segundo lugar, y

con respecto a la prueba biológica, la práctica de la misma sólo procederá en aquellos supuestos en los que no sean «*impertinentes o inútiles*» (art. 566 LEC de 1881) (FJ 4.º B, STC de 17 de enero de 1994, RTC 1994/7). Admitida, la práctica de la misma no vulnera, los derechos a la intimidad e integridad física del demandado, siempre y cuando: la intromisión no pueda considerarse ni degradante ni contraria a la dignidad de la persona; en segundo lugar, exista una causa prevista en la Ley que justifique dicha medida. En este caso es indudable que el mandato constitucional del artículo 39.2 CE, que declara que «*la ley posibilitará la investigación de la paternidad*», así como el artículo 14 del texto constitucional en cuanto a la exclusión de cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento, son base legal más que suficiente para justificarla. En tercer lugar, cuando sean indispensables, ya que si la evidencia sobre la paternidad puede alcanzarse mediante otras pruebas, no se puede proceder a disponer la práctica de la misma. De la misma manera no procederá la práctica de la misma cuando para quien tenga que soportarla suponga un riesgo para su salud. Y, finalmente, es necesario que exista una proporción entre la medida adoptada y la finalidad, de modo que la resolución ha de estar necesariamente motivada. (FJ 3.º, STC de 17 de enero de 1994, RTC 1994/7).

Citación a través de procurador para la práctica de la prueba. Carácter no personal de dicha citación.—No puede entenderse que la citación a través del procurador no tiene carácter personal, puesto que, conforme a los artículos 2 y 271, párrafo segundo, LEC de 1881, representan a las partes en el juicio, para que, precisamente, sean realizadas a través de los mismos las citaciones y los emplazamientos de sus poderdantes. La no comparecencia del demando para la práctica de la prueba ha de entenderse que responde únicamente a su voluntad contraria a la práctica de la misma. Como ha reiterado en numerosas ocasiones el TS, la negativa del demandado a someterse a la correspondiente prueba biológica, no puede entenderse como *ficta confessio*, no tiene carácter de prueba tasada, sino, por el contrario, de indicio que ha de ser necesariamente integrado en el conjunto probatorio. (STS de 18 de junio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. C. P., interpuso demanda por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, solicitando que se declarara su filiación no matrimonial con respecto a don M. S. A., con todos los efectos legales y registrales que dicha situación conlleva. Citado el demandado en dos ocasiones a través de su procurador para la práctica de la correspondiente prueba biológica, no compareció. Reconocido por el demandado que conoció a la madre del demandante en su juventud, y afirmada mediante prueba de testigos la relación de noviazgo que entre ambos existió, así como la declaración testifical de la propia madre del demandante con relación a las características de su noviazgo con el demandado, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando la filiación del demandante con respecto a don M. S. A. Recurrida la misma ante la Audiencia Provincial por la parte demandada, el recurso fue desestimado. La representación de la parte demandada interpuso recurso de casación.

NOTA.—El TS viene a reiterar su doctrina acerca de la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas. En el caso que anotamos el TS entiende que la negativa del demandado

a someterse a las pruebas biológicas no puede justificarse en el carácter no personal de la citación, pues la misma se realizó debidamente a través de su procurador, representante legal del demandado en el juicio. (R. D. O.)

77. Presupuestos de la exclusión de la patria potestad *ex artículo 111 CC. Filiación determinada «contra su oposición».*—La exclusión del ejercicio de la patria potestad en los supuestos recogidos en el artículo 111 CC, responde a circunstancias verdaderamente graves, cuales son que la generación del hijo obedezca a relaciones que hayan determinado la condena penal del progenitor, o cuando la filiación haya sido impuesta judicialmente pese a la oposición del progenitor. En dichos supuestos, la exclusión de la patria potestad lleva igualmente inherente la no ostentación por el hijo de los apellidos del progenitor, salvo lo establecido en el artículo 111.I.2.º CC. Tal y como afirma el TS (FD 2.º), la identificación del sujeto a través del nombre y de los apellidos (art. 109 CC), con independencia del orden con que se establezcan según las últimas modificaciones legales al respecto, constituye «*un patrimonio moral del hijo y un patrimonio de la familia en la que éste queda integrado*».

Sin embargo, no puede entenderse que la filiación ha sido «*determinada contra su oposición*», artículo 111.I.2º1, cuando en el proceso el demandado «*no interesó más que una sentencia acorde con el resultado de la prueba biológica a cuya práctica se sometió*». El derecho a la defensa no puede equipararse, por tanto, con oposición del progenitor, la cual para que dé lugar a la exclusión ha de ser verdadera y formal oposición. De la misma manera, tampoco puede equipararse con la actitud pasiva del declarado rebelde o del sujeto que se allana. (STS de 10 de julio de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.º J. E., interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía solicitando que se declarara que su hijo D. E. era hijo no matrimonial de don M. D., así como la correspondiente rectificación del asiento registral, y una pensión alimenticia de 90.000 pesetas mensuales, actualizable anualmente de acuerdo con la correspondiente variación del IPC. Estimada parcialmente la demanda, se declaró que D. era hijo no matrimonial de don M., y que, en consecuencia, a partir de ese momento ostentaría los apellidos D. E., condenando igualmente al demandado a pago de 65.000 pesetas mensuales en concepto de alimentos a favor de D. Recurrida la sentencia en apelación por la parte demandante, fue desestimado el recurso. Interpuesto recurso de casación frente a la misma por la parte actora, se formuló el mismo sobre la infracción del artículo 111.II CC.

NOTA.—El TS viene a pronunciarse acerca de la aplicación del artículo 111, en cuanto a la solicitud de «exclusión» de patria potestad. Ya en la S de 2 de febrero de 1999 (RJ 1999/746) el TS vino a delimitar los supuestos de «privación», «exclusión» y «extinción» de la patria potestad, que responden cada uno de ellos a distintos presupuestos. Así mientras la «extinción», responde a circunstancias tales como la emancipación del hijo, su adopción o la muerte o declaración de fallecimiento bien de los padres o bien de los hijos (art. 169 CC), la «privación», por el contrario, tiene su

causa en un incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad (art. 170 CC). Por lo que a la «exclusión» se refiere (art. 111 CC), no puede entenderse que equivale, en ningún caso, a la privación, ya que como el propio artículo 111 prevé, «quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos». El TS entiende que no procede la exclusión de la patria potestad en el caso enjuiciado porque no pueden confundirse oposición con defensa. Tampoco cabe la aplicación analógica del artículo 111 CC, en concreto el núm. 2, a un supuesto en el que ejercitada la acción de impugnación de filiación matrimonial, se produce el desistimiento del demandante, por ser el citado núm. 2 del artículo 111 CC una norma de carácter sancionador (FD 2.º, STS de 11 de mayo de 1995 [RJ 1995/4230]). *Vid.* al respecto, Muñiz Espada, «La sanción del artículo 111 núm. 2, del Código civil: la filiación determinada judicialmente contra la oposición del progenitor. Su crítica», *RJN*, 1994, pp. 119 y ss.; y Rivero Hernández, F., *Comentarios al artículo 111 del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 434-437. (R. D. O.)

DERECHO DE SUCESIONES

78. Acción de petición de herencia. No es incongruente la sentencia totalmente estimatoria de la demanda y desestimatoria de la reconvenCIÓN, ni adolece de falta de motivación cuando se expresa la razón fundamental del fallo. Sólo exigen respuesta pormenorizada en la sentencia las peticiones y no las alegaciones de parte, pudiendo deducirse la respuesta a aquéllas incluso implícitamente del conjunto de la resolución.—El motivo así planteado ha de ser desestimado por las siguientes razones: primera, porque la sentencia recurrida, al estimar totalmente la demanda por la causa de pedir alegada en la misma y desestimar totalmente la reconvenCIÓN, no dejó de resolver ninguno de los pedimentos de las partes ni fundó su respuesta en hechos distintos de los alegados por los litigantes; segunda, porque según doctrina del TC se cumple el deber de motivar las sentencias cuando éstas expresan la razón causal del fallo y permiten así conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, sin que por tanto resulte exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTC 14/91, 28/94, 153/95 y 33/96, entre otras), exigencia que es la que preside este motivo cuando en realidad viene a reprochar a la sentencia recurrida no haber acogido la tesis del negocio fiduciario que interesaba al recurrente; tercera, porque en consonancia con la doctrina anteriormente expuesta, también tiene declarado el TC que en materia de congruencia debe distinguirse entre peticiones y alegaciones, ya que solamente las primeras requieren una respuesta pormenorizada (SSTC 56/96, 58/96, 16/98, 1/99, 94/99 y 132/99), puntualizando además la STC 1/99 que cabe la respuesta judicial implícita cuando se deduzca de los razonamientos de la sentencia en su conjunto; y cuarta, porque la sentencia ahora recurrida, al considerar que los demandados-reconvénientes habían contribuido con sus aportaciones económicas a que su hijo acquiriera tanto el vehículo como la licencia, pero también que de esa con-

tribución no derivaba «*un subyacente derecho de propiedad*» del padre que tendría como punto de partida el carácter meramente administrativo del título (FJ 3.º), está rechazado muy claramente, aunque con un razonamiento breve, la tesis del negocio fiduciario, por más que tal rechazo y el razonamiento correspondiente no satisfagan al recurrente.

La contribución económica de una persona para que un familiar adquiera un bien no atribuye indefectiblemente a aquélla la propiedad del mismo una vez muerto el beneficiario.—La realidad es que la decisiva contribución económica del recurrente para la adquisición del vehículo y la licencia a favor de su hijo no puede tener el efecto de atribuirle a aquél la propiedad con arreglo a los artículos que cita, sino la de una donación de dinero o una atribución patrimonial voluntaria a uno de sus hijos muy usual en la vida normal de una familia y que tiene su propio régimen para cuando se abra la sucesión de quien hizo tal atribución.

No puede fundamentarse el recurso de casación en un argumento vertido en la sentencia de instancia *obiter dictum*.—En definitiva, el argumento de la sentencia combatido por el recurrente no constituye razón esencial del fallo impugnado, y por tanto el motivo ha de ser desestimado en consonancia con la jurisprudencia de esta Sala al respecto (SSTS de 15 de abril de 1999 en recurso 2945/94, 29 de diciembre de 2000 en recurso 3633/95 y todas las que en las mismas se citan).

Los riesgos derivados de la dificultad de probar la existencia de un negocio fiduciario corren paralelos a las ventajas que reporta la apariencia jurídica.—Se está, pues, ante un caso al que es aplicable lo razonado por esta Sala en su reciente S de 16 de julio del corriente año (recurso núm. 1505/96), a cuyo tenor «resulta incuestionable los beneficios que pueden derivarse del juego de la apariencia jurídica, pero corren paralelos los riesgos derivados de la dificultad de su prueba cuando se trata de revocar la fiducia depositada. Y en el caso sucede que la parte actora pretende que se da una situación de *fiducia cum amico* pero no aporta la prueba precisa para poder acoger tal afirmación». Y es que no puede desconocerse que mientras la versión de los hechos ofrecida en el escrito de contestación-reconvención adolecía de algunas incoherencias difícilmente salvables, como la persistencia del estado de cosas tras situarse profesionalmente el otro hijo de los demandados-reconvinientes y contraer matrimonio el hijo titular del vehículo y la licencia, y además poco compatibles con el propio régimen jurídico de la licencia para autotaxis, especialmente riguroso en orden a su transmisibilidad. (STS de 24 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La viuda de un taxista fallecido, en su propio nombre y derecho y en representación de su hijo menor de edad, demanda a sus suegros para que le hagan entrega del vehículo destinado a taxi que explotaba su marido. Éstos reconviene alegando la existencia de un negocio fiduciario entre ellos y sus dos hijos —entre los cuales estaba el fallecido—, en cuya virtud los padres entregaron el dinero necesario para la adquisición del vehículo y el pago de la licencia —que se obtuvo a nombre del fallecido— y a tenor del cual la propiedad del vehículo les corresponde. El Juzgado desestimó la demanda por falta de suficiencia del poder del procurador, sin entrar a conocer del fondo del asunto. La Audiencia revocó esta sentencia, estimando totalmente la demanda y desestimando por completo la reconvención. Recu-

rrida esta sentencia en casación, el TS declara no haber lugar al recurso, por no haberse acreditado la existencia de dicho negocio fiduciario. (M. C. B.)

79. Herencia en favor de una fundación no constituida, que tiene una personalidad jurídica condicionada a la preceptiva formalización.—El problema que presentan estas personas jurídicas, en situación de herencia deferida y no constituidas formalmente, encuentra solución en dotarlas de personalidad jurídica expectante desde el mismo momento de la muerte de la testadora, teniendo existencia legal, lo que conlleva ser reputados herederos, aunque más bien se trata de una personalidad condicionada a la preceptiva formalización, pero que no excluye que los bienes asignados carecieran de titular efectivo en el caso de autos, ya que corresponden a la fundación demandada al resultar ser la heredera definitiva, pues el artículo 746 CC les reconoce capacidad para adquirir por testamento.

Toma de posesión del bien por constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal y venta de pisos y locales. Diferencia con la acción de petición de herencia.—En el caso de autos no hubo ejercicio de acción de petición de herencia, la que primordialmente tiende al reconocimiento de la calidad de heredero (S de 21 de junio de 1993), ya que la fundación en tal condición, accedió a la posesión y titularidad dominical del inmueble cedido por la testadora doña A. C. C. (cláusula 6.^a de su testamento, otorgado el 27 de junio de 1914), pues se otorgó escritura de constitución de propiedad horizontal (18 de mayo de 1990) y se procedió a la venta de pisos y locales.

Posesión de hecho y en nombre de otra persona.—No resulta de recibo casacional la declaración atacada en el motivo que contiene la sentencia respecto a que la hija y nietas de dicha doña F. C. L., poseyeron el bien por tolerancia del dueño, sino que lo hicieron en concepto de usufructuarias, de forma pública, pacífica y no interrumpida, ya que esta condición, ni por actos *inter vivos* ni de última voluntad, le fue otorgada. Se trata de una posesión de hecho, para otro (art. 431 CC), que era la Fundación Piadosa, no constituida, titular dominical de la casa, en cuanto la testadora dispuso su venta y aplicar el precio obtenido a la celebración de tres misas rezadas diariamente por su alma y para limosnas. (STS de 18 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La testadora dispuso que un edificio de su propiedad fuera vendido y se aplicase su precio a la celebración de tres misas diarias por su alma y para limosnas, creando una fundación para cumplir ese fin. También otorgó en favor de su tía un usufructo vitalicio sobre la mencionada finca. Al fallecimiento de la testadora y de la usufructuaria, el edificio fue poseído por la hija y las nietas de esta última, hasta que los ejecutores testamentarios constituyeron la Fundación, que posteriormente aceptó la herencia, constituyó un régimen de propiedad horizontal sobre el edificio y vendió los pisos y locales que lo componían. El Estado ejercitó posteriormente demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la fundación y las anteriores poseedoras del edificio, solicitando se declarase que éste era de su propiedad, por considerarlo vacante. Se opusieron todas las codemandadas, y formularon reconvenión las anteriores poseedoras, solicitando que se declarase que habían adquirido el inmueble por usucapión.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la reconvenCIÓN, al considerar que los bienes nunca habían estado vacantes, que habían pertenecido a la Fundación y que la posesión por las codemandadas reconvinientes había sido de hecho y en nombre de la Fundación, y por lo tanto, insuficiente para producir la usufrucción. Recurrida la sentencia por el Estado, la Audiencia Provincial y el TS desestimaron los recursos. (L. F. R. S.)

80. No es renuncia tácita el no ejercicio o ejercicio tardío de derechos.—La renuncia, si no es expresa, debe ser clara y concluyente para ser apreciada como tácita; nunca ha sido considerada como renuncia tácita el no ejercicio o ejercicio tardío de derechos: ambas son declaraciones jurisprudenciales reiteradas e indiscutidas.

No cabe confundir la falta de exigencia del cumplimiento de las garantías de la reserva con la renuncia a la reserva misma.—De ello se deriva, en primer lugar, que la realidad de que los reservatarios no exigieran el cumplimiento de las garantías de la reserva que se constituyó a su favor por el segundo matrimonio del padre, no implica en modo alguno, renuncia tácita de la reserva. En segundo lugar, que el escrito, en documento privado, del padre, futuro reservista (aún no había contraído matrimonio) y futuros reservatarios, no es una renuncia tácita a la reserva futura, como ha interpretado la sentencia de instancia, puesto que tal escrito se titula «información detallada acerca de los bienes y títulos poseídos por la sociedad conyugal en el momento del fallecimiento de la esposa, doña P. B. M. y propuesta privada de definitiva distribución de la parte de caudal hereditario pendiente de reparto» y se llega al acuerdo: «los abajo firmantes prestan su total conformidad a las obligaciones y derechos que se deriven de la distribución definitiva de la herencia (de la madre) en la forma que antecede y que voluntariamente aceptan», del escrito nada se deduce acerca de la reserva aún no nacida y, mucho menos, una renuncia tácita.

La renuncia a la reserva sólo puede ser expresa.—La S de 22 de junio de 1995 explícitamente reitera la doctrina que expuso la anterior de 3 de marzo de 1959 en el sentido de que se exige la forma expresa, como dice el propio artículo 970 CC y mantiene la doctrina científica, en la renuncia de la reserva.

Inexistencia de reserva troncal, al no constar que el supuesto reservista haya adquirido bienes del hijo fallecido.—Faltan los presupuestos de la reserva: no consta que el padre, supuesto reservista, haya sido declarado heredero de su hijo, causante de la reserva, ni procede declararlo en la presente resolución, en cuyo proceso no se ha pedido; ni tampoco consta que haya habido transmisión de bien alguno de hijo al padre; por tanto, no aparece que el viudo don J. G. haya adquirido bienes del hijo de su primer matrimonio, ni que exista título de adquisición.

No es incongruente la sentencia que concreta un importe determinado y evita la discusión en la fase de ejecución.—Nunca se ha entendido que incurre en el vicio de incongruencia el supuesto de la sentencia que concreta en un *quantum* un importe determinado. Así, al considerar producida una donación indirecta, que da lugar a la colación de la misma, fija el importe evitando la *litis* que se produciría en la fase de ejecución de la sentencia. Lo cual es correcto y no atenta a la congruencia de la sentencia, ya que ésta

estima y concreta el pedimento séptimo del suplico de la demanda, sin ir más allá del mismo.

Prueba que perjudica a la parte recurrente y no puede ser combatida en casación.—El motivo decae por un doble razonamiento: no se ha infringido la doctrina de la carga de la prueba que proclama el artículo 1214 CC mencionado, puesto que no hay falta de prueba sino prueba de un hecho que perjudica a la parte recurrente (en este sentido, entre otras muchas, SS de 25 de enero, 22 de septiembre, 27 de noviembre, 5 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001); y no cabe combatir los hechos de los que la sentencia de instancia parte como acreditados, por no admitirse en casación hacer supuesto de la cuestión (SS de 16 de marzo, 17 de mayo y 15 de diciembre de 2000, 31 de enero y 3 de mayo de 2001). (STS de 18 de octubre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Del matrimonio de doña P. y don J. nacieron cinco hijos. Al fallecer doña P. en 1966, el viudo y sus hijos liquidaron la sociedad de gananciales y partieron la herencia en 1967, de la que don J. recibió el legado del tercio de libre disposición y la legítima de cuota en usufructo. Posteriormente, don J. contrajo segundas nupcias con doña E. en junio de 1970; el hijo mayor del primer matrimonio falleció intestado en agosto de 1970, soltero y sin descendencia. En 1987, don J. y doña E. otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales por las que pactaron el régimen de separación de bienes y liquidaron el régimen de gananciales hasta entonces existente. En 1988, don J. vendió a doña E. la tercera parte indivisa de la nuda propiedad de una casa que se había adjudicado en la liquidación de la sociedad de gananciales de su primer matrimonio y partición de la herencia de su primera esposa. Después de fallecer don J. en 1992, tres de sus hijos demandaron a su viuda, a otra hija del difunto y al albacea de éste. La demanda contenía doce pedimentos, de los que destacaban la petición de nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales y partición de la herencia de 1967; la declaración de que los bienes recibidos por don J. de la herencia de su primera esposa han estado sujetos a reserva legal vidual; la declaración de que los bienes recibido por don J. de la herencia de su hijo mayor han estado sujetos a reserva legal troncal; la declaración de que la liquidación de la sociedad de gananciales de 1987 contenía una donación indirecta en favor de doña E., por la que estaba obligada a colacionar en la herencia de don J.; la declaración de que la compraventa de 1988 fue simulada y, por lo tanto, radicalmente nula. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, acogiendo únicamente la declaración de nulidad de la venta efectuada en 1988, desestimando los demás pedimentos. Formulado recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente y declaró que estaban reservados los bienes provenientes de las herencias de doña P. y el hijo mayor del primer matrimonio, y que la liquidación de la sociedad de gananciales de 1987 contenía una donación indirecta en favor de doña E., por la que estaba obligada a colacionar en la herencia de don J., confirmando en lo demás lo resuelto en primera instancia. Formulado recurso de casación por los demandados, el TS lo admitió parcialmente, en el sentido de desestimar que existiera reserva sobre los bienes de la herencia del hijo mayor del matrimonio de

don J. y doña P., por falta de constancia de que don J. hubiera heredado abintestato a este hijo. (L. F. R. S.)

81. Donación de establecimiento mercantil de carácter ganancial.— Se trata de una donación de establecimiento mercantil, que no comprende el inmueble y que es válida pese a ser realizada sólo por el marido, tratándose de bienes gananciales: en aquel tiempo (1972) antes de la reforma del Código civil producida por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, el marido era el representante de la mujer, según el artículo 60 en su redacción originaria; después de la reforma operada por Ley de 24 de abril de 1958 el marido tenía poder de disposición con consentimiento de la mujer, de los bienes gananciales, a título oneroso, salvo sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, según el artículo 1453, sin que tuviera poder de disposición a título gratuito. Y si el marido los realizaba, no eran nulos, sino que tenía la mujer acción para impugnarlos (así, SS de 14 de marzo de 1932 y 29 de septiembre de 1959).

Partición mediante la creación de una copropiedad ordinaria respecto al único bien del haber hereditario.—No se ha solicitado en el suplico de la demanda la división material o económica de la cosa común, la finca como único bien del haber hereditario, con lo cual la partición y adjudicación se hará creando una copropiedad ordinaria (romana, *pro indiviso*) regulada en los artículos 392 y ss. CC: así lo hizo la S de 20 de octubre de 1992 que dijo que la *partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de la herencia con expresión de las cuotas pro indiviso que en las mismas correspondan a cada heredero*; lo que reiteran las SS de 25 de abril de 1994 y 8 de marzo de 1999 que destaca, esta última, que puede surgir una comunidad romana que puede extinguirse por la acción de división de la cosa común. Cuya adjudicación dará lugar a la adquisición de la propiedad de los coherederos, en este caso la cuota hereditaria, de lo que se le haya adjudicado: así lo expresan las SS de 16 de mayo de 1991, 5 de noviembre de 1992 y 31 de enero de 1994. (STS de 28 de junio de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El pleito que enfrenta a varios hermanos tiene por objeto la partición de la herencia de su padre. Es relevante a estos efectos la calificación del negocio jurídico entrañado en una carta que el difunto progenitor había dirigido a dos de los hijos tiempo antes de su muerte pidiéndoles que «se hagan cargo» de la funeraria por él regentada durante toda su vida. El Tribunal de instancia lo califica como donación de establecimiento mercantil y el problema de la partición y adjudicación de la herencia se suscita así en relación con el inmueble en que el negocio se asienta. El recurso de casación de uno de los hermanos —donatario— prospererá sólo en lo relativo a la infracción de los preceptos procesales que regulan la condena en costas. (R. G. S.)

DERECHO MERCANTIL

82. Principio de libre competencia. Relación con el precio fijo de los libros.—Siguiendo la línea fijada por la S de 31 de marzo de 2000,

indica el TS que el artículo 33 de la Ley 9/1975 del libro, de 12 de marzo, que establece de forma imperativa el mantenimiento del precio fijo en la venta de libros al por menor (salvo en ciertos supuestos muy precisos), no encorseta el principio de libre competencia, siempre que éste se establezca a través de la flexibilización de factores diferentes del precio. Esta condición concuerda con la no prohibición, contenida en el artículo 8 LCD, de las ventajas que se obtienen de forma desvinculada de ulteriores compromisos y con la permisión de tales ventajas, recogida por el artículo 9 LDCU.

Precio fijo de los libros. Descuentos.—El RD 484/1990, de 30 de marzo, sobre precio de venta al público de libros, fija los límites dentro de los cuales puede competirse en relación con el precio de los libros, estableciendo el porcentaje máximo y mínimo de descuento que puede serle aplicado al comprador. A este respecto, el TS ha considerado que por descuento se ha de entender la rebaja en el importe del precio fijado, con el consiguiente beneficio dinerario del porcentaje en que se fije el descuento para el comprador, que, en tales supuestos, no ha de desembolsar la porción rebajada del precio. Así pues, en aquellos casos en los que el precio del libro vendido se debe desembolsar íntegramente y la ventaja que se obtiene por tal adquisición se materializa en un objeto concreto, no existe un descuento sometido a los límites del citado RD 484/1990, de 30 de marzo, sino otra medida de competencia.

Fraude de ley y fraude procesal. Requisitos esenciales.—Siguiendo la doctrina del TC (STC de 23 de enero de 1999) señala el TS que son necesarios tres requisitos para apreciar un fraude de ley o fraude procesal: que el acto o actos cuestionados sea contrario al fin práctico que la norma defraudada persigue (lo que supone su violación efectiva); que la norma de cobertura no vaya dirigida, expresa y directamente, a protegerlo —sea por no constituir el supuesto normal, sea por constituirse como medio de vulneración de otras normas, o sea por ir dirigido a perjudicar a otros—; y que se manifieste de forma notoria e inequívoca (lo que requiere clara prueba) la producción de un resultado contrario o prohibido por otra norma tenida como fundamental en la regulación de la materia. (**STS de 4 de octubre de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—En septiembre de 1994 *Hipermercado Continente, S. A.* lanza en Santa Cruz de Tenerife la campaña «Vuelta al cole» consistente en una oferta por virtud de la cual el comprador que adquiere libros de texto, atlas y diccionarios recibe el veinticinco por ciento del valor de esta compra en puntos canjeables, válidos para comprar otros productos del hipermercado (a excepción de libros), a razón de una peseta por punto.

La Asociación de Empresarios del Comercio del Libro de Santa Cruz de Tenerife interpone demanda de competencia desleal frente a *Centros Comerciales Continente, S. A.*, solicitando, entre otros pedimentos, la declaración de deslealtad del acto y la cesación del mismo. La demanda es estimada en primera instancia, siendo recurrida esta sentencia por los demandados. La Audiencia Provincial estima el recurso y revoca la sentencia de primera instancia, desestimando la demanda. Frente a estos pronunciamientos, interponen los demandantes recurso de casación, que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

83. No se vulnera el principio de congruencia de la sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que el artículo 359 LEC no exige más que en la sentencia exista correlación entre su parte dispositiva y las pretensiones deducidas en el momento procesal oportuno, siendo asimismo doctrina igualmente reiterada de esta Sala la de que la sentencia absolutoria o totalmente desestimatoria de la demanda no puede ser tachada de incongruente, a no ser que dicha absolución o desestimación se haya basado en una excepción no aducida por el demandado y no apreciable de oficio o que, para hacer el referido pronunciamiento absolutorio, se haya alterado el soporte fáctico (*causa petendi*) de la cuestión debatida en litigio.

Valoración de los documentos privados. Interpretación del artículo 1225 CC.—Dice la S de esta Sala de 3 de marzo de 1990 que el artículo 1225 CC que se cita como infringido se limita a declarar que el documento privado reconocido legalmente tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubieran suscrito y sus causahabientes, por tanto, su mandato no es otro que el de equiparar los efectos probatorios del documento privado reconocido legalmente con los propios de la escritura pública; ahora bien, este artículo 1225 CC no se aplica a toda clase de documentos privados sino a una categoría determinada de ellos; los suscritos por los litigantes y que tienen por objeto un acto o negocio jurídico; y en el mismo sentido, afirma la S de 10 de octubre de 1994 que el artículo 1225 CC que se cita como infringido resulta inaplicable al caso ya que, no obstante referirse el mismo al documento privado, no se comprende en él toda clase de documentos de esa clase o naturaleza que existe en el tráfico jurídico, sino que su ámbito de aplicación se contrae a aquellos documentos privados que han sido suscritos por las partes y que, normalmente, contienen el acto o negocio jurídico, lo que resulta de la equiparación que establece entre el documento privado legalmente reconocido y la escritura pública, doctrina que se reitera en S de 3 de julio de 1995, con cita de las de 3 de marzo de 1990 y 24 de febrero de 1992.

Criterios generales para que una conducta pueda ser valorada como competencia desleal.—La llamada cláusula general del artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, trata de prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que no encuentran acomodo en las que expresamente tipifica como tales en la Ley en sus artículos 6 a 17, debiendo al acto incardinable en el artículo 5 reunir los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Ley, que el acto se realice en el mercado, es decir, que se trate de un acto de trascendencia externo, y que se lleve a cabo con fines concurrenceales, presumiéndose esta finalidad concurreencial cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

La contravención de la buena fe como característica necesaria de los actos de competencia desleal.—La referencia a la buena fe que se contiene en el artículo 5 de la Ley 3/1991 viene hecha a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad (dolo o culpa) del sujeto y que se encuentra acogida en el artículo 7.1 CC como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos; dice la S de 21 de septiembre de 1987 que el artículo 7.1 CC, como ya expresó la S de 8 de julio de 1981, es una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de honradez, lealtad, justo

reparto de la propia responsabilidad y atenimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena.

Existencia de actos de competencia desleal por ser contrarios a la buena fe.—Surge una conducta del codemandado contraria a la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales nacidas de una comisión mercantil, conducta que reúne las características que el artículo 2 de la Ley de 10 de enero de 1991 señala como propias del acto de competencia desleal; se trata de actos realizados en el mercado y con finalidad concurrencial en cuanto dirigidos a promocionar y asegurar la difusión de productos de terceros, impidiendo a la parte demandante acceder a los locales comerciales propiedad de los codemandados en determinados ámbitos del territorio nacional, al que se extendía el contrato de comisión mercantil concertado, primeramente, habiéndose establecido en los contratos que el comisionista no podía representar a otras firmas comerciales o empresas que desarrollasen la misma actividad a la desarrollada para la actora.

No cabe fundar un recurso de casación en preceptos generales.—Es doctrina reiterada de esta Sala (entre otras, SS de 2 y 23 de febrero y 8 de marzo de 2000) la de que el recurso de casación no puede fundarse en un precepto genérico como es el artículo 1091 CC que se limita a establecer la fuerza vinculante de las obligaciones nacidas de contrato.

Necesidad de probar los daños y perjuicios sufridos para que éstos puedan ser resarcidos.—Ejercitada en la demanda la acción de resarcimiento de daños y perjuicios del artículo 18.5.º de la Ley 3/1991, su viabilidad requiere la prueba de los daños y perjuicios cuya indemnización se pide y la relación de causalidad entre el acto constitutivo de competencia desleal y aquellos daños y perjuicios. Respecto de los daños morales, tal pretensión se funda en el daño causado al crédito comercial de la actora como consecuencia del comportamiento desleal atribuido a los codemandados. En autos no se ha aportado prueba alguna que se acredite que el crédito comercial de la actora ha sufrido demérito por virtud de la actuación desleal denunciada, por lo que procede desestimar tal pretensión.

Posibilidad de exigir lucro cesante y bases para su cálculo con el fin de reparar los daños ocasionados por los actos de competencia desleal del comisionista mercantil.—La reparación ha de limitarse al lucro cesante nacido de no poder la parte actora realizar su actividad comercial en los locales arrendados por el codemandado, desde que comenzó la actividad hasta la fecha en que aquél cesó como comisionista de la actora, lucro cesante que se calculará, en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta las ventas realizadas en los citados locales durante el período de vigencia de los arrendamientos. No cabe incluir las ventas realizadas en los locales arrendados una vez producido el cese del codemandado como comisionista de la actora ya que al no existir en los contratos de comisión aportados cláusula alguna de no concurrencia, aquél y las sociedades por él representadas podían ejercer libremente su actividad. (**STS de 15 de octubre de 2001; ha lugar en parte.**)

HECHOS.—*Planeta Crédito, S. A.* entabló una demanda por incumplimiento de contrato de comisión mercantil exigiendo a su vez que se calificara la conducta tanto del comisionista como de los codemandados como competencia desleal y solicitaba que se les condenara al pago de las correspondientes indemnizacio-

nes por los daños sufridos, así como al pago de las costas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y absolvió a los demandados condenando a la actora al pago de las costas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso y confirmó la sentencia recurrida e hizo expresa imposición de las costas causadas en la apelación a la parte recurrente. La actora interpuso recurso de casación y fue estimado en parte por el TS ya que declaró la existencia de actos de competencia desleal imputables a los demandados y por ello los condenó a que abonasen solidariamente en concepto de lucro cesante la cantidad que se determinara en ejecución de sentencia, sin hacer expresa condena en costas en ninguna de las instancias. (E. S. M.)

84. Artículo 1288 CC. Regla *contra proferentem*. Aplicación a los contratos de seguro.—En virtud de la regla *contra proferentem* la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que las ha redactado originando tal oscuridad; la aplicación de esta regla a los contratos de adhesión y, en concreto, a los contratos de seguro, implica que la duda relativa a una cláusula contradictoria se interpretará en favor del adherente, es decir, del asegurado. Así se proclama expresamente en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios y en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. (STS de 8 de noviembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—P. E. E. celebra dos contratos de seguro con *UAP, L. Unión Des Assurances de París-Vie* pertenecientes a la modalidad titulada «seguro complementario de invalidez absoluta». En ellos se establece que el riesgo asegurado es el de invalidez absoluta, permanente y definitiva. La expresión «invalidez absoluta» es un concepto jurídico que comprende la incapacidad para todo trabajo. Una de las cláusulas del contrato, sin embargo, añade a esta definición la exigencia de ser asistido en los actos de la vida cotidiana por una tercera persona; dicho requisito adicional implica incluir el riesgo cubierto en el concepto jurídico conocido con el nombre de «gran invalidez». Se produce así una contradicción en el propio contrato puesto que, mientras que a partir del enunciado se deriva que el riesgo asegurado es el de invalidez absoluta, según el texto del contrato el riesgo cubierto es el correspondiente a gran invalidez.

P. E. E. sufre una lesión cardíaca por la que es declarado por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Seguridad Social de Bilbao en situación de invalidez permanente en el grado de invalidez absoluta.

P. E. E. interpone demanda contra *UAP* en reclamación del pago del capital asegurado en los dos contratos en sus respectivos seguros complementarios.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda; dicha sentencia es revocada en apelación por entender

que la situación de invalidez del asegurado demandante no se corresponde con el riesgo asegurado. (B. F. G.)

85. Vinculación de la empresa por la actuación del apoderado general o factor por las operaciones dentro del ámbito de la empresa.—El apoderado general o factor, también designado como «gerente» en el artículo 283 CCO y cuando viene referido a entes societarios, recibe también la denominación de «director general», sustituye al empresario, ya que realiza cuantas operaciones afectan a tal giro o tráfico de la empresa. Pues bien, las referencias del motivo al factor notorio, que con relación al artículo 286 CCO, ha recogido reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 30 de septiembre de 1960, 19 de junio de 1981, 5 de abril de 1982 y 5 de julio de 1984) y que resulta aplicable también al campo societario y en concreto al de la sociedad anónima (SS de 19 de abril de 1984 y 25 de abril de 1986) conducen al motivo a estimar que no puede entenderse obligada la empresa mercantil cuando el gerente ha contratado fuera del círculo de las operaciones propias de la empresa. Mas debe tenerse en cuenta al respecto, que el demandado no emprendió operación ajena a las actividades de la entidad de la que era consejero, sino que se limitó a garantizar una deuda precedentemente contraída por la sociedad que representaba y que consistía en la construcción de 4.200 m² y en cuya nave se albergaba maquinaria, mobiliario, y enseres para el desarrollo de la industria de fabricación de muebles que es precisamente el objeto social de la empresa, porque el artículo 2 de sus estatutos señala que «tiene por objeto la fabricación, montaje y comercio de toda clase de muebles y elementos para mobiliario y decoración».

No se vulneran las circunstancias de la inscripción exigidas en el artículo 9 LH cuando se atribuye en la inscripción registral un cargo diferente al que actúa como representante de la empresa.—Pese a las muchas lecturas que ha realizado la Sala de los preceptos que se dicen infringidos por su inaplicación no alcanza en qué ha podido producirse un error sustancial determinante de la inscripción. El artículo 9 LH expresa las circunstancias que ha de contener la inscripción y todas ellas concurren en la combatida en el motivo, naturaleza, situación y linderos del inmueble, naturaleza del derecho que se inscribe y su valor y el derecho sobre el cual se constituye la inscripción, la persona material o jurídica a cuyo favor se haga y aquella de que procedan inmediatamente los bienes, el título que se inscribe, su fecha y Notario que lo autorice, la fecha de presentación en el Registro y de la inscripción y la firma del Registrador.

No cabe aplicar el artículo 1713 CC a los apoderados que actúan en el ámbito mercantil.—La parte recurrente olvida que el demandado era Consejero y además Director-Gerente y su apoderamiento legal no debe analizarse desde la perspectiva del artículo 1713 CC, sino desde la perspectiva mercantil, en que se genera una específica representación de la empresa como institución estable, obligando los actos del apoderado a la misma y ello aunque no esté inscrito en el Registro Mercantil tal poder (S de 19 de junio de 1981) y mucho más cuando consta inscrito, como en este caso. Así se ha señalado en la instancia, con cita al respecto de sentencias de esta Sala, a la que podría añadirse, asimismo, la de 7 de mayo de 1993 y resoluciones de la

Dirección General de los Registros. (STS de 29 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil actora promovió demanda solicitando la nulidad de reconocimiento de deuda y de constitución de hipoteca a favor de la entidad mercantil demandada alegando falta de poder en la persona que actuó en nombre de la actora, a la sazón Consejero de la entidad mercantil demandante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda e impuso las costas a la parte actora. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid, desestimó el recurso de apelación, e impuso al apelante las costas causadas por el recurso. La parte actora interpuso recurso de casación y el TS declaró no haber lugar al recurso condenando a la parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso. (E. S. M.)

86. Tercería de dominio. La inscripción de la escritura fundacional de una sociedad limitada en el Registro Mercantil es un requisito constitutivo de la misma. En tanto la sociedad no adquiera personalidad jurídica por medio de la inscripción, no puede adquirir el dominio de las aportaciones de los socios y, por tanto, carece de legitimación activa para interponer una tercería de dominio con respecto a los bienes objeto de la aportación.—Ha de confirmarse la recta doctrina sentada por la Sala *a quo* al decir, siguiendo reiterada jurisprudencia que, «la inscripción de la escritura fundacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo y en tanto no se cumpla la sociedad carece de personalidad a los fines previstos en los artículos 35, 36 y 38 CC. La falta de inscripción de una sociedad, sin perjuicio de que el contrato vincule a los socios implica su inexistencia para terceros, por lo que, es manifiesto que sólo a partir del acceso de la escritura en el Registro Mercantil puede adquirir la sociedad el dominio de las fincas aportadas por el ejecutado, de donde se sigue que al ser embargadas en fecha anterior a la inscripción determinante de la personalidad jurídica, ésta no era propietaria, y por consiguiente, la tercería de dominio que implica el ejercicio de una acción reivindicatoria, no puede prosperar, pues, falta la prueba de ser la actora titular de las fincas embargadas al practicarse el embargo».

La interinidad de la sociedad en formación surte determinados efectos entre los contratantes, pero no alcanza a los terceros ajenos al contrato societario. Ante la falta de inscripción registral no cabe transformar la sociedad limitada en formación en una sociedad civil dotada de personalidad, pues ello contradiría la voluntad de los socios y pugnaría con su derecho a la restitución de las aportaciones realizadas.—A todo lo anterior se agrega la recta doctrina de la, entre otras, S de 13 de febrero de 1985, aplicable a los autos (aunque en sede de la LSA de 17 de julio de 1951, pues la problemática es común en razón a que la LRSL de 17 de julio de 1953, impone en su art. 5, la exigencia de la inscripción, asimismo, establecida en el art. 11 de la vigente LSRL 23 de marzo de 1985, reproduciendo igual prescripción a la del art. 6 de la citada LSA) hoy en el marco de la Ley de 22 de diciembre de 1989, según su artículo 7. Se decía en la citada S: atendidos los términos categóricos del precepto, convienen la doctrina jurisprudencial y la científica que la inscripción de la escritura fun-

dacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo y en tanto no se cumpla la sociedad carece de personalidad a los fines previstos en los artículos 35, núm. 2.º, 36 y 38, párrafo primero, CC, aunque tal situación de interinidad del ente en formación surte determinados efectos entre los contratantes, si bien ese núcleo jurídico obligacional *inter partes* no puede ser calificado propiamente como sociedad anónima imperfecta, por lo que la eficacia del embargo sólo podría desvanecerse en el caso de mediar un acto dispositivo válido, anterior a la anotación tabular privando al deudor ejecutado de sus facultades más características, en virtud de la presunción de exactitud del Registro proclamada en los artículos 38 y 39 LH, negocio traslativo para cuya creación es indispensable la existencia de un sujeto adquirente, primordial presupuesto que no concurre puesto que la tercerista –*sic*– no había nacido como persona jurídica al tiempo en que el embargo se produjo mal podía tener en su patrimonio los bienes en cuestión. La posibilidad de convertir en el curso de su fundación a la sociedad anónima en sociedad civil dotada de personalidad, es descartada por las voces más numerosas entre los autores, a cuyo parecer ante la falta de inscripción registral no puede darse paso a una figura societaria regular o irregular o de otra clase, porque ello pugnaría con la voluntad de los socios y con su derecho a la restitución de las aportaciones realizadas, sino que ha de ser aplicada en todo su alcance la normativa de la Ley de 17 de julio de 1951, como apuntó la S de 6 de febrero de 1964. Si la falta de inscripción de una sociedad anónima, sin perjuicio de que el contrato vincule a los socios, «implica su inexistencia para terceros» como reitera la S de 9 de marzo de 1981, es manifiesto que sólo a partir del acceso de la escritura al Registro Mercantil pudo adquirir la sociedad de que se trata el dominio de las fincas aportadas por el ejecutado, «de donde se sigue que al ser embargadas en fecha anterior a la inscripción determinadora de la personalidad jurídica de la demandante, ésta no era propietaria, y consiguientemente la tercería de dominio, que implica el ejercicio de una acción reivindicatoria, no puede prosperar, pues falta la prueba de ser la actora titular del dominio de las fincas embargadas al practicarse la traba», según ya tiene declarado esta Sala en sus SS de 22 de febrero de 1980 y 6 de marzo de 1981, resolviendo controversia que guarda práctica identidad con el tema ahora debatido. (STS de 19 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Una señora solicita un préstamo a un banco y con posterioridad inicia el proceso de constitución de una sociedad limitada a la que aporta una serie de fincas de su propiedad. Mientras la sociedad estaba en formación, puesto que existía escritura fundacional pero ésta aún no había sido inscrita en el Registro Mercantil, y ante el impago del crédito concedido a la señora, el banco prestamista embarga las fincas aportadas por ésta a la sociedad, que interpone la tercería de dominio al considerarse legítima propietaria de los bienes embargados. Las dos sentencias de instancia desestiman íntegramente la demanda, por considerar que la sociedad en formación carecía de personalidad jurídica tanto en el momento de efectuarse las aportaciones como en el momento de decretarse el embargo de los bienes, de modo que carece también de legitimación activa para interponer la tercería de dominio. El TS con-

firma íntegramente el fallo al declarar no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

87. Responsabilidad individual de los administradores frente a los acreedores sociales: artículo 135 LSA.—Para que prospere la acción resarcitoria prevista en el artículo 135 LSA es necesaria la existencia de un nexo causal entre la actuación realizada por los administradores sin la debida diligencia del ordenado comerciante y el daño producido. Podemos ver en este sentido las SSTS de 19 de octubre de 1988, 3 de abril de 1990, 4 y 11 de noviembre de 1991, 21 de mayo de 1992, 21 de septiembre de 1999, 30 de enero y 30 de marzo de 2001. Declara el TS que el cierre de una empresa sin que los administradores acudan al procedimiento concursal pertinente, no es bastante para afirmar la existencia de un nexo de causalidad entre dicho comportamiento y el impago de deudas a los acreedores sociales, ya que no cabe presumir que iniciado dicho procedimiento concursal los créditos se habrían satisfecho evitándose con ello el daño. El pago por parte de los administradores de deudas sociales con sus ingresos particulares respecto de las que se constituyan personalmente en avalistas, no vulnera el principio *par conditio creditorum*, ni acredita que dichos fondos se hayan sustraído del patrimonio social.

Presunción y carga de la prueba.—No cabe confundir el proceso deductivo de la presunción (art. 1253 CC) con la valoración probatoria para sentar conclusiones fácticas. De igual forma es doctrina reiterada del TS que el artículo 1214 CC por su carácter genérico no contiene una regla valorativa de prueba, y por este motivo no es apto para amparar un recurso casacional salvo que el Tribunal *a quo* invirtiese en su fallo el principio de distribución de la carga de la prueba. (STS de 19 de noviembre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Las sociedades mercantiles *Unión Cervecera, S. A.*, y *García Carrión, S. A.* interponen demanda contra la mercantil *Distribuciones Monduber, S. A.* y sus administradores sociales sobre reclamación de cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestima el recurso confirmando íntegramente la sentencia apelada. El TS estima parcialmente el recurso de casación, considerando que no se produce la necesaria acreditación del nexo causal que justifica la responsabilidad individual de los administradores frente a los acreedores sociales por el impago de deudas sociales, revocando parcialmente las sentencias anteriores.

NOTA.—La nueva LEC de 2000 ha derogado los preceptos del Código civil relativos a las presunciones (entre otros, el art. 1214 CC), trasladando su regulación a los artículos 385 y 386 LEC. La regla de la carga de la prueba actualmente se contiene en el artículo 217 LEC, siendo una regla más precisa que la establecida con carácter general en el derogado artículo 1214 CC. (S. E. M.)

88. Declaración de suspensión de pagos. Función.—La función derivada de la declaración de una suspensión de pagos es el mantenimiento del patrimonio del suspenso a través de una actuación vigilada por la intervención.

Facultades del suspenso.—En una situación de suspensión de pagos el suspenso tiene la facultad de administrar sus bienes y persona, así como de gestionar sus negocios, salvo que exista una determinación judicial en contra.

Artículo 5.4 de la Ley de suspensión de pagos. Actuación de los interventores en una contienda judicial que afecta al suspenso.—Entre las funciones de los interventores se incluye la de informar al juez acerca de la procedencia de las reclamaciones que el suspenso pretenda entablar en defensa o reclamación de sus derechos ante tercero. Dicha actuación de los interventores ha sido calificada por la STS de 11 de octubre de 1988 de *autoritas interpositio*.

Legitimación del suspenso para litigar.—Los requisitos que en virtud de la Ley de suspensión de pagos deben cumplirse para que el suspenso pueda litigar, son la autorización judicial y la concurrencia de los interventores. El incumplimiento de dichos requisitos implica la falta de legitimación activa del suspenso. (STS de 3 de octubre de 2001; *ha lugar*.)

HECHOS.—*SNIACE, S. A.*, entidad en suspensión de pagos, interpone demanda contra *Promotora Editorial Europea, S. A.* sin la concurrencia de los interventores y sin contar con la autorización judicial. La demanda es estimada por el Juez de Primera Instancia, cuya sentencia es confirmada en apelación.

NOTA.—Téngase en cuenta que en el Proyecto de Ley concursal se deroga la Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1992. En dicho Proyecto se distingue entre concurso voluntario o intervención y concurso necesario o suspensión en función de los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor (art. 39). Dicha distinción es tenida en cuenta a la hora de regular en el artículo 53 la cuestión resuelta en la sentencia analizada.

Así, por una parte, en el artículo 53.1 se establece que, en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de índole exclusivamente patrimonial corresponde a la administración judicial, mientras que para el resto de acciones la comparecencia en juicio corresponde al concursado; sin embargo, en este último supuesto, si la materia litigiosa puede afectar al patrimonio del deudor, se exige la conformidad de los administradores judiciales para la interposición de demandas, el allanamiento, la transacción o el desistimiento precepto que distingue dos supuestos.

El artículo 53.2, por otra parte, dispone que en caso de intervención el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio; sin embargo, se exige la conformidad de la administración judicial para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Además, si la administración judicial estima conveniente para los intereses del concurso la interposición de una demanda, y el concursado se niega a formularla, el Juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla.

Adviértase que, tanto en el caso de intervención como en el de suspensión, el artículo 53.3 permite al deudor interponer demandas o recursos cuando la administración judicial no lo hiciere o no le prestase su conformidad. Para ello el deudor deberá garantizar de forma suficiente ante el juez del concurso que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso.

Por último, se permite al deudor, también en ambos casos, personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración judicial haya promovido, siempre que se cumplan determinados requisitos. (*B. F. G.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LV, 2002

FASCÍCULO IV octubre-diciembre

Estudios monográficos

| | |
|---|------|
| Francisco JORDANO FRAGA: «El pago, por el prestatario, de intereses no pactados (art. 1756 CC)» | 1541 |
| Manuel RIVERA FERNÁNDEZ: «El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la asistencia sanitaria» | 1609 |
| Juan Carlos REBOLLO GONZÁLEZ: «Responsabilidad civil en la práctica deportiva de riesgo: análisis de la respuesta legal y jurisprudencial» | 1677 |
| Germán María LEÓN PIÑA: «Apuntes para la revisión del derecho sucesorio pitiuso» | 1703 |

Estudios de Derecho extranjero

| | |
|---|------|
| Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI: «Representación indirecta y <i>Undisclosed agency</i> : su convergencia (la <i>Convention on agency in the international sale of goods</i> y los <i>Principles of European Contract Law</i>)» | 1717 |
| María Sara RODRÍGUEZ PINTO: «Los Principios de Derecho Europeo de Contratos y el <i>conflicto de intereses en la representación</i> » .. | 1751 |

Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

| | |
|--------------------------------|------|
| Por Marta REQUEJO ISIDRO | 1767 |
|--------------------------------|------|

Bibliografía

LIBROS

| | |
|--|------|
| DÍEZ-PICAZO, Luis/ROCA, Encarna/MORALES, Antonio Manuel: «Los Principios del Derecho Europeo de Contratos», por Lis Paula San Miguel Pradera | 1803 |
| JEREZ DELGADO, Carmen: «Hacia la Inscripción Constitutiva», por Máximo Juan Pérez García | 1811 |
| REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO (coordinador): «Tratado de responsabilidad civil», por Juan José Marín López | 1815 |
| TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A.: «La unión de hecho y el derecho a no casarse», por Susana Espada Mallorquín | 1821 |

REVISTAS EXTRANJERAS

| | |
|--|------|
| Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, María Rosario DÍAZ ROMERO, María Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Josep SOLÉ FELIU, Isabel SIERRA PÉREZ | 1831 |
|--|------|

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS, año 2001

| | |
|---|------|
| A cargo de: Encarna ROCA TRÍAS, Ramón CASAS VALLÉS; Colaboran: Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Asunción ESTEVE PARDO, Ana LATORRE, Mónica VILASAU SOLANA, Carlos MARTÍNEZ LIZÁN | 1883 |
|---|------|

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

| | |
|---|------|
| Ana DE LA PUEBLA PINILLA: «El accidente de trabajo y la responsabilidad civil del empresario, entre la jurisdicción civil y la social. (A propósito de la sentencia del TS, Sala 1.ª, de 8 de octubre de 2001)» | 1903 |
|---|------|

SENTENCIAS

| | |
|--|------|
| A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Margarita CASTILLA BAREA, María Carmen CRESPO MORA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, María Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Encarna SERNA MEROÑO ... | 1917 |
|--|------|

