

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: 87,00 € (más gastos de envío)

Precio del fascículo suelto: 27,00 € (más gastos de envío)

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: (91) 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA Y 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 LVIII, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2005

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2005

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

NIPO (BOE): 007-05-026-0
NIPO (M. de Justicia): 051-05-011-6
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

IN MEMORIAM

Profesor Dr. D. Juan B. Jordano Barea

Vencida la mañana del pasado día diez de febrero, la dolorosa e inesperada noticia de la muerte de don Juan Jordano, corriendo pesarosamente de boca en boca, dejó sumida a la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla en una sensación de dolor sólo comparable a la magnitud del respeto y la simpatía que en ella provocaba su venerable y tan querida figura. Se nos había ido para siempre quien, en la más genuina acepción de la palabra, era nuestro decano: el más antiguo de nuestros catedráticos, activo todavía en su condición de emérito. A Sevilla vino en 1961, cubriendo la vacante producida por la muerte de don Miguel Royo Martínez y pasando así a continuar la brillante línea de los maestros civilistas de la Universidad Hispalense.

Había nacido don Juan en la vecina Córdoba el 1 de marzo de 1924. Cursó sus estudios de Licenciatura en las Universidades de Granada y Sevilla, y se doctoró en Derecho por la Universidad de Madrid el año 1947. Pensionado por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas para ampliar estudios en su especialidad, marchó seguidamente a la Universidad de Coimbra y, más tarde, a la de Lisboa, regresando a España en 1951, donde se incorporó en 1951 a la Universidad de Santiago de Compostela, primero como Ayudante de Clases Prácticas, luego como Profesor Adjunto y, a partir del curso 1953-54, como Profesor Encargado de la Cátedra de Derecho Civil. En 1955 estuvo pensionado por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas en las Universidades de Bonn y Köln, y en 1959 obtuvo una ayuda de investigación de la Fundación «Juan March». El 24 de junio de 1961 ganó por oposición la Primera Cátedra de Derecho Civil de Santiago, pasando en diciembre del mismo año a ocupar, por concurso de méritos, igual Cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla hasta su jubilación en 1989. A partir de entonces, y

hasta su fallecimiento, ha sido Profesor Emérito de dicha Universidad.

El profesor Jordano fue miembro del Comité Científico de Redacción de la *Rivista di Diritto Agrario* de Firenze, colaborador honorario del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Académico correspondiente de la Real Academia de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes de Córdoba, Medalla de Oro de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, miembro del Consejo de Redacción del *Anuario de Derecho Civil* y Vocal Permanente de la Comisión de Codificación.

La obra escrita del profesor Jordano Barea, siempre aguda, medida y luminosa, es fiel exponente de su lema metodológico: jurisprudencia realista, instrumentalmente conceptual, al servicio de la justicia. El caso, como punto de partida; la justicia, por norte, y el acervo conceptual como herramienta para el razonamiento de la respuesta y su integración en la sistemática de la ciencia del Derecho. El rigor de su formación humana e intelectual le permitía proceder de este modo. Como el *iusprudens* romano, podía partir Jordano de la *divinarum atque humanarum rerum notitia* para llegar a la *justi atque injusti scientia*. El magisterio del profesor don Álvaro D'Ors le familiarizó con la matriz romana de las instituciones jurídico-privadas, y el de don Federico de Castro con el iusnaturalismo de la mejor tradición jurídica española. Estaban echados los cimientos sobre los que edificar una obra sólida, libre, al mismo tiempo, de la esclavitud positivista y de los excesos de la dogmática conceptual. En ellos asentó don Juan su concepto del Derecho y de la función del jurista (*El jurista ante la crisis actual de la cultura europea*, Arbor, 1953), y desde ellos construyó su interpretación del Derecho Civil, argumentó su valor permanente (*Concepto y valor del Derecho Civil*, RDP 1962) y razonó la forma de su integración en la unidad del Ordenamiento (*Derecho Civil, Derecho Privado y Derecho Público*, RDP 1963).

Ni procedería ni sería posible detenerse aquí en la enumeración y rememoración de la obra del profesor Jordano Barea. Baste sólo el intento de sintetizarla en torno a los dos polos que más atrajeron su penetrante atención: el negocio jurídico, en general y en sus dos principales manifestaciones, y la apariencia jurídica. En el primero de ellos hay que situar su monografía *El Negocio Fiduciario* (1959) y sus estudios sobre la causa (*Causa, motivo y fin del negocio*, ADC 1949, y *La causa en el sistema del Código Civil*, en «Centenario del Código Civil», 1990); sus obras sobre el contrato, su perfección (*La categoría de los contratos reales*, 1958) y la li-

bertad de su contenido frente a el esquema legal de sus tipos (*Los contratos atípicos*, RGLJ 1953, y *Contratos mixtos y unión de contratos*, ADC 1951), y, finalmente, las dedicadas al testamento, su esencia y propiedades (*Teoría general del testamento*, RDN 1952) y su interpretación (*La interpretación del testamento*, 1958), ambas obras después actualizadas y unificadas en *El testamento y su interpretación*, 1999). En el segundo, *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, ADC 1950, *El matrimonio putativo como apariencia jurídico matrimonial*, ADC 1961, y *Una elección sobre la posesión*, ADC 1985. Es muy obvio que esta escueta relación queda muy lejos de dar una idea ni siquiera aproximada del conjunto y del valor de la obra de Jordano. Fuera de ella han quedado títulos de necesaria referencia en su materia, algunos revistiendo la forma de auténticos estudios monográficos (entre ellos, *El cuasiusufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, ADC 1948), otros acogidos al ropaje de un género formalmente menor (Comentarios de Jurisprudencia) pero que en sus manos resultaba desbordado y engrandecido por la riqueza de su documentación, el rigor de su desarrollo y la solidez de su contenido (una muestra: *Asunción de deuda*, ADC 1950). Lo saben sobradamente los lectores del *Anuario*, para quienes Jordano era y seguirá siendo «un clásico».

No menos memorable ha sido su dilatada actividad docente. De pie siempre y tras el atril forrado de terciopelo, iba día a día desgranado a lo largo del curso los temas del Programa. Se conjugaban perfectamente en su exposición la elegancia, la claridad y la amenidad; sabía adobar el tono pedagógico de sus explicaciones con destellos del más fino humor. Incluso los temas más oscuros, sin que nada se hurtara a su profundidad, resultaban así asequibles a sus alumnos, quienes –como él a veces gustaba comprobar– salíamos de clase con la lección aprendida. Con razón tuvo siempre Jordano tan buena prensa entre los estudiantes; y con razón, llegado el momento de su jubilación, reunieron éstos más de 6.000 firmas a favor de su nombramiento como profesor emérito.

Todo lo anterior, con ser mucho, no llega a revelar la talla excepcional de don Juan Jordano. Lo sabemos muy bien quienes –como sus discípulos, Ángel López y López, Luis H. Clavería y yo mismo– tuvimos la dicha de conocerlo más de cerca y disfrutar de su amistad y de la afabilidad de su trato; y lo supo apreciar el Departamento de Derecho Civil e Internacional Privado de la Universidad Hispalense reteniéndolo consigo hasta el fin de sus días por reconocer en el prestigio y cercanía de su *Caput Scholae* su

principal capital y su más alto e indiscutido elemento aglutinante y moderador.

La enfermedad que tan airosamente vino toreando en sus últimos años habían mermado las fuerzas de don Juan pero ni en un ápice habían disminuido su proverbial humor, lucidez y agudeza. Con profunda fe y conformidad cristiana encajó y sobrellevó la muerte de su hijo Francisco, prestigioso Catedrático de Derecho Civil también, a pesar de su juventud, como saben los lectores del *Anuario*; y con esa misma fe y serenidad encaró la suya, que le sobrevino, dulcemente aunque en zancada inesperada, cuando todavía en su mente bullían preocupaciones y proyectos anejos a su dedicación universitaria. Con don Juan se nos ha ido un universitario integral. Grande es el hueco que su ausencia deja entre los civilistas españoles y, particularmente, en el Consejo de Redacción de este *Anuario* a cuyo nacimiento y primeros pasos tan valiosamente colaboró bajo la guía de su inspirador y fundador, el inolvidable e insigne don Federico de Castro.

Descanse en paz don Juan Jordano: «hombre, maestro, amigo, buen corazón», como reza la placa que en su despedida le dedicaron sus alumnos de Santiago de Compostela en 1961. Descanse en paz el maestro querido y venerado.

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado. (Notas de teoría y dogmática*)

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. *Definiciones iniciales.*—II. *Las normas que confieren poderes.*—III. *Reglas que atribuyen poderes y reglas que regulan la actualización de los poderes.*—IV. *El poder (capacidad) y las reglas que lo atribuyen.*—V. *Reglas de incompetencia.*—VI. *Normas reguladoras de la actualización de la competencia.*—VII. *Principios generales que limitan los poderes: fraude de ley y abuso del derecho.*—VIII. *La coherencia con normas superiores.*—IX. *Validez formal y validez material.*—X. *Validez respecto de una norma: explicaciones.*—XI. *Validez de un acto en el sistema: explicaciones.*—XII. *Invalidez respecto a una norma y en el sistema.*—XIII. *La regla de clausura. Derecho público y Derecho privado.*—XIV. *Validez y pertenencia. Pertenencia al orden jurídico estatal.*—XV. *Validez simultánea en varios ordenamientos estatales.*—XVI. *La hipótesis de validez en sistemas normativos no estatales.*—XVII. *Validez respecto a una norma y validez en el sistema: 1. Los hechos. 2. El pleito civil. 3. Un poco de análisis.*—XVIII. *Actos permitidos inválidos en el sistema.*—XIX. *Los actos de las personas públicas para los que carecen de competencia.*—XX. *Validez y prohibición.*—XXI. *Normas «imperativas» y «prohibitivas» en el artículo 6-3 CC.*—XXII. *Disposiciones de validez y disposiciones de invalidez.*

RESUMEN PREVIO

La investigación tiene como objeto la reconstrucción racional del concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación «Ineficacia e invalidez de los actos jurídicos», BJU2002-01178, financiado por la CICYT (2002-2005), del que soy investigador principal.

El punto de partida es el concepto de validez de las normas jurídicas (entendida la validez como pertenencia al sistema), tal como ha sido desarrollado por la corriente analítica de la teoría general del Derecho. El concepto de validez como pertenencia está ligado al de normas que confieren poderes (normas de competencia); a esta clase de normas se dedica parte importante de la exposición, poniendo el énfasis en la configuración específica de estas normas en el Derecho privado, como fundamento de la autonomía privada. Se distingue: normas que atribuyen el poder, normas que regulan la actualización del poder (forma y procedimiento), normas que exigen coherencia con normas superiores y normas de incompetencia. También, entre validez formal y validez material.

Se proponen definiciones de validez respecto de una norma y en el sistema; así como de invalidez, asimismo respecto de una norma y en el sistema (dos definiciones de este último concepto: ‘invalidez débil’ e ‘invalidez fuerte’). El rendimiento heurístico de estas definiciones se muestra con ejemplos de disposiciones y normas las más del Código civil español) y el análisis de dos sentencias del tribunal Supremo (Salas 1.^a y 3.^a).

Validez e invalidez no dependen (al menos directamente) del cumplimiento o incumplimiento de normas de conducta. La invalidez no es la consecuencia de la infracción de una prohibición. Hay actos inválidos permitidos y hay actos prohibidos válidos. Se ofrecen al respecto algunas sugerencias para la interpretación del art. 6.3 Cc. y sobre el uso de ‘normas imperativas’ y ‘normas prohibitivas’ en este artículo.

La validez no es la consecuencia o efecto jurídico de ninguna norma, sino un juicio que se expresa en un metalenguaje que tiene como objeto las normas. La invalidez (‘invalidez fuerte’) sí forma parte del efecto de ciertas normas de incompetencia.

I. DEFINICIONES INICIALES

El concepto de validez de los actos jurídicos, como el de validez de las normas, es relativo a (otra) norma o normas.

Propongo inicialmente dos definiciones de validez de los actos jurídicos (validez respecto de una norma y validez en el sistema), inspiradas en definiciones de von Wright (1963, pp. 201-205) y Alchourrón y Bulygin (1971, p. 120; 1979, p. 73) referidas a la validez de normas. Presupongo con ello que los actos jurídicos de

Derecho privado son actos normativos (que producen normas, o bien modifican o extinguen normas), en el sentido que se precisará (núms. 14 ss.).

1. VALIDEZ DE UN ACTO JURÍDICO RESPECTO DE UNA NORMA

Def. 1. «Un acto A_i es válido respecto a una norma $N_j =$ df. (1) N_j confiere poder a un sujeto P_i para realizar el acto jurídico A_i , y (2) el sujeto P_i ha realizado el acto jurídico A_i ».

Una versión menos precisa de esta definición podría ser: «Un acto es válido respecto a una norma cuando esta norma confiere poder a un sujeto para realizar el acto y este sujeto lo realiza».

2. VALIDEZ DE UN ACTO JURÍDICO EN EL SISTEMA

Def. 2. «Un acto A_i es válido en el sistema $S_k =$ df. En el sistema S_k hay por lo menos una norma N_j tal que A_i es válido respecto a N_j ».

Una versión menos precisa de esta definición podría ser: «Un acto es válido en el sistema cuando es válido con arreglo a una norma perteneciente al sistema».

Estas dos definiciones presiden todo el trabajo y serán explicadas más adelante. La diferencia entre ellas (validez respecto a una norma, validez en el sistema) es de especial importancia para el concepto de validez de los actos de Derecho privado. Además, es previa para definir también los conceptos de invalidez de un acto respecto de una norma y de invalidez de un acto en el sistema.

En la segunda parte del trabajo (núms. 17 ss.) mostraré algunos resultados de la aplicación de estas definiciones que, en mi opinión, muestran la fuerza heurística de las mismas.

De momento, advirtamos que la norma N_j (en Def. 1 y Def. 2) es una norma de competencia o regla que confiere poderes. El punto de partida necesario para formular un concepto de validez es el concepto de norma de competencia, es decir, una norma que confiere poder a un sujeto para emitir normas o realizar actos normativos.

En consecuencia, trataremos en primer lugar el concepto de normas de competencia (o normas que confieren poderes), las di-

ferencias de estas normas con las que regulan la conducta de los sujetos como obligatoria, prohibida o permitida, y las relaciones entre estas dos clases de normas.

Es oportuno indicar que, en este trabajo, distingo entre *normas* y *disposiciones legales*. Las disposiciones legales son enunciados lingüísticos normativos susceptibles de interpretación. Normas son las disposiciones legales interpretadas o, mejor, el significado de las disposiciones legales tal como resulta del proceso de interpretación. Por otra parte, entiendo por *proposiciones normativas* los enunciados jurídico científicos, es decir, proposiciones formuladas por los juristas, que tiene por objeto normas y que, a diferencia de éstas (que pueden ser válidas o inválidas), pueden ser verdaderas o falsas.

‘Norma’ y ‘regla’ son términos que se utilizarán indistintamente. Asimismo, ‘sistema’, ‘orden’ y ‘ordenamiento’.

II. LAS NORMAS QUE CONFIEREN PODERES

La terminología referida a las «normas de competencia» no es uniforme. Para el Derecho privado quizás sea lo más expresivo denominarlas normas que confieren poderes (traducción literal del inglés *–power conferring rules–*, usual en la teoría del Derecho de lengua española).

Normas de esta clase son elementos imprescindibles en todo sistema jurídico (al menos, en todo sistema jurídico desarrollado). No son normas de conducta, es decir, no correlacionan casos genéricos con conductas calificadas con los operadores deónticos «obligatorio», «prohibido» o «permitido». Por ello, no cabe violarlas o desobedecerlas: no hay ninguna conducta contraria al contenido de las reglas que atribuyen poderes. Es posible al destinatario de las mismas seguirlas o no, y sólo en el caso de que las utilice –para lo cual, de ordinario, es libre– el acto jurídico realizado será válido.

Probablemente, es un concepto intuitivo para los jusprivatistas, acostumbrados a distinguir entre el *licere* y el *posse*. A la teoría del Derecho contemporánea llega a través de la teorización de los conceptos de norma jurídica y de sistema normativo. Su momento inicial suele señalarse en la obra de Kelsen.

En efecto, Kelsen entendió el Derecho como sistema coactivo de normas que regulan su propia creación, poniendo de relieve el

carácter dinámico del Derecho positivo. La construcción escalonada del ordenamiento hace depender la validez de cada norma de otra superior que autoriza a emitirla, descendiendo así desde la *Grundnorm* hipotética, pasando por la Constitución y las leyes, hasta los actos administrativos, los actos de ejecución, las sentencias y los actos jurídicos de los particulares. Resulta de ello el papel central que en el sistema normativo jurídico tienen las normas que confieren poderes y establecen los procedimientos para emitir (y eliminar) normas.

Normas, para este autor, no son sólo las generales y abstractas, sino también las individuales y concretas, como las sentencias o los actos jurídicos de Derecho privado. Posiblemente, facilita esta equiparación el entender las normas como el sentido objetivo de un acto de voluntad dirigido al comportamiento de otro, lo que conviene tanto a la ley emanada del Parlamento como a un testamento o a un contrato. En cualquier caso, en su planteamiento el criterio de validez de los actos jurídicos (más precisamente, de las normas producidas por ellos) es el mismo que el de las leyes emanadas del Parlamento: son válidos si han sido dictados mediante el procedimiento establecido por otra norma superior por la persona autorizada en aquélla. Esta autorización confiere al sujeto competencia o capacidad en un sentido muy lato, que incluye competencia (*Zuständigkeit*), poder jurídico (*Rechtsmacht*), capacidad de obrar (*Handlungsfähigkeit*) y capacidad delictual (*Deliktsfähigkeit*). Por encima de la posible distinción de estos poderes como de Derecho público o de Derecho privado, les une el tratarse de un poder jurídico tal que el sujeto titular del mismo tiene la facultad de modificar el sistema jurídico añadiendo o eliminando normas.

La inclusión de la capacidad delictual implica que estos poderes no suponen que su ejercicio esté permitido, es decir, hace preciso distinguir entre las normas que atribuyen el poder y las que permiten (obligan, prohíben) su ejercicio. En definitiva, hay que separar las normas de competencia de las normas de conducta. La distinción entre unas y otras (fundamental para una construcción del concepto de validez y que autores posteriores han perfilado con mayor claridad) queda algo oscurecida en Kelsen en razón de las tesis imperativistas o prescriptivistas que mantiene. Por ello las normas de competencia no pueden ser en su teoría sino partes de normas, o a lo más normas no independientes, como condiciones de validez de las normas que imponen sanciones.

Los autores posteriores que se han ocupado de las normas que atribuyen poderes tienden a centrar su análisis en las que atribuyen

a una autoridad pública el poder para dictar normas (generales y abstractas) o derogarlas; bien porque entiendan que tales normas son las más significativas, bien por razones de especialización profesional. Pero es habitual –al menos entre filósofos del Derecho– que ejemplifiquen también con poderes para realizar contratos o testamentos (es decir, poderes de Derecho privado y las correlativas normas de competencia) e incluso que aporten algunos desarrollos y señalen similitudes y diferencias (como Alf Ross, H. L. A. Hart o Neil MacCormick).

Por mi parte, creo que los elementos sustanciales de la teorización sobre competencia y normas que atribuyen competencia o poderes pueden aplicarse con fruto a las normas que atribuyen poderes a los particulares para realizar actos jurídicos. Más aún, que es imprescindible partir de las normas de competencia para analizar el concepto de validez de los actos jurídicos. Para ello no es imprescindible precisar en qué sentido los actos jurídicos de los particulares crean normas (individuales y, de ordinario, concretas), ni sostener ninguna tesis específica sobre el concepto de negocio jurídico. Basta con tener en cuenta que los actos jurídicos válidos en un sistema, directa o indirectamente, por sí solos o en relación con otros, pueden llevar a una autoridad pública, un juez, a imponer una sanción (ejecución forzosa, indemnización) respaldada por la fuerza coactiva del Estado. Para ello tendrá que comprobar la validez del acto, es decir, que ha sido producido por persona con poder para ello y de acuerdo con las normas de competencia del sistema de referencia.

Las normas de competencia no son normas que regulen la conducta de los sujetos. Ni obligan ni prohíben. Tampoco son normas de permiso. Ciertamente, muchos autores las han configurado como normas permisivas, es decir, normas de conducta con el operador deóntico de permiso o permisión. Una dificultad previa la presenta el mismo concepto de permiso, si es irreductible a las normas que obligan o prohíben, o si es lo mismo que la ausencia de prohibición, la negación de la prohibición o la negación de la prohibición y de la obligación.

En cualquier caso, las normas que atribuyen poderes no son normas de mandato (las que obligan o prohíben una acción), y hay buenas razones para considerarlas también como distintas de las normas permisivas y, por tanto, de las normas deónticas o regulativas (utilizo aquí las clasificaciones de Atienza y Ruiz Manero). Las normas que atribuyen poderes no sólo son distintas de las normas que regulan conductas, sino que tienen por objeto o se re-

fieren a las normas de conducta. Son, por ello, reglas secundarias en la terminología de H. L. A. Hart. Puede incluso decirse que no son verdaderas normas o normas en sentido estricto, si por éstas entendemos exclusivamente las que regulan directamente conductas humanas. Su objeto no es la conducta humana, sino otras normas que, ellas sí, la regulan. La validez de estas normas de conducta depende de las normas de competencia.

La validez, para Hart, va necesariamente ligada a la norma de competencia y no puede entenderse sin ella, y recíprocamente. Ésta es una idea generalmente admitida por los que con posterioridad han escrito sobre el concepto de normas de competencia, y de la mayor importancia para construir el concepto de validez de los actos jurídicos de los particulares.

Hay al menos otras tres ideas fundamentales en la obra de Hart que interesa destacar aquí.

En primer lugar, la imposibilidad lógica de obedecer o desobedecer las reglas de competencia, puesto que ellas mismas no imponen deberes ni establecen prohibiciones. Hart tiende a explicar estas reglas como definiciones; autores posteriores las han configurado como reglas constitutivas (constitutivas de la competencia del órgano, del órgano mismo, y de la validez de las normas por él emitidas).

En segundo lugar, la coexistencia de estas normas (secundarias) de competencia con otras normas de conducta que permiten, obligan e incluso prohíben ejercer la competencia. Obviamente, la existencia de normas de prohibición del ejercicio de la competencia sería algo contradictorio si las normas de competencia hubiéramos de entenderlas como permisos.

En tercer lugar, las reglas de competencia tienen una función social distinta a la que corresponde a las normas de conducta y son utilizadas por los ciudadanos de otra manera (1961, p. 52). Las normas de competencia amplían las capacidades o poderes de los sujetos, pues sin ellas, ciertamente, podrían realizar acciones naturales, pero no actos jurídicos: «la potestad así conferida a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas mediante contratos, testamentos, matrimonios, etc., es uno de los grandes aportes del Derecho a la vida social; y es una característica que queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas».

Además, precisamente porque las normas de competencia muestran la manera de conseguir realizar actos válidos en el sistema de referencia, constituyen también razones para la acción de los particulares, aunque no guían directamente su conducta. De la

norma de competencia pueden derivarse reglas técnicas, de manera que el sujeto, atento a sus intereses y deseos, realizará o no el comportamiento reglado por la norma de competencia según desee o no la validez del acto jurídico con todas sus consecuencias (hará o no testamento, contraerá matrimonio o evitará hacerlo).

En la teoría del derecho producida en nuestro país, me parece que tiene especial interés para nuestra investigación la caracterización que de las normas de competencia hacen Atienza y Ruiz Manero: por su atención más directa a los poderes conferidos a particulares (otros autores se ocupan muy preferentemente de poderes para emitir normas generales) y porque en su obra encontramos un marco general de referencia que permite situar estas «piezas» del derecho en una «taxonomía de los tipos de enunciados que pueden encontrarse en el Derecho, entendido como lenguaje del legislador» (1996, p. XIII).

Para Atienza y Ruiz Manero, las normas de competencia son normas «anankástico-constitutivas», netamente distintas de las normas regulativas, y distintas también de las (demás) reglas constitutivas así como de las definiciones. En particular, las normas de competencia no son normas regulativas de permisión: «el ámbito de lo que un sujeto X puede hacer (*en el sentido de tener un poder normativo para hacer*) no coincide con el ámbito de lo que ese mismo sujeto puede hacer (*en el sentido de tener un permiso para hacer*)» (subrayados de los autores) (1996, p. 57).

La forma canónica de estas normas sería: «Si se da el estado de cosas X, y Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional (o cambio normativo) R» (1996, p. 60). Precisan que la acción Y será normalmente bien una conjunción de acciones (un curso de acción), bien una disyunción de acciones o de cursos de acción, bien una combinación de ambas (1996, pp. 60 y 82). También, que en el estado de cosas aparecen hechos bien naturales, bien institucionales; y que también la acción Y puede ser natural o institucional. En cualquier caso, «la acción ha de describirse de forma independiente del resultado, esto es como acción natural o como acción institucional dependiente de otra regla» (1996, p. 82, n. 2). Hechos o acciones naturales (o no institucionales) son, nos dicen, «aquellos que se enuncian con independencia de las reglas que forman parte de una determinada institución (para nuestros efectos, de un determinado derecho positivo)» (1996, p. 59). Podemos ejemplificar por nuestra cuenta del siguiente modo. Regalar una cosa es acción natural, donar institucional; practicar el trueque

acción natural, la permuta institucional; distribuir los bienes en atención a la muerte es acción natural, testar institucional; prometerse recíprocamente dos personas de distinto sexo disponibilidad sexual, fidelidad y convivencia es acción natural, contraer matrimonio institucional. Revocar, constituir en mora o impugnar contratos son necesariamente actos institucionales, pues no podemos enunciarlos sin referencia a normas jurídicas. Su posibilidad depende de la existencia de normas jurídicas que habiliten para ello: normas de competencia, o reglas que confieren poderes, como prefieren decir Atienza y Ruiz Manero, y es sin duda más adecuado cuando –como hacen estos autores– se extiende el concepto también a las normas que confieren poderes privados o de Derecho privado: «poder de autonomía, esto es, el poder de autodeterminación» (1996, p. 75).

La concepción de las normas que confieren poderes ofrecida por Atienza y Ruiz Manero me parece más adecuada que otras para explicar precisamente el concepto de validez de los actos de Derecho privado, puesto que delimita en el antecedente de estas normas (la acción *Y*) actos que, cuando son de Derecho privado, se corresponden con el concepto común de actos jurídicos en los manuales de Derecho civil. Esto se ve más claramente en su exposición de las normas que confieren poderes como razones para la acción (el enfoque funcional). También estas normas motivan o guían la conducta de la gente (como hemos visto que señalaba Hart), pero no de manera directa como las normas de mandato (que obligan o prohíben, y establecen una sanción para el caso de incumplimiento), sino de manera indirecta, como razones auxiliares para la acción del sujeto que pretende lograr el resultado institucional. Es decir, son imperativos simplemente hipotéticos, constituyen razones para actuar siempre y cuando el sujeto pretenda alcanzar un determinado fin (un resultado normativo) (1996, p. 69). Pero para que sean razones para la acción, la producción del cambio del estado de cosas ha de encontrarse bajo el control del agente, no consistir en simples hechos que el sujeto no puede producir o evitar.

En la formulación que Atienza y Ruiz Manero hacen de las reglas que confieren poderes, el antecedente incluye necesariamente un acto jurídico (o varios), no meros hechos con relevancia jurídica. Lo pone de manifiesto su ejemplo sobre los artículos 615-616 CC, es decir, el hallazgo de cosa perdida (cuyo resultado institucional –el que ellos consideran, pues el primero y más importante es la obligación de restituir– sería el derecho al abono del

premio). Entienden que la regla de referencia es meramente constitutiva, a pesar de lo cual sugieren que también puede servir de razón auxiliar para la acción, al modo de las que confieren poderes (anankástico-constitutivas), pues pueden motivar a cazarrecompensas. Con lo que muestran que han excluido del antecedente de las normas que confieren poderes incluso a hechos que, desde cierto punto de vista, cabría todavía considerar actos, pues son (pueden ser) voluntarios y no meramente fortuitos. Merece la pena retener esta cuestión de límites, pues es decisiva para responder a la pregunta sobre de qué entidades podemos predicar validez. Sin duda, centralmente, de los actos jurídicos (o las normas que de ellos proceden). Pero ¿podemos predicar validez (o invalidez) de un hallazgo de cosa perdida (como podemos, en mi opinión, de la ocupación de cosas sin dueño y, probablemente, del descubrimiento de tesoro?). Creo que la respuesta depende simultáneamente de la extensión del concepto de acto jurídico y de la extensión del concepto de las normas que confieren poderes. Dicho de otro modo, las tres cuestiones (validez, acto jurídico, normas que confieren poderes) no son más que tres aspectos de una misma cuestión.

III. REGLAS QUE ATRIBUYEN PODERES Y REGLAS QUE REGULAN LA ACTUALIZACIÓN DE LOS PODERES

No es pacífica la cuestión del carácter y estructura de las reglas que confieren poderes, cuestión que se considera de las centrales en la teoría del Derecho. Así, mientras algunos las consideran una especie de normas permisivas (por tanto, normas deónticas), otros, al separarlas de ellas, las incluyen bien en las definiciones, bien en las disposiciones cualificadoras, bien en las reglas constitutivas, con matices a su vez muy distintos. A nuestros efectos, lo realmente importante, y en lo que creo que coinciden todos los autores, es que constituyen un tipo de normas que no cabe violar ni desobedecer; simplemente, si se usan con éxito se consigue el resultado pretendido, en otro caso no se ha realizado un acto válido en el sistema de referencia.

Si esto es así, para la reconstrucción del concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado no es preciso dar cuenta de las diferentes opiniones y sus críticas recíprocas sobre el concepto de normas de competencia, aunque en el anterior epígrafe ya he

mostrado las ideas principales de que parto: las normas que confieren poderes no son obviamente normas de mandato (no prescriben ni prohíben), pero tampoco enunciados permisivos entendidos deónticamente. Ahora bien, las normas de competencia van acompañadas de normas regulativas que, cabe suponer, son de permiso en la mayoría de los casos –especialmente en el Derecho privado–, pero que pueden ser de obligación y de prohibición. Es decir, quien tiene el poder estará de ordinario autorizado tanto a ejercerlo como a no ejercerlo (casarse o no casarse, contratar o no contratar), pero puede estar obligado a ello (actos de los cargos de Derecho privado: tutores, albaceas...) o tenerlo prohibido. En este último caso, la prohibición del ejercicio no implica privación del poder. La infracción de la prohibición puede llevar aparejada una sanción, pero el acto realizado en el ejercicio del poder –que no deja de tenerse por obra de la prohibición– será válido. Estos últimos casos son especialmente relevantes para el objeto de nuestro análisis. Un ejemplo nos proporcionan las prohibiciones de disponer con efectos meramente obligacionales.

Hay otro tipo de disensiones en la presentación de las normas que confieren poderes por distintos teóricos del Derecho que, siendo de menor sustancia, resulta sin embargo imprescindible tratar de aclarar aquí. Para algunos, la extensión del concepto abarca todas las condiciones necesarias y suficientes para la producción del resultado institucional, mientras que para otros es norma de competencia la que establece condiciones necesarias o condiciones suficientes para este resultado, con lo que la validez del acto dependería, no del seguimiento de una sola norma de competencia, sino de una pluralidad de ellas.

Por ejemplo, para Atienza y Ruiz Manero (1996, p. 63), el antecedente del condicional puede ser una condición necesaria, suficiente, o necesaria y suficiente del consecuente (el resultado). Llaman entonces regla que confiere poder completa a «aquella que enuncia las condiciones suficientes (o necesarias y suficientes) para conseguir el resultado»; mientras que «una norma que enuncia sólo algunas condiciones necesarias sería tan sólo una norma incompleta». Por otra parte, su concepción de las normas que confieren poderes como reglas anankástico-constitutivas que pueden ser utilizadas como reglas técnico-institucionales deja fuera de la definición a las reglas que atribuyen la competencia o capacidad al sujeto (al menos, la mayor parte de ellas), puesto que en su antecedente no se encuentra una acción, sino estados de hecho que el sujeto no puede controlar, por lo que no pueden cons-

tituir razones para la acción. El enunciado «la mayoría de edad se alcanza a los 18 años» es, en opinión de estos autores, interpretable como definición (así Alchourrón y Bulygin, pero para ellos todas las reglas de competencia son definiciones), pero mejor como una «regla puramente constitutiva» (cuya forma canónica es «si se da el estado de cosas X se produce el resultado institucional (o cambio normativo) R »). Sin embargo, para la mayoría de los autores las reglas que atribuyen la competencia o capacidad son, o forman parte, de las «reglas que confieren poderes», junto con las que establecen los procedimientos que han de seguirse en la realización del acto o actividad a fin de conseguir el resultado institucional.

Para nuestro análisis, es muy conveniente distinguir entre uno y otro tipo de normas. Por una parte, las que atribuyen capacidad a los sujetos de Derecho privado (utilizo ahora el término capacidad en un sentido amplísimo, con el que suele usarse en la teoría del Derecho). Por otra, las normas que establecen las condiciones para el ejercicio de la competencia o capacidad, es decir, las condiciones para la actualización de la propiedad de ser competente o capaz (que son las que pueden llamarse anankástico-constitutivas en el sentido de Atienza y Ruiz Manero), entre las que haré también algunas distinciones. Quedan al margen –pero habremos de ocuparnos de ellas una y otra vez– las normas regulativas (de obligación, prohibición o permisión) que acompañan a las anteriores.

IV. EL PODER (CAPACIDAD) Y LAS REGLAS QUE LO ATRIBUYEN

Como he dicho, los autores que escriben en lengua inglesa suelen utilizar la expresión *power conferring rules*, mientras que en lengua española parece más frecuente «normas de competencia». «Competencia» es término más propio del Derecho público, en el que la dogmática habla de «competencia legislativa», «competencia administrativa, o de los órganos administrativos» o de «competencia judicial» (de los órganos judiciales). Además, la competencia, en el Derecho público, tiene como sujetos órganos (o personas jurídicas), no personas físicas.

«Competencia» no es término que se utilice habitualmente para los sujetos de Derecho privado. Cabe utilizar «poder» en

forma genérica, y así lo haré en general en este estudio. «Capacidad» es usado a veces en la teoría del Derecho, al explicar las «normas que confieren poderes», como término paralelo al de competencia, en el ámbito del Derecho privado. Esta extensión de su significado es perfectamente compatible con la etimología y los usos extrajurídicos del término capacidad (que puede incluir todas las propiedades necesarias en un sujeto para producir determinado resultado), pero produce confusión con los usos técnicos de capacidad jurídica y capacidad de obrar. Para abarcar otros aspectos del poder de Derecho privado suele hablarse de legitimación. Cuando un sujeto tiene capacidad y legitimación para determinado acto, entonces tiene poder para conseguir el resultado institucional perseguido, y lo conseguirá si sigue las reglas de actualización del poder.

Las reglas que atribuyen capacidad suelen ser meramente constitutivas y su antecedente un estado de cosas que no está en manos del sujeto producir o modificar; las que confieren legitimación es más fácil que tengan como antecedente acciones de otros sujetos con o sin participación del legitimado, o incluso sólo acciones del legitimado (entonces, reglas anankástico-constitutivas). De todos estos tipos pueden ser también las normas que limitan la capacidad o la legitimación, o privan de ellas.

Hay una importante diferencia con las normas que atribuyen competencia en el Derecho público. Éstas tienen que empezar por constituir el órgano (mediante normas constitutivas o definiciones), cada uno de su clase, al que atribuir competencias distintas según su clase; mientras que en el Derecho privado (dejamos ahora aparte las personas jurídicas) los sujetos portadores eventuales de los poderes existen previamente en número ilimitado (no determinado por ninguna norma) y son iguales, al menos, en su capacidad jurídica y en las condiciones de adquisición de su capacidad de obrar.

La atribución de la capacidad jurídica no tiene otra condición que la de nacer la persona humana; para la de la capacidad de obrar, es condición suficiente, en nuestro Derecho, cumplir 18 años, pero no necesaria, pues cumplir otras edades es también suficiente para un número importante de actos. Las reglas hasta ahora aludidas que atribuyen capacidad jurídica o capacidad de obrar son meramente constitutivas. Pero también puede adquirirse la mayoría de edad mediante el matrimonio (en el Derecho aragonés), regla que puede considerarse anankástico-constitutiva (aunque de modo en cierto sentido mediato). Como lo son las que prevén la

emancipación, bien sea por matrimonio, bien por concesión de los padres, bien por concesión del juez. En estos dos últimos casos obsérvese que la regla presupone un poder de los padres o del juez, mediante cuyo ejercicio correcto se logrará el resultado de conferir poder (capacidad de obrar) a otro sujeto (el menor), poder que en el caso de los padres es un poder de Derecho privado. En ambos casos hay también un poder previo del menor (pues su consentimiento es imprescindible para su emancipación), de manera que sólo el correcto ejercicio de poderes de diversos sujetos producirá el resultado institucional.

Es muy interesante la distinción que hace Ross entre la competencia conferida a los particulares y la conferida a autoridades públicas (ambas consideradas un caso especial de potestad en el sentido de Hohfeld). La competencia en el Derecho privado tiene las notas de no-cualificada (todo el mundo la tiene), autónoma (se usa para obligar a la propia persona competente), discrecional (se ejerce libremente), egoísta (sirve los intereses propios de la persona competente) y transferible (en conexión con la transferencia de un derecho). Por el contrario, la competencia propia de las autoridades públicas es caracterizada como cualificada, heterónoma, en interés público y no transferible. Son notas aproximativas, pues podemos encontrar excepciones a todas las atribuidas a la competencia de los particulares. Quizás lo característico sea que tales notas (no-cualificada, autónoma, discrecional, egoísta y transferible) sólo pueden encontrarse en el Derecho privado, en el que hay también competencias o poderes con las características de los atribuidos a las autoridades públicas.

Ocurre también que los seres humanos, pero no las personas y órganos de Derecho público (ni las personas jurídicas en general) pueden realizar actos naturales, además de actos institucionales. Esto tiene importantes consecuencias a la hora de predicar validez de los actos. Las personas jurídicas no pueden ser autoras de actos que carezcan de consecuencia institucional en el sistema de referencia, por lo que es plausible decir que si sus actos no son válidos (por no haber seguido correctamente las reglas de actualización de la competencia) son inválidos en el sistema. Mientras que los hombres y las mujeres pueden realizar actos (permitidos en sentido deóntico, o simplemente no prohibidos) a los que el sistema no reconoce (a esa clase de actos) resultado institucional, por lo que es impertinente calificarlos como nulos (aunque, ciertamente, no son válidos), según se explicará más adelante.

V. REGLAS DE INCOMPETENCIA

Junto a las reglas que confieren capacidad o legitimación hay otras que privan de estos poderes o los limitan. Normas de incompetencia frente a normas de competencia, puede decirse en la terminología de Hernández Marín (1998, pp. 319-325; 2000, pp. 118-120). Ciertamente, también podrían analizarse como partes o fragmentos de las normas de competencia (según me parece que implícitamente hacen la mayoría de los autores), pero hay al menos dos tipos de razones para distinguir unas de otras:

a) Casi todas las normas de competencia han de combinarse con las de incompetencia para su aplicación a los casos particulares, de manera que todas o las más de las reglas de competencia tendrían una parte fija, igual en todas ellas. El procedimiento parece poco económico.

b) Cuando en un caso individual concurren las condiciones necesarias establecidas en una norma de competencia, no podemos por ello concluir que el acto es válido en el sistema. Mientras que si el acto (caso individual) se subsume en una regla de incompetencia, con seguridad es inválido en el sistema.

Hernández Marín ha señalado que normas de incompetencia que se refieren sólo a los sujetos (respecto de todo tipo de materias) sólo se dan en el Derecho privado (2000, p. 119). Es decir, en el Derecho público no hay ningún sujeto a quien se prive genéricamente del poder de realizar actos jurídicos. En el Derecho privado es el caso de la incapacitación (también la declaración de prodigalidad o el concurso), necesariamente a través de una intervención judicial. Cabe entender que expresan también una norma de incompetencia (junto con la más evidente de competencia) las disposiciones que señalan una edad mínima (o la mayoría de edad) para la realización de actos en general o una clase de ellos.

Norma de incompetencia exclusivamente en cuanto a la materia son las que excluyen que determinadas cosas puedan ser objeto de cualquier acto: *v. gr.*, cosas o servicios imposibles (art. 1272 CC). También las que niegan expresamente reconocimiento jurídico a clases de actos que, en otros ordenamientos, producen resultados institucionales (*v. gr.*, testamento mancomunado, pactos sucesorios, fiducia sucesoria, en el CC): pueden entenderse como «instituciones no reconocidas» en el ordenamiento de referencia.

Lo más frecuente parece ser que las normas de incompetencia se refieran simultáneamente a sujeto y materia. Por ejemplo, personas que no pueden: casarse (impedimentos matrimoniales), adquirir por compra (art. 1459 CC), contraer sociedad universal entre sí (art. 1677 CC), determinar la filiación de sus hijos (por ser incestuosos: art. 125 CC), adquirir la nacionalidad española (por haberla perdido por ciertas causas: art. 26 CC), crear una asociación (por estar sujetos a «condición legal para el ejercicio del derecho»: art. 3-a LODA).

Es frecuente hablar de «prohibiciones» para referirse a las normas de incompetencia o a algunas de ellas. Hay disposiciones legales de la forma «no podrá realizar el acto *X* el sujeto *Y* en las condiciones *Z*». Pero su significado no suele ser el de una prohibición, es decir, de normas de conducta que califiquen a ésta como prohibida (con la amenaza de sanción para el caso de incumplimiento), sino normas que privan del poder de realizar (válidamente) el acto. Otra cosa es que, en algunos casos, la norma de incompetencia va acompañada de otra de prohibición (acaso expresada en la misma disposición legal, que padece de ambigüedad simultánea), cada una con sus consecuencias propias: si se dan las condiciones de la norma de incompetencia el acto no es válido; si se incumple la norma de prohibición se incurre en responsabilidad. En muchos supuestos es claro que no está prohibida la conducta de quien no puede alcanzar con ella el resultado institucional. Así, ninguna prohibición sufre el incapacitado o el que no tiene la edad requerida (acaso sí haya prohibición, o deberes de conducta, para quien contrata con él), ni parece prohibida la afirmación de paternidad respecto del hijo incestuoso, ni tampoco hay prohibición en todos los supuestos del artículo 1459 CC. Naturalmente, dilucidar en cada caso si la norma es de incompetencia o de prohibición (o se dan ambas normas simultáneamente, acaso expresadas en una misma disposición legal) es el resultado de la interpretación de las disposiciones legales pertinentes.

VI. NORMAS REGULADORAS DE LA ACTUALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA

En el planteamiento de Atienza y Ruiz Manero, las normas que confieren poderes tienen la forma canónica: «Si se da el estado de cosas *X* y *Z* realiza la acción *Y*, entonces se produce el resultado institucional (o cambio normativo) *R*». Como se ha mostrado en el

epígrafe IV, no son normas de esta clase las que atribuyen el poder (o la mayor parte de ellas), en que el antecedente del condicional no incluye una acción del sujeto.

Esto es, por el contrario, lo que ocurre en las normas que establecen las condiciones de forma y procedimiento o, si se quiere, las propiedades que han de tener los cursos de acción para lograr el resultado institucional. Los autores citados precisan que «las normas que confieren poderes no suelen vincular la producción del resultado normativo con una única acción sino, bien con una determinada conjunción de acciones (un curso de acción), bien con una disyunción de acciones o de cursos de acción, bien con alguna combinación de ambas» (1996, p. 82; *vid.* p. 60, n. 6). Advierten también que la acción ha de describirse de forma independiente del resultado, bien como acción natural, bien como acción institucional dependiente de otra regla. Nos encontramos aquí con la ambigüedad habitual en el Derecho de proceso-producto: «contraer matrimonio» designa simultáneamente la actividad de los contrayentes (que, por cierto, no es «rellenar los formularios, etc.», como repiten estos autores en diversos lugares, sino emitir un consentimiento matrimonial ante el funcionario competente y testigos) y el resultado institucional.

Es oportuno considerar la distinción de von Wright (1961, p. 58) entre actividad y acto (se refieren también a ella Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 82, n. 2). Según sus palabras, «la distinción es, evidentemente, importante, pero los filósofos han hecho hasta ahora muy poco para aclararla». Según la entiendo, y aplicada a nuestro objeto, el acto está relacionado internamente con el resultado, en el sentido de que utilizamos el resultado para individualizar esa acción (que presupone actividad). Así Alf Ross (que entiende por acto «la producción intencional de un efecto o cambio») subraya: «por tanto, un acto se individuía por su efecto» (1968, p. 145).

El acto «contraer matrimonio» (en un sistema jurídico dado) no incluye ni más ni menos actividades humanas que las necesarias (y suficientes, si la acción ha alcanzado éxito) para producir el resultado «contraer matrimonio» en el sistema de referencia. Es posible que buena parte de la actividad realizada sea irrelevante para el acto «contraer matrimonio» y acaso constituya otro acto, en atención a otro resultado (por ejemplo, esponsales o promesa de matrimonio, en un sistema normativo que los admita). Otro ejemplo: las actividades de los sujetos tendentes a producir el resultado institucional de «contrato» pueden constituir el acto de «ofertar»

(oferta válida), pase lo que pase luego respecto de la aceptación. Es, siempre, el punto de vista de la norma que establece como consecuencia el resultado institucional, el que determina qué es un acto jurídico y lo individualiza. En este sentido, las normas de competencia constituyen también los actos jurídicos, pues ellos sólo existen en virtud de tales normas.

Sólo cuando la actividad de los sujetos incluye o puede entenderse como la acción (acto) considerada en la norma se producirá el resultado institucional. Si no es así, puede ocurrir: *a*) que no haya ninguna actividad del sujeto relacionada con aquel resultado institucional; *b*) que la actividad no reúna todos los elementos y requisitos del acto. Sólo en este segundo caso cabe plantear la validez o invalidez del acto.

El poder puede ejercitarse también mediante una omisión, cuando tal es el acto previsto en la norma. La omisión –de una declaración de voluntad– habrá de producirse en una actividad o curso de acciones. Es el caso de la prórroga tácita en ciertos contratos (tácita reconducción en el de arrendamiento). No oponerse a la acción de otro puede ser también ejercicio de un poder (de veto). Más difíciles de analizar son otros casos del problema que suele enunciarse con los términos «el silencio como declaración de voluntad», en la medida en que el resultado institucional (contrato, quedar obligado) parece producirse por la infracción de deberes de conducta o comportamientos contrarios a la buena fe (que obligaba a hablar), sin propio ejercicio del poder. Puede sugerirse, de momento, que en estos casos los resultados institucionales se producen en virtud de normas que no son propiamente de competencia (no son anankástico-constitutivas), sino meramente constitutivas. En estos casos el resultado institucional (el contrato) puede ser una sorpresa para el sujeto. Quizás pueda analizarse del mismo modo el llamado «silencio administrativo positivo».

Si la acción viene definida por el resultado institucional, es decir, por la norma que correlaciona una y otro, no parece correcto considerar una acción a «una disyunción de acciones o de cursos de acción». Es perfectamente posible que el mismo resultado institucional se pueda alcanzar mediante acciones distintas, pero será en razón de la existencia de distintas normas de competencia que, entonces, establecen cada una de ellas condiciones suficientes para el resultado. Una vez que hemos abandonado la idea de considerar como una sola regla (de competencia) la que establezca todas las condiciones necesarias para un resultado institucional (puesto que distinguimos, al menos, reglas que confieren el poder, reglas de su

actualización y normas superiores que condicionan el contenido de los actos), es mejor continuar analizando por separado subtipos de normas (ninguna de ellas reguladora de la conducta de los sujetos en términos deónticos) atendiendo, entre otros datos, al tipo de condiciones que establecen para la consecución del resultado.

En el Derecho privado se utiliza ampliamente el término «forma de los actos» para denotar variantes de los actos que se manifiestan con signos distintos. En realidad, es muy difícil definir qué se entiende por forma. Entiendo que puede aclarar algunos de los problemas considerar que, en determinados casos, en realidad no estamos en presencia de formas distintas, alternativas, del mismo acto, sino ante actos distintos. La discriminación, naturalmente, sólo la podemos hacer desde las normas. Por ejemplo, puede parecer que «testar» (ordenar el destino de los propios bienes para después de la muerte) es la misma acción tanto si el testamento es notarial en sus diversas variantes como si es ológrafo, o bien otorgado en peligro de muerte ante cinco testigos. Es habitual clasificar estas y otras variantes como «formas de los testamentos» (ordinarias y extraordinarias, etc.). Pero ocurre, por una parte, que la actividad puede ser muy distinta, como manifestar oralmente ante notario y eventualmente testigos la propia voluntad –testamento abierto– o escribirlo o hacerlo escribir y llevar un pliego cerrado ante el notario indicando que allí se contiene la manifestación de la propia voluntad (testamento cerrado). De otra, y esto me parece decisivo, no se consigue exactamente el mismo resultado institucional. El testamento notarial cerrado puede revocarse o perder su validez por actos o sucesos que no podrían recaer sobre el testamento abierto; el testamento ológrafo, como el hecho en peligro de muerte, no regirán la sucesión del testador si no se protocolizan en determinado plazo a contar de su muerte; el testamento militar «caducará» cuatro meses después de que el testador haya dejado de estar en campaña.

Los anteriores ejemplos creo que convencen de la conveniencia de analizar como normas de actualización de la competencia distintas las que regulan estas diversas «formas» testamentarias, pues en realidad prevén acciones (actos) distintas que podrán dar a lugar a resultados institucionales parecidos, pero no idénticos. En muchos de estos casos ocurre también que el «estado de cosas» que, junto con la acción, constituye el antecedente del condicional es distinto: sólo determinados sujetos (militares o asimilados) que se encuentren en campaña pueden otorgar testamento militar; sólo en determinadas circunstancias cabe otorgar testamento «en peligro

de muerte» ante cinco testigos. En estos casos, el sujeto no puede elegir diversos cursos de acción alternativos que le lleven al resultado pretendido.

VII. PRINCIPIOS GENERALES QUE LIMITAN LOS PODERES: FRAUDE DE LEY Y ABUSO DEL DERECHO

Hay también principios generales que limitan los poderes de Derecho privado. Básicamente, los que proscriben el fraude de ley y el abuso de derecho. En particular, el fraude de ley opera precisamente sobre la validez de los actos, bien impidiendo la validez respecto a determinada norma (la que suele llamarse de cobertura), bien haciendo valer al acto conforme a otra norma (la defraudada), bien ambas cosas a la vez. Por ello es una norma (o un principio) que no regula conductas (como obligatorias o prohibidas), sino que evita la producción del resultado institucional acorde con la norma que el particular quiso utilizar o impone resultados institucionales conforme a la norma que ha de entenderse adecuada, aun contra la intención del sujeto. Por ello el fraude de ley no constituye necesariamente un ilícito y su consecuencia no es una sanción.

Ciertamente, existen también otras normas, que podemos entender como complementarias de las anteriores, expresión también si se quiere del mismo principio de proscripción del fraude, que señalan sanciones para ciertos casos de fraude intentado. La cuestión se ha planteado especialmente en el Derecho tributario. Pero la privación de validez (o la validez conforme a la norma defraudada) no es una sanción.

Con el abuso de derecho ocurre en cierto modo lo contrario que respecto del fraude de ley. Centralmente es un principio que obliga a indemnizar el daño causado mediante el ejercicio abusivo de un derecho; como premisa de esta obligación de indemnizar, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos con daño para terceros. Sólo en ciertos casos el abuso se relaciona con el ejercicio de poderes. Cuando el derecho que se ejercita es en realidad un poder mediante el cual se modifica el estatus normativo de los sujetos, la consecuencia es que se impide el resultado institucional pretendido. Así, por ejemplo, si un desahucio o una revocación de donaciones son considerados abusivos, lo que ocurre es que no ha quedado rescindido o extinguido el arrendamiento ni revocada la donación. Creo que esto es lo principal que dice la frase «la Ley no ampara el

abuso del derecho» al principio del artículo 7.º.2 CC. Sólo en este aspecto el principio que veta el abuso de derecho es una norma limitativa o privativa del ejercicio del poder.

De manera parcialmente distinta entienden el fraude de ley y el abuso de derecho Atienza y Ruiz Manero. Estos autores han tratado estas figuras como «ilícitos atípicos». Éste es el título de la monografía que dedican a estos temas y que merece toda la atención, tanto de los teóricos del Derecho –que, como señalan los autores, apenas se han ocupado de estos temas– como de los jusprivativas. De sus premisas, me parece muy aceptable que tanto el abuso de derecho como el fraude de ley deben explicarse por referencia a principios; y que el fraude de ley se sitúa en el ejercicio de poderes normativos, es decir, que ha de analizarse en el contexto de las normas que confieren poderes (2000, pp. 70 ss.).

Una norma que confiere poder no puede infringirse; puede usarse bien o mal, y si se usa bien, se obtiene el resultado. Ésta parece hoy opinión común en la teoría del Derecho, que Atienza y Ruiz Manero expresan en diversos lugares y que comparto. Comparto asimismo que hay también «normas regulativas que ‘regulan’ el uso de los poderes conferidos por esas reglas». Que «cabe incluso que el ejercicio de un poder esté prohibido, al menos bajo ciertas circunstancias», y que «el ámbito de lo que un sujeto Z puede hacer (*en el sentido de tener un poder normativo para hacer*) no coincide con el ámbito de lo que ese mismo sujeto puede hacer (*en el sentido de tener un permiso para hacer*)» (2000, p. 72; subrayados de los autores). Así las cosas, sitúo por mi parte el fraude de ley en el ámbito de lo que un sujeto Z (no) puede hacer *en el sentido de tener un poder normativo para hacer*, mientras que estos autores lo consideran una infracción de una prohibición («uso de un poder normativo en condiciones tales que ese uso resulta prohibido, o con un alcance asimismo prohibido», p. 73).

Como infracción de una prohibición, la consecuencia habría de ser una sanción. Sin embargo Atienza y Ruiz Manero (correctamente) sitúan la consecuencia en el terreno de la validez, si bien en la forma de una «nulidad regulativa» (2000, p. 73); «el resultado R debe considerarse como inválido (regulativamente) en la medida en que conduce a E» (2000, p. 79). El adjetivo «regulativa» (y el correspondiente adverbio) señalan el centro de una construcción de la que disiento. No creo que sea buena idea vincular la infracción de reglas regulativas (aunque sean las que regulan el ejercicio de los poderes normativos) con la (in)validez. Propicia la confusión entre sanción e invalidez (con lo que oscurece la distinción entre normas

regulativas y normas que confieren poderes), impide explicar las consecuencias sancionatorias y no invalidantes de (otras) irregularidades de los actos y es un punto de partida teórico poco fructífero para abordar otros problemas relacionados con la validez (como los tipos o clases de invalidez).

VIII. LA COHERENCIA CON NORMAS SUPERIORES

Respecto de aquellos actos jurídicos cuyo contenido puede ser determinado por el sujeto (en general, negocios jurídicos), es preciso además que este contenido no contradiga normas superiores. La expresión más clara de esta exigencia es quizás, en nuestro Derecho, la contenida en el artículo 1255 CC: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, *siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*».

Esta exigencia en el contenido de los actos para lograr el resultado institucional pretendido tiene caracteres muy distintos a los requisitos para la actualización de la competencia hasta ahora considerados. Que el sujeto tenga atribuido el poder y que lo ejercite de acuerdo con las reglas de forma y procedimiento son, básicamente, cuestiones de hecho (y su prueba) y de subsunción. Respecto de la coherencia con normas superiores, se trata, sustancialmente, de valoración, de comparación entre contenidos normativos para establecer su compatibilidad o incompatibilidad. Las normas relevantes para las dos anteriores cuestiones son directamente las normas de competencia o que atribuyen poderes; aquí son relevantes, aunque de una forma específica, normas y principios regulativos. Digo de una manera específica porque estas normas de mandato (obligaciones o prohibiciones) no pueden ser propiamente violadas o incumplidas por el autor del acto: quedarían violadas, en el sentido de que impondrían deberes o prohibiciones que la ley no consiente, si el acto alcanzara el resultado institucional pretendido (si fuera válido).

Ciertamente, puede haber además otra norma que prohíba tratar de conseguir un resultado institucional de contenido contrario a ley, etc. (e incluso que lo sancione penalmente). Pero para el juicio de validez del acto lo que importa es que su contenido es incompatible con norma superior, no la eventual infracción de otra norma de mandato.

Un ejemplo. De acuerdo con el artículo 990 CC «la aceptación y repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente». Esto significa, en el caso concreto, que el acto por el que Z renuncia la herencia de su tío T bajo condición de que en las próximas carreras de caballos gane el caballo C carece de validez. Z, obviamente, no ha infringido ninguna norma: lo que ocurre es que al introducir en el acto (la repudiación de la herencia) un contenido (la condición) que la ley no permite, no consigue el resultado pretendido.

Las normas que determinan el contenido prohibido u obligatorio de clases más o menos amplias de negocios jurídicos (contratos, determinado tipo de contrato, contratos entre determinadas clases de sujetos) suelen llamarse normas de Derecho necesario o *ius cogens* (en contraposición a Derecho supletorio o *ius dispositivum*). A veces, también, normas imperativas (contrapuesto a normas dispositivas): éste creo que es el sentido de la expresión «norma imperativa» en el artículo 6.º.3 CC. Pero obsérvese de nuevo que no son normas de mandato: no califican a la conducta del sujeto o sujetos que realizan la acción de contratar como prohibida u obligatoria. Como tampoco las normas llamadas de Derecho dispositivo son normas regulativas de permisión: los sujetos puede configurar el contenido de sus actos normativos a su arbitrio, sin necesidad de que tales contenidos estén ya previstos en alguna norma superior dispositiva. Estas normas tienen otra función: vienen en ayuda de los sujetos completando el sentido de sus actos y acaso cumplan también otros cometidos, pero no el de otorgar permisos.

Estas normas de Derecho necesario son normas (generales) de rango superior a las normas (individuales) emanadas de los sujetos particulares para sus incumbencias. Sus relaciones son de jerarquía formal o jerarquía normativa por antonomasia. Por eso la norma inferior que contradice a la superior es inválida. Como ha mostrado Guastini (1993, pp. 37-40), esta jerarquía normativa (formal) es distinta y no coincide con la jerarquía estructural (jerarquía entre poderes normativos, en que uno deriva del otro mediante una norma de competencia).

Puede ser útil comparar esta relación entre normas de la autonomía privada y normas estatales con la que se da entre la sentencia (como norma individual) y las normas legales que determinan su contenido. Si la sentencia contradice a la norma legal aplicable al caso, carecerá de validez (lo que se hará valer por el sistema de recursos establecido). Hasta aquí, el paralelismo.

Pero hay algo más, que no tiene parangón en los actos de los particulares: los jueces tienen el deber de fundar su sentencia en las normas legales. Es decir, hay, además, una norma de mandato dirigida al juez que, si la infringe, puede incurrir en prevaricación. Mientras que, en principio, no hay una norma de mandato equivalente para los actos de los particulares. Las sentencias deben fundarse en las normas generales. Los particulares pueden dar cualquier contenido a sus actos siempre que no contradigan normas legales. Su situación es más parecida a la del legislador ordinario, sujeto a las normas y principios constitucionales. Menos libre en cierto sentido (está sujeto también a las normas emanadas del legislador), pero más libre en otro: al configurar el contenido de los actos, no ha de desarrollar o aplicar normas superiores (como en ciertos ámbitos puede decirse del legislador ordinario respecto de la Constitución) ni ha de atender a otros intereses y deseos que los propios.

Lo anterior no excluye que, en ciertos casos, la inclusión de determinado contenido por una de las partes esté, propiamente, prohibida (y desencadene su responsabilidad, como es el caso de la inclusión de cláusulas abusivas) y que pueda tratar de analizarse de este modo algunos fenómenos relacionados con la llamada «nulidad parcial». Por ejemplo, puede entenderse que prestar dinero con intereses usurarios está prohibido, y que la consecuencia civil de la infracción de esta prohibición es una pena (civil) consistente en que el prestamista pierde el derecho a cobrar los intereses (se ve privado, por tanto, del uso de dinero durante el plazo pactado, sin retribución).

IX. VALIDEZ FORMAL Y VALIDEZ MATERIAL

La distinción entre validez formal y validez material, referida a las normas o a los actos, parece bastante antigua y conforme con las intuiciones de los juristas, si bien suelen indicarla desde el punto de vista de la nulidad (nulidad formal y material).

La validez formal hace referencia a normas que confieren poderes, y señala que el acto reúne las condiciones suficientes establecidas para la producción del resultado normativo. Mientras que la validez material supone la coherencia del contenido del acto con las normas superiores. Ciertamente, cabe ver la coherencia con normas superiores como una de las condiciones necesarias

establecidas en la regla de competencia, pero es imprescindible caer en la cuenta de que se trata de dos conceptos distintos de validez. La validez formal es validez del acto normativo; la validez material es validez de la norma puesta por el acto (Guastini). En el primer caso, basta con comprobar que se dan los hechos o actos que atribuyen la competencia y que el acto realizado por el sujeto es de la clase prevista en la norma de competencia; en el segundo, hay que comparar normas, es decir, enunciados normativos interpretados.

La falta de validez del acto lleva consigo que tampoco la norma privada tenga validez. La contradicción del contenido del acto con normas superiores, cuando afecta a la totalidad de contenido, hace que el acto sea inútil, pero conviene mantener esta falta de validez separada de la falta de validez del propio acto.

Veamos más de cerca esta distinción entre validez del acto normativo y validez de la norma. La norma de competencia, entendida como norma completa (compuesta por las normas o partes de normas que atribuyen el poder y que establecen las condiciones para su actualización) es específica para cada resultado institucional (aunque puede tener elementos comunes con otras normas de competencia), mientras que las normas superiores que el contenido del acto no puede contradecir son, principalmente, normas que limitan la autonomía de los particulares en general, es decir, condicionan el contenido de todos sus actos (aunque hay también normas específicas para –el contenido de– tipos o clases de actos). Pueden verse las normas superiores como filtros de admisión (Guibourg, 1997, pp. 458-459) que no dejan pasar los contenidos normativos incompatibles de actos que ya han superado el test de validez formal; con la posible consecuencia de que al quedar la norma –todas las normas que pueden derivarse de las disposiciones– privada de validez se niegue también, retrospectivamente, la validez del acto (lo que he llamado antes su inutilidad). Pero la invalidez del acto no es entonces un fenómeno necesario, sino que el acto, válido estructuralmente, puede mantenerse como productor de normas tal como éstas quedan una vez pasado el filtro de la compatibilidad con normas superiores. Este fenómeno, relativamente nuevo en el Derecho de la contratación, es muy evidente y poco problemático en otros ámbitos del Derecho civil, en particular en la regulación de los testamentos, en que la distinción entre validez del acto y validez del contenido de las disposiciones testamentarias es muy explícita en el Código.

X. VALIDEZ RESPECTO DE UNA NORMA: EXPLICACIONES

Ya estamos en condiciones de retomar las definiciones iniciales de validez y explicar su alcance. Recordemos, en primer lugar, la definición de validez de un acto respecto a una norma:

Def. 1. «Un acto A_i es válido respecto a una norma $N_j = \text{df.}$ (1) N_j confiere poder un sujeto P_i para realizar el acto jurídico A_i , y (2) el sujeto P_i ha realizado el acto jurídico A_i ».

La norma N_j es una norma de competencia completa, es decir, que contiene todas las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para su validez. Por tanto, está compuesta por normas que confieren competencia y normas que establecen forma y procedimiento, e incluye la condición de no contradicción con normas superiores.

El acto A_i es un caso individual de acto, no un caso genérico. Sólo de los casos individuales de actos (de actos que han acaecido en un tiempo y un espacio determinado) cabe predicar validez. De los casos genéricos (clases de actos) sólo podemos decir que en el sistema hay (o no) una norma que los correlaciona con resultados institucionales: una norma anankástico-constitutiva en cuyo antecedente se encuentra la descripción de esta clase de actos.

La validez de un acto respecto de una norma, como resulta de la anterior definición, no es una consecuencia de la norma. Ésta no correlaciona un estado de cosas y una clase de actos con la consecuencia de que éstos sean válidos, ni los califica o constituye como válidos. La norma correlaciona estados de cosas y clases de actos con resultados institucionales. Son enunciados jurídico-científicos los que califican a los actos como válidos o inválidos, y estos enunciados son verdaderos cuando se cumple la definición Def. 1, y falsos en otro caso.

Ahora bien, formular pormenorizadamente normas como la supuesta en Def. 1 no parece posible. Para ello, recuérdese, habría que enunciar todas las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes, lo que incluye las condiciones de capacidad y legitimación, así como todas las relativas a forma y procedimiento, pero también la coherencia con las normas superiores. Algunas de las (partes de) norma resultan ser principios (como los que proscriben el fraude de ley y el abuso del derecho), y el principio *lex*

superior exige interpretar las disposiciones superiores así como el contenido del acto para valorar su coherencia.

En palabras de Ferrer Beltrán (2000, p. 142), «no podemos establecer en una cláusula cerrada las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la actualización de la competencia». También MacCormick (1993, p. 70) había señalado, en el mismo sentido, que no podemos estar seguros de cuáles son las condiciones que en cada caso son suficientes para la validez de un caso concreto de una institución jurídica, argumentando precisamente por la presencia de principios que limitan el ejercicio del poder.

Ésta era ya la opinión de Kelsen, en un contexto más amplio que implica los conceptos y procesos de subsunción, interpretación y decisión jurídicas. Lo expresa con especial claridad en un artículo de 1952 con el título «¿Qué es un acto jurídico?» (1952, 67), cuando se plantea la subsunción de un determinado acto (caso particular) bajo el concepto de acto jurídico: «Si el concepto de acto jurídico es definido de manera que el acto jurídico es un acto fundado en el orden jurídico, la subsunción es imposible sin una interpretación del orden jurídico y, generalmente, existen varias interpretaciones, a menudo en conflicto». Se requiere «una *decisión*, una decisión jurídicamente obligatoria, auténtica, constitutiva, a la que el orden jurídico enlaza una determinada consecuencia»; y tal decisión no corresponde a la ciencia jurídica, en cuanto ciencia.

La conclusión por mi parte es que no es posible formular una regla completa de competencia en términos de condiciones de aplicación, al menos por dos razones: *a*) entre sus presupuestos se encuentran principios generales que incorporan propiedades valorativas, *b*) la coherencia necesaria con las normas superiores supone la interpretación de éstas y un juicio de compatibilidad.

De este modo, el concepto de validez de un acto jurídico respecto de una norma puede ser rigurosamente definido, pero su misma definición implica que los enunciados emitidos por los juristas sobre la validez de un acto (un caso individual) son siempre más o menos inciertos.

Podemos aplicar así a la validez lo que de la salud dice un viejo refrán: «La salud no es conocida hasta que es perdida». La validez de un acto no se conoce sino mediante la invalidez (como negación de la misma).

XI. VALIDEZ DE UN ACTO EN EL SISTEMA: EXPLICACIONES

Recordemos la definición:

Def. 2. Un acto A_i es válido en el sistema $S_k = \text{df.}$ En el sistema S_k hay por lo menos una norma N_j tal que A_i es válido respecto a N_j .

La definición presenta de inmediato dos retos:

a) ¿Cómo se produce el emparejamiento entre el acto A_i y la norma N_j ? ¿Hay alguna afinidad entre los actos y las normas con arreglo a las cuales son válidos? ¿Puede haber en el sistema más de una norma respecto de la cual A_i sea válido?

b) ¿Y si no hay en el sistema ninguna norma N_j tal que A_i sea válido respecto de ella? ¿Será por ello inválido el acto? Mi respuesta, más cautelosa, es, de momento, que entonces lo único que podemos decir es que no es válido en el sistema de referencia. Pero ¿de qué sistema —o sistemas— estamos hablando? De estos problemas nos ocupamos en los apartados siguientes.

La cuestión *sub a)* no es cómo encuentra el operador jurídico los enunciados normativos mediante cuya interpretación producir la norma N_j . Ésta es una cuestión eminentemente práctica, aunque no siempre fácil, y que puede conllevar una carga creativa importante (como ocurre siempre con la invención de las premisas para descubrir una conclusión: Alchourrón y Bulygin, 1971, pp. 136-137).

Lo que se plantea es lo siguiente: el acto sólo puede ser identificado desde el punto de vista del resultado, de manera que la actividad de los sujetos constituye actos distintos según el resultado (institucional) que se considere. Es decir, el acto no puede identificarse sin referencia a la norma con arreglo a la cual es válido. Por ejemplo, un escrito (la acción y el resultado de escribir) realizado por su propia mano por un sujeto dando instrucciones a sus hijos para después de su muerte sobre cómo se deben pagar determinadas deudas suyas (la descripción debería ser más detallada para representar una actividad humana como «jurídicamente neutra») puede ser un testamento o un reconocimiento de deuda o ambas cosas según haya o no en el sistema una norma que le confiera el poder de otorgar testamento mediante aquel escrito u otra que considere reconocimiento de deuda también un acto lingüístico no dirigido al acreedor.

Conviene evitar el prejuicio de que un acto sólo puede ser válido respecto de una norma.

Ciertamente, muchos actos jurídicos, la inmensa mayoría, expresan de algún modo a qué caso genérico pertenecen (e indirectamente, respecto de qué norma pretenden ser válidos). No es nada raro que un testamento empiece diciendo «éste es mi testamento», y para que una letra de cambio sea letra de cambio debe decirlo con estas palabras. Aun así, puede darse que la actividad de los sujetos constituya simultáneamente actos de otra clase, válidos eventualmente respecto de otras normas. A esta realidad corresponde el fenómeno de la «conversión».

Es también posible que un mismo acto (una misma clase de actos) sea válido con respecto a una norma e inválido respecto a otra norma del mismo sistema. Evidentemente, estamos entonces ante una incoherencia del sistema (antinomía), equivalente a la que ocurre entre normas regulativas cuando una prohíbe y otra autoriza u obliga a realizar la misma conducta. Pero para entender este tipo de antinomias hay que aclarar primero qué quiere decir invalidez respecto de una norma.

XII. INVALIDEZ RESPECTO A UNA NORMA Y EN EL SISTEMA

Estas definiciones están también inspiradas en las de Alchourrón y Bulygin (1979, p. 73) y von Wright (1963, pp. 200-203).

Def. 3. Un acto A_i es inválido respecto a la norma $N_j = \text{df.}$ (1) N_j priva de competencia a un sujeto P_j para realizar el acto jurídico A_i , y (2) el sujeto P_j ha realizado el acto A_i .

Una versión menos precisa de esta definición podría ser: «Un acto es inválido respecto a una norma cuando esta norma priva de competencia a un sujeto para realizar el acto y éste lo realiza».

N_j es una norma de incompetencia (*vid. supra*, núm. V).

Consecuentemente, la definición de invalidez de un acto en el sistema sería ésta:

Def. 4. Un acto A_i es inválido en el sistema $S_k = \text{df.}$ (1) En el sistema S_k hay por lo menos una norma N_j tal que A_i es inválido respecto a N_j .

Una versión menos precisa de esta definición podría ser: «Un acto es inválido en el sistema cuando es inválido con arreglo a una norma perteneciente al sistema».

Se observará que, aplicando estas definiciones junto con las de validez, resulta que un acto puede ser: *a*) válido o inválido (respecto de una norma o en el sistema), *b*) válido e inválido (respecto de normas distintas, si el sistema es incoherente o las normas pertenecen a distintos sistemas, *c*) ni válido ni inválido.

Estas consecuencias, en particular que será muy amplia la clase de las normas que no son ni válidas ni inválidas en el sistema, llevan a Ferrer Beltrán (2000, p. 51) a preferir otra definición que, referida a los actos jurídicos y adaptada a las utilizadas en este estudio, podría decir:

Def. 5. Un acto jurídico es inválido en el sistema S si no hay en S ninguna norma con arreglo a la cual sea válido o hay alguna norma respecto de la cual sea inválido.

Con ello sacamos del limbo (ni válido ni inválido) a muchos actos, para calificarlos de inválidos. Pero creo que de forma muy poco conveniente.

En primer lugar, no son tan escasas las normas de incompetencia. Ocurre a menudo que la misma disposición que expresa la norma de competencia expresa también otra de incompetencia. Esto ocurre siempre que la interpretación lleva a entender que las condiciones establecidas por las norma son necesarias (si y sólo si...) para alcanzar el resultado institucional, que es el caso más frecuente en normas de procedimiento o forma. Por ejemplo, si el legislador exige forma de escritura pública para la donación de inmuebles, entendemos: *a*) (norma de competencia) que la donación de inmuebles con forma de escritura pública es válida (si se cumplen todas las demás condiciones); *b*) (norma de incompetencia) que la donación de inmuebles que no tiene forma de escritura pública es inválida.

En casos de este tipo, estaríamos tentados a decir que el acto es inválido simplemente porque no es válido respecto de una norma de competencia. Esto supondría una definición de invalidez respecto a una norma más o menos como la siguiente:

Def. 6. Invalidez de un acto respecto de una norma = def. (1) N_j confiere poder a un sujeto P_i para realizar el acto jurídico A_i , y (2) el sujeto P_i ha realizado un acto jurídico distinto de A_i (o no es el sujeto P_i el que ha realizado el acto A_i).

Pero si tiene sentido decir que una donación de inmuebles sin forma pública es inválida, no tiene tanto sentido decir que tal donación es un matrimonio inválido o una letra de cambio inválida,

como se seguiría de la anterior definición. Todo acto (válido o inválido respecto de una norma) carece normalmente de relación de validez respecto de todas las demás normas de competencia del sistema. Es decir, de todo acto se da que «no es el caso de que según las norma de competencia $N_{1...n-1}$ este acto sea válido», pues normalmente sólo será válido respecto de una norma, o unas pocas, o bien respecto de ninguna.

Def. 6 puede tener algún interés teórico. De momento, nos permite afirmar que, considerada la validez de un acto con respecto a una norma, los conceptos de validez e invalidez sólo son contradictorios (es decir, que pueden definirse el uno por el otro por medio de la negación) si asumimos una definición como def. 6.

Mientras que sólo algunos actos que no estén en el caso de ser válidos respecto de una norma según def. 1 serán inválidos según def. 3; y, lo que es más importante, sólo algunos actos que no estén en el caso de ser válidos en el sistema según def. 2 serán inválidos según def. 4.

Def. 3 tiene otro rendimiento heurístico. Nos hace percatarnos de que, mientras según def. 1 no es posible enunciar con certeza un juicio de validez sobre un acto, def. 3 sí permite juicios seguros sobre la invalidez de un acto. Según esta definición de invalidez, y para la clase de casos que son su referencia, nos basta con identificar una norma de incompetencia para, mediante subsunción, afirmar la invalidez del acto.

La definición de invalidez en el sistema correspondiente a def. 6 de invalidez respecto de una norma sería:

Def. 7. Un acto A_i es inválido en el sistema $S_k = \text{df. (1)}$ En el sistema S_k no hay ninguna norma N_j tal que A_i es válido respecto a N_j .

Una versión menos precisa de esta definición podría ser: «Un acto es inválido en el sistema cuando no hay en el sistema ninguna norma con arreglo a la cual el acto es válido».

A esta invalidez en el sistema (mera falta de validez) podemos llamarla «invalidez débil», mientras que a la invalidez en el sistema según def. 4 podemos llamarla «invalidez fuerte».

XIII. LA REGLA DE CLAUSURA. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

En el Derecho privado la clase de actos con «invalidez débil» parece mucho más extensa que en el Derecho público, pues en éste más habitualmente las disposiciones de competencia significan a la vez una norma de competencia y otra de incompetencia: si la competencia corresponde a tal órgano, fácilmente están privados de ella todos los demás; si se señala cierto procedimiento, son inadecuados todos los demás procedimientos. Al menos como tendencia, en el Derecho público todos los actos que no están autorizados por una norma de competencia están desautorizados.

Esto evoca una regla de clausura negativa similar a «todo lo que no está permitido está prohibido». Así lo han propuesto, con variantes, von Wright y Kelsen. Hay que tener en cuenta que ambos, aunque de maneras distintas, entienden las normas que confieren poderes como normas de conducta.

Para von Wright,

«Por lo que respecta a las normas de orden superior, es decir, a las normas que regulan la actividad normativa, parece más natural pensar que “todo lo que no está permitido está prohibido” que pensar que “todo lo que no está prohibido está permitido”» (1963, p. 201; Ferrer [2000, p. 51] señala un error de traducción).

Según Kelsen,

«Un individuo actúa como órgano del Estado cuando realiza actos en virtud de una autorización concedida por cierta norma válida. Ésta es la diferencia entre el individuo y el Estado como personas actuantes; es decir, entre el que actúa como órgano del Estado y el que obra como órgano estatal. Un individuo que no actúa como órgano del Estado puede hacer todo aquello que no está prohibido por el orden jurídico, en tanto que el Estado, esto es, el individuo que obra como órgano estatal, solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar» (1945, pp. 312-313).

El párrafo de Kelsen tiene especial interés para nosotros, pues explícitamente establece la diferencia entre el individuo y el Estado como personas actuantes. Pero tanto von Wright como Kelsen mezclan de modo indebido lo que está permitido (al individuo o al Estado) con los actos que válidamente uno u otro pueden realizar. Los dos perciben correctamente que la regla de clausura no puede ser la misma para las normas regulativas y para las que confieren poderes. Respecto de estas últimas, creo que tanto en el Derecho

público como en el privado puede decirse que no hay más «apoderamientos» que los que corresponden a las normas de competencia del sistema, sin que puedan deducirse de la ausencia de normas de incompetencia. Es decir, no hay ningún paralelo con los «permisos débiles» en las normas regulativas (deducidos de la ausencia de prohibiciones).

Como digo, esto me parece así tanto en el Derecho público como en el privado. Con dos precisiones:

a) En el Derecho público, además, y como tendencia, a las personas públicas no les está permitido hacer sino aquello para lo que tienen competencia (y entonces, más normalmente, tienen deber de hacerlo). Mientras en el Derecho privado los sujetos pueden realizar todas las conductas no prohibidas, aunque no estén expresamente permitidas. Otra cosa es que tengan o no competencia para realizar los actos; cuando la tienen, no suele ser obligado su ejercicio. En cualquier caso, de la permisión de un acto no se deduce el poder para realizarlo (es decir, para realizar un acto con resultados institucionales).

b) Hay un ámbito en el Derecho privado en que la norma de competencia es de tal amplitud (en cuanto a materia y procedimiento), que en él puede decirse que se tiene competencia para todos los actos que no son inválidos según una regla de incompetencia. Naturalmente, me refiero al contrato y a la libertad de contratación, bajo los principios de libertad de contenido y de libertad de formas.

Def. 4 no equivale a la regla «*pas de nullité sans texte*», aunque comparten la idea de que no es inválido un acto por el mero hecho de que no exista una norma con arreglo a la cual sea válido. Pero def. 4 no exige un texto (disposición legal) que determine la invalidez, sino una norma, es decir, un resultado de la interpretación de los textos legales o bien una norma derivada (no formulada), como puede ser un principio.

XIV. VALIDEZ Y PERTENENCIA. PERTENENCIA AL ORDEN JURÍDICO ESTATAL

Hasta ahora hemos hablado de validez de los actos jurídicos de Derecho privado en el sistema sin precisar más. Es hora de señalar que los actos de los particulares pertenecen a uno o más sistemas jurídicos estatales. También pueden pertenecer a otros sis-

temas normativos y cabe plantear esta pertenencia a sistemas no estatales como alternativa a la pertenencia a un sistema estatal. De esto último nos ocupamos en el siguiente epígrafe.

La cuestión principal y previa es aclarar qué significa que el acto de un particular puede pertenecer a un sistema jurídico estatal.

Los actos de los particulares pertenecen a un sistema normativo estatal *a)* en cuanto que las normas que producen pertenecen a éste, o *b)* porque los actos tienen por objeto normas estatales, determinando su aplicación al caso concreto.

Las normas producidas por los actos jurídicos son normas individuales (no generales) y normalmente concretas (categóricas), aunque no es nada raro que produzcan normas abstractas (hipotéticas), es decir, que correlacionen casos con soluciones. En realidad, las disposiciones de un testamento, de un contrato o de unos capítulos matrimoniales pueden ser enunciados normativos muy variados: normas regulativas (de obligación, prohibición o permisón), reglas que confieren poderes, (otras) reglas constitutivas o definiciones (por usar las categorías de Atienza y Ruiz Manero), lo mismo que las normas generales emanadas de autoridades públicas (y quizás con mayor heterogeneidad que las normas individuales contenidas en las sentencias de los jueces).

Los civilistas suelen advertir que los contratos no son «fuentes del Derecho», sino «fuentes de (las) obligaciones»; también, que el negocio jurídico no es «fuente del Derecho», sino que «constituye, modifica o extingue relaciones jurídicas».

Este planteamiento generalizado en la dogmática tiene complejas raíces históricas, técnicas e ideológicas que no es el caso de discutir aquí. Tiene también mucho que ver con la nebulosa imagen hídrica de las «fuentes» y la no menos nebulosa cosificación de entidades tales como «derecho subjetivo», «obligación» y «relación jurídica», que son tratadas como pertenecientes a un mundo *a se*, en el que nacen, se modifican, se extinguen y acaso se transmiten, por impulsos o virtualidades suyos propios (como ajenos a las normas o sin relación con ellas).

En mi opinión –nada original, sino que creo común en todas las escuelas actuales de filosofía del Derecho, con excepción de algunos autores «realistas»– no hay un deber sin una norma que lo prescriba, de modo que un enunciado sobre un deber en determinado sistema sólo es verdadero si en este sistema hay una norma que prescriba ese comportamiento: «la existencia de una obligación jurídica depende de la pertenencia a un sistema jurídico determinado de la norma que la impone como tal» (Mendon-

ca, 2000, p. 68). Pues bien, si se afirma —como es opinión común— que los contratos «son fuente de obligaciones», habrá que admitir que producen normas de mandato; y dado que el cumplimiento forzoso de estos deberes (es decir, de la norma), o la indemnización por su incumplimiento, puede pedirse a los jueces del ordenamiento estatal, lo más fácil es admitir que las normas contractuales en las que el juez ha de fundar su sentencia son normas que pertenecen al ordenamiento estatal del juez. Hay otras alternativas —como luego expondré—, pero menos convenientes.

Hago notar de pasada que estoy dando por supuesto que el fundamento de la obligatoriedad de los contratos, de su «fuerza de obligar» (validez, *Geltung*, en alguno de sus significados) no hay que buscarlo fuera del propio ordenamiento estatal, sino en la «cadena de validez» que de la norma fundamental hipotética (expresión que aquí sirve para señalar cualquier fundamento último que queramos afirmar) lleva, a través de normas que confieren poderes, hasta la que, por ejemplo en el CC, establece que los contratantes (con la capacidad y legitimación requeridas, y mediante sus actos en la forma prevista) podrán establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, con los límites que allí se expresan.

Consideraré luego la hipótesis de que las normas creadas por los actos de los particulares pertenezcan a otros sistemas jurídicos distintos del estatal. Pero antes interesa aclarar un par de cuestiones:

a) Lo anteriormente expuesto no prejuzga si en un determinado ordenamiento estatal las normas producidas por actos de los particulares pueden ser y son muchas o pocas, o si su existencia es contingente o necesaria y, en el extremo, si un ordenamiento podría negar a los particulares todo poder para producir normas en el sistema (sistema sin duda extremadamente opresivo).

b) No todos los actos de los particulares, válidos en un sistema estatal, son productores de normas. Hay actos que tienen por objeto normas (anteriores), en dos sentidos muy distintos:

a') Actos que versan sobre normas producidas por el mismo sujeto o sujetos, para suprimirlas. Por ejemplo, mutuo disenso, desistimiento, rescisión, revocación, impugnación. Algunos de estos actos pueden verse como ejercicio de un poder conferido por norma (de competencia) puesta por los particulares. En general, son actos de derogación de normas.

b') Numerosos actos de los particulares no establecen el contenido de una nueva norma, sino que hacen aplicable al sujeto o a

los sujetos una norma estatal. La norma estatal general es, mediante este acto, aplicable como norma individual a los sujetos del mismo. Cuando un sujeto realiza un acto de aceptación de herencia, o de intimación de la mora a su deudor, tiene como consecuencia que se produzcan en su estado normativo o en el de su deudor los efectos determinados por las correspondientes normas del CC, sin que el sujeto pueda modificarlas o condicionarlas en nada. Podría decirse que se ha limitado a individualizar el ámbito personal de validez de la norma estatal.

XV. VALIDEZ SIMULTÁNEA EN VARIOS ORDENAMIENTOS ESTATALES

Un mismo sujeto puede producir actos pertenecientes a diferentes sistemas normativos, y un mismo acto puede pertenecer a más de un sistema normativo.

En palabras de von Wright (1963, p. 207),

«[...] los actos normativos de una y la misma autoridad normativa pueden pertenecer a diferentes sistemas de normas. Esto es claramente una observación trivial. De mayor interés es observar que uno y el mismo acto normativo puede pertenecer a dos o más sistemas diferentes de normas».

Estas posibilidades parecen tener realización más frecuente en los actos de los particulares que en los actos de las autoridades públicas, pues estos últimos más fácilmente pertenecen sólo al sistema normativo de la autoridad.

Los actos de los particulares pueden ser válidos alternativa o simultáneamente en una pluralidad de ordenamientos estatales. En principio, todos los ordenamientos estatales del mundo reconocen capacidad jurídica a todos los seres humanos y capacidad de obrar a los adultos. Celebrar contratos, testar o casarse válidamente en un sistema puede depender de la condición de nacional o del domicilio, pero no necesariamente. Nacionalidad y domicilio, por otra parte, son situaciones que pueden cambiar, y actos realizados cuando se tenía una pueden valer con arreglo a otra posterior. Es posible, en muchos casos, elegir con arreglo a qué ordenamiento se quiere actuar.

En un mundo globalizado, es importante contar con la posible validez de cualquier acto de los particulares no sólo en el ordenamiento del Estado del que es súbdito o en el que reside, sino en

cualquier otro ordenamiento estatal. Esta observación es aún más necesaria respecto de los actos de las personas jurídicas, para las que «nacionalidad» y «domicilio» no expresan lo mismo que para las personas físicas.

XVI. LA HIPÓTESIS DE VALIDEZ EN SISTEMAS NORMATIVOS NO ESTATALES

Un acto jurídico válido en un ordenamiento estatal puede también ser válido en un sistema normativo no estatal. La pertenencia a un sistema puede ser entonces independiente de la pertenencia a otro u otros, pero cabe también que la validez en un sistema sea condición de la validez en otro, o para ser recibido, o aplicado, en este otro.

La validez simultánea del acto de celebración del matrimonio en el sistema jurídico estatal español y en el sistema normativo canónico es un buen ejemplo de este tipo de fenómenos. En general, la coexistencia de *ius civile* y *ius canonicum* en el Derecho común europeo presenta un ejemplo histórico de primera magnitud.

Aquí quiero referirme únicamente a dos hipótesis muy generales, que permitirían construir la validez *a)* de todos los actos de los particulares o *b)* de un grupo importante de ellos, como pertenencia a sistemas normativos no estatales:

a) Primera hipótesis, referida a todos los actos jurídicos de los particulares. Los actos jurídicos de los particulares y las normas por ellos producidas pertenecen al ordenamiento jurídico del sujeto o sujetos de los actos. Cada individuo es un ordenamiento jurídico (el «Estado individual» de que hablaba Joaquín Costa). Cuando pacta con otro, las normas pertenecen a los ordenamientos de cada uno de ellos, o a un nuevo ordenamiento común a los dos sujetos. La consecuencia: cuando un particular acude al juez estatal para recabar la coacción como sanción por el incumplimiento de una norma producida por actos de los particulares, el juez la aplica como externa al sistema estatal (sin otro límite que lo que podemos llamar el orden público externo).

De este modo, los actos normativos de los particulares no producirían normas pertenecientes al ordenamiento estatal (con lo que puede parecer que tiene menos o ningún «poder» en el sistema estatal), pero el poder estatal se pondría al servicio del cumplimiento de normas absolutamente privadas.

En mi opinión, la hipótesis no explica adecuadamente la manera en que, en los ordenamientos estatales contemporáneos, las normas procedentes de actos de los particulares son valoradas y aplicadas por los órganos estatales, y la he introducido, principalmente, para mostrar que la negación de poder a los particulares para producir normas jurídicas pertenecientes al ordenamiento estatal deja muy pocas posibilidades de explicaciones alternativas más plausibles.

Con todo, esta hipótesis puede coincidir con ciertas posiciones individualistas de «Derecho natural» que informaron la codificación civil. Por otra parte, puede ser afín con el significado que históricamente han podido tener principios como «convenences vinquent loix», «paramiento fuero vienze» o «standum est chartae», que sólo admitían como límite del poder de los particulares para crear normas mediante sus actos «lo imposible o lo contrario al Derecho natural»: lo importante no es que los límites sean muy lejanos, sino que son ajenos al ordenamiento estatal. En éste, los jueces se limitan a «estar a la carta», expresión de un ordenamiento extraestatal, de los particulares.

b) En los últimos años se habla de la nueva *lex mercatoria* como sistema jurídico no estatal. Estaría compuesto por normas producidas directamente por la clase empresarial (mediante los usos del comercio internacional) sin intervención política alguna por parte de los Estados, y constituiría un sistema jurídico o un ordenamiento jurídico separado de los ordenamientos estatales (así Galgano, 2000). No es el caso de analizar aquí este fenómeno, ni mucho menos de enjuiciarlo. Simplemente, ocurriría –si se aceptan las premisas– que muchos e importantes actos jurídicos de particulares (empresarios, principalmente) y las normas por ellos creadas serían válidos en este sistema jurídico de la *lex mercatoria*.

Estos actos jurídicos y las normas por ellos creados podrían pertenecer, además, simultáneamente, a uno o más sistemas jurídicos estatales. Los órganos judiciales del Estado, de ser requeridos, aplicarían las normas individuales así creadas como pertenecientes al orden estatal, lo que implica, señaladamente, el control de compatibilidad con normas superiores. Pero también se verían en el caso de aplicarlas como normas ajenas al sistema estatal, meramente aplicables entonces (como las de un Estado extranjero), cuando se tratara de ejecutar laudos arbitrales internacionales. Los jueces estatales, entonces, prestarían la coacción estatal a normas no estatales.

La hipótesis tiene fuerza explicativa de fenómenos cada día más frecuentes, difícilmente abordables intelectualmente sin admitir la existencia de ordenamientos jurídicos extraestatales mundiales no derivables de los estatales.

XVII. VALIDEZ RESPECTO A UNA NORMA Y VALIDEZ EN EL SISTEMA

Un ejemplo servirá para aclarar algunas de las definiciones y distinciones presentadas, a la vez que para mostrar la utilidad (rendimiento heurístico) de las mismas.

El caso fue resuelto por sentencia del TS (Sala 1.^a) de 14 de mayo de 2004 (ponente, Martínez Calcerrada). Los hechos (tal como resultan de la misma sentencia) fueron más o menos los siguientes.

1. LOS HECHOS

Don Alexander, casado con doña María Virtudes, ingresado en una clínica por padecer un carcinoma de vejiga en fase terminal, quiso reconocer como hijo suyo a don Eusebio que, por su parte, había sido reconocido como hijo matrimonial en testamento de don Imanol, otorgado quince años antes.

La voluntad de reconocer quedó plasmada en un instrumento notarial que ha de considerarse «acta de manifestación» (no escritura pública), pues al parecer así lo decidió el Notario, en el que sabemos consta lo siguiente: «Don Alexander reconoce como hijo suyo a don Eusebio, el cual acepta y agradece el reconocimiento que su padre formula mediante las presentes declaraciones».

La viuda de don Alexander se querelló contra don Eusebio y el Notario que autorizó el documento, por un supuesto delito de falsedad en documento público, del que los acusados fueron absueltos. Es en el proceso penal donde el Notario declara que el documento es un «acta de manifestación» porque así lo decidió él. Cabe suponer —como mera hipótesis— que el Notario, conocedor de que don Eusebio tenía determinada su filiación paterna respecto de persona distinta del ahora reconocedor, entendió que no procedía autorizar una escritura en razón de lo dispuesto en el artículo 113 CC, al final («No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria»). No estaría justificada legalmente, en mi opinión, esta actitud, pero el hecho de que el Notario haya te-

nido que soportar un proceso penal en su contra hace pensar que alguna razón debía de haber para proceder de este modo.

En cualquier caso, es claro que tampoco una escritura hubiera determinado por sí una nueva filiación de don Eusebio (que ya la tiene determinada respecto de otro padre), por lo que parece que necesariamente habría de acudir a un proceso civil para conseguir esta determinación.

2. EL PLEITO CIVIL

Una vez que don Eusebio y el Notario fueron absueltos en el proceso penal, doña Virtudes demanda en proceso civil a don Eusebio pidiendo que se declare:

1.º Nulo de pleno derecho y sin valor ni efecto alguno el instrumento público autorizado por el Notario... (el «acta de manifestación»).

2.º Nulo el reconocimiento de paternidad en el anterior efectuado.

3.º Inexistente la filiación no matrimonial pretendida acreditar con el reconocimiento que antecede (y condene al demandado a estar y pasar por ello y al pago de las costas del juicio).

El Juzgado, en su sentencia, declaró «la ineficacia del reconocimiento de paternidad contenido en el instrumento público autorizado por el Notario..., sin que proceda efectuar el resto de las declaraciones interesadas». Al parecer el Juzgado –según le reprocha la Audiencia– entendió que el discutido documento podía considerarse como una escritura pública, teniendo en cuenta que en el mismo se recogía el requisito del juicio de capacidad que impone al notario el artículo 167 RN.

La Audiencia (con revocación parcial de la sentencia) estima totalmente la demanda. Declara por tanto, no sólo la nulidad del instrumento, sino también la nulidad del reconocimiento y la inexistencia de la filiación extramatrimonial.

El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación, deja sin efecto la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado. Los razonamientos del Tribunal Supremo –que quizás no coincidan totalmente con los del Juzgado– son, en lo esencial, los siguientes:

a) Acepta que el documento cuestionado es un «acta de manifestación» y que, por tanto, «no cumple con las previsiones del artículo 120 CC».

b) Pero niega que todo su contenido haya de declararse nulo y, por tanto, inexistente el reconocimiento que alberga.

c) El documento hace fe de las manifestaciones de los intervinientes. Por tanto, «reúne los presupuestos precisos para integrar un documento indubitado de los que se citan en el artículo 49 de la LRC» y sirve también para el ejercicio de «acción de declaración de paternidad previa impugnación de la contradictoria que coexiste, *ex* artículo 135 CC» («reconocimiento expreso o tácito», ahora art. 767.3 LEC).

d) Aclara que «la declaración de ineficaz de ese instrumento, como declara el Juez, lo es en el estricto campo de ese reconocimiento tipificado pero al mantener su existencia o verdad —negada por la Sala *a quo*—, valdrá al interesado para cimentar su pretensión en cualquiera de las citadas alternativas».

En lo esencial, la solución del TS coincide con la generalidad de la doctrina: el reconocimiento formal que, por defecto de forma, carezca de validez, puede constituir un reconocimiento aformal en el que basar una declaración judicial de filiación.

3. UN POCO DE ANÁLISIS

La Audiencia (supongamos que correctamente) ha entendido que el acto de reconocimiento compuesto por las declaraciones de don Alexander, que reconoce, y don Eusebio, que acepta, no reúne los requisitos establecidos en el artículo 120.1.º CC. Es decir, ha identificado una norma de competencia (a la que llamaremos NC1) del siguiente contenido: «Dadas las circunstancias Z, entre ellas la documentación en escritura pública, si X realiza un acto en que reconoce la filiación de Y, entonces queda determinada la relación de filiación entre X e Y».

Debería haber deducido de ello que no es el caso de que este acto sea válido con respecto a NC1. En lugar de ello, sin caer en la cuenta de la distinción entre validez respecto a una norma y validez en el sistema, entiende que el acto no es válido en el sistema, lo declara nulo de pleno derecho y declara inexistente la relación paternofamiliar entre don Alexander y don Eusebio.

(Prescindimos aquí de que, en realidad, declara nulo el instrumento [documento] y, en consecuencia, el reconocimiento [acto], pues estas distinciones no son necesarias ahora para nuestro análisis.)

Podemos pensar que la Audiencia ha entendido la disposición del núm. 1.º del artículo 120 como norma de incompetencia (junto a una norma de competencia NC1). Es decir, ha entendido que, según esta disposición, hay una norma de incompetencia según la cual sólo es posible alcanzar el resultado institucional de la determinación de la filiación mediante un reconocimiento (ante el encargado del Registro Civil, en testamento) o en escritura pública. Ciertamente, el precepto presenta algunos problemas de interpretación (por ejemplo, qué significa «otro documento público»), pero no nos interesa entrar en ellos. En lo que aquí importa, la interpretación como «norma de incompetencia» («si y sólo si se realiza un reconocimiento con tales caracteres se produce la determinación de la filiación») no estaría fundada, y la misma estructura del artículo 120 la hace muy improbable.

El ordenamiento no impide que se alcance el resultado institucional de la determinación de la filiación por otros medios (otras normas de competencia, otras reglas constitutivas). Por tanto, es correcto decir que no es el caso de que este acto sea válido con arreglo a una norma expresada en el artículo 120.1.º, pero para llegar a la conclusión de que no es válido en el sistema tendríamos que suponer, bien que el ordenamiento excluye alcanzar el resultado por cualquier otro medio (ya hemos visto que no es así), bien que no existe otra norma de competencia con arreglo a la cual el acto pueda ser válido.

El Tribunal Supremo ha encontrado esta otra norma de competencia. En realidad, dos:

NC2. De acuerdo con el artículo 49.2.1.ª LRC, queda determinada la filiación no matrimonial mediante expediente gubernativo aprobado por el Juez si concurre (entre otras alternativas) la siguiente circunstancia: «Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación».

NC3. De acuerdo con el artículo 135 CC (derogado, hoy art. 767 LEC) puede en el proceso correspondiente declararse la filiación, entre otros casos, cuando «resulte del reconocimiento expreso o tácito».

Pues bien, el Tribunal Supremo entiende que el acto de reconocimiento de don Alexander a don Eusebio con la aceptación de éste es válido con arreglo tanto a NC2 como a NC3. El reconocimiento recogido en el acta notarial es «escrito indubitado» y es reconocimiento expreso. Salta a la vista de inmediato que el acto jurídico no es el mismo que el que correspondería a NC1. Es la

misma la actividad de los sujetos y el escrito en que se plasman sus manifestaciones, pero, para empezar, la aceptación de don Eugenio es irrelevante a los efectos de NC2 y NC3. También el resultado institucional dista mucho de ser idéntico. Según NC1, queda determinada la filiación; según NC2, el reconocimiento expreso no determina la filiación, sino que su documentación por escrito la posibilita a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (si no hay oposición); según NC3, el reconocimiento (expreso o tácito) puede servir de fundamento a una sentencia que declare la filiación.

Distinguir los conceptos de validez respecto a una norma y validez en el ordenamiento se revela muy útil en casos como éste, por lo demás nada raros. Supongamos ahora que, en el mismo caso, don Alexander decide escribir de su puño y letra en una hoja de papel común palabras idénticas a las que el Notario recogió en el acta y que firma este escrito al que pone fecha (año, mes y día). Alguien podría sugerir que estamos en presencia de un testamento ológrafo, y no iría en modo alguno descaminado. Diríamos entonces que el acto es válido respecto de otra norma de competencia NC4, que confiere a las personas mayores de edad el poder de ordenar su propia sucesión mediante otorgamiento de un testamento ológrafo. De acuerdo con el CC español, el acto valdría como testamento ológrafo, pues tiene todos los requisitos de capacidad y forma del testamento ológrafo (art. 688 CC), y el propio Código advierte que el reconocimiento de un hijo hecho en testamento no pierde su fuerza legal aunque éste no contenga otras disposiciones (art. 741 CC). El resultado institucional de este acto válido con arreglo a NC4 coincide con el de un acto válido con arreglo a NC1 en que determina por sí la filiación de don Eusebio, si bien se duda si sólo produce sus efectos tras la muerte de don Alexander. Sería válido también con arreglo a NC2 y a NC3.

Para la validez de los actos con respecto a una norma es irrelevante el conocimiento que el sujeto tenga respecto de la existencia de la norma y su eventual error sobre su contenido. Sería indiferente, por ejemplo, que don Alexander, ante la imposibilidad de que llegara a tiempo un Notario, creyera que tendría validez una declaración oral suya ante tres testigos robustecida con juramento, y sería sin embargo válida como testamento en peligro de muerte (si el peligro era inminente: art. 700 CC) si hace esta manifestación oral ante cinco testigos.

En general, puede decirse que los actos de los particulares valen *omni meliore modo*, es decir, como resultaría de la inclusión en ellos de esta vieja cláusula de estilo del Derecho común europeo.

Hasta aquí el análisis del caso desde el punto de vista de la validez del acto respecto a una norma y en el sistema. Notemos adicionalmente que la conducta de don Alexander y don Eusebio no ha infringido ninguna norma de mandato. No está prohibido documentar una declaración de reconocimiento en un acta notarial en lugar de en una escritura. En realidad, no está prohibido hacerlo en escrito privado, por carta o verbalmente: no está prohibido, y en cada caso valdrá o no según las normas de competencia en el sistema. La doctrina se plantea si está prohibido y si es inválido (dos cuestiones distintas que no siempre se separan) el reconocimiento de filiación sabiendo que no corresponde a la realidad biológica: no tenemos datos para juzgar si pudo darse esta falsedad en este caso.

No está prohibido el reconocimiento según NC1 cuando hay ya previamente determinada otra filiación. Ni al reconocedor se le prohíbe reconocer (ni al reconocido aceptar), ni al Notario autorizar la escritura (quizás otra cosa pensó el Notario de nuestro caso). Tampoco es entonces inválido el reconocimiento. Según el artículo 1132 CC, «No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria». No será eficaz la determinación de la filiación mientras no se impugne con éxito la filiación contradictoria, pero el reconocimiento es plenamente válido. Es imprescindible distinguir entre validez y eficacia.

XVIII. ACTOS PERMITIDOS INVÁLIDOS EN EL SISTEMA

Comprobar que en todo sistema jurídico hay actos permitidos que son inválidos en el sistema prueba simultáneamente que la invalidez no depende de la infracción de una prohibición.

No digo que la existencia de actos permitidos inválidos sea lógicamente necesaria, sino que es comprobable en los sistemas jurídicos que conocemos y que es importante en el Derecho privado.

Para lo que sigue, interesa la distinción entre «permiso débil» y «permiso fuerte», tal como los definen Alchourrón y Bulygin (1971, pp. 172-177).

La permisión débil es el carácter deóntico de las conductas no prohibidas por una norma.

«P es permitido en el sentido débil en el caso p en el sistema $\alpha = Df$. Entre las consecuencias de α no existe una norma que prohíba (= no permita) p en el caso q.»

La permisión fuerte es el carácter deóntico de las conductas permitidas por una norma.

«P está permitido en sentido fuerte en el caso q en el sistema $\alpha = \text{Df. De } \alpha \text{ se infiere una norma que permite p en el caso q.} \text{»}$

En el Derecho privado español (y en tantos otros) podemos dar por bueno que la norma de clausura del sistema establece que «todo lo que no está prohibido está permitido».

Algunos de los ejemplos que siguen muestran casos de actos que carecen de validez en el sistema, y que están permitidos unos en el sentido débil y otros en el sentido fuerte. Comenzaré por un caso de este último tipo:

a) Los esponsales (o promesa de matrimonio) constituyen en muchos Derechos contemporáneos un caso extremo, que puede analizarse como una clase de actos a la vez permitidos (con «permisión fuerte») y carentes de validez en el sistema de acuerdo con una norma de incompetencia («invalidez fuerte»). La norma de incompetencia está muy claramente expresada en el Derecho español en el artículo 42 CC. «La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento».

Es comprensible la perplejidad de quienes se acercan a esta norma con el prejuicio de que la invalidez es consecuencia de la infracción de «normas imperativas o prohibitivas» (como desafortunadamente dice el art. 6.3 CC). Pues la privación de validez a los esponsales por la norma es tajante, con el añadido de pronunciar la inadmisibilidad a trámite de la demanda con fórmula insólita. Pero, de otra parte, es difícilmente concebible una norma que prohíba a quienes tienen intención de casarse próximamente que se manifiesten uno a otro su compromiso de contraer matrimonio. No es muy sensato, en general, llegar a presencia del sacerdote o del alcalde sin haber recabado antes este compromiso del otro contratante, compromiso que suele comunicarse en ceremonias sociales «de petición de mano» que nadie pensará que están prohibidas por el Derecho. En fin, que no existe una norma que prohíba celebrar esponsales parece evidente. Pero hay más. El inicio del artículo 43 puede entenderse como expresivo de una norma de permiso («permisión fuerte»), pues alude a una «promesa cierta de matrimonio» que, junto con otros hechos, forma el supuesto para la producción de determinadas consecuencias (resarcimiento de ciertos gastos hechos en consideración al *matrimonio prometido*).

Como es bien sabido, esta regulación de los esponsales, dirigida a garantizar la libertad de los contrayentes, es el resultado de una compleja evolución histórica en los distintos sistemas normativos (el canónico de la Iglesia Católica, luego el Derecho de otras Iglesias y los Ordenamientos estatales europeos) en que los esponsales tenían validez, y no es indiferente su regulación por otros sistemas normativos como los religiosos o los usos sociales. De un modo muy general, puede decirse que hoy los esponsales, que tuvieron validez en el orden estatal, y sea cual sea su validez actual en otros sistemas normativos, carecen de ella totalmente en el Derecho español (como en otros contemporáneos), pero que no están en él en modo alguno prohibidos, antes bien, cabe entenderlos permitidos expresamente.

b) Un análisis similar cabe hacer de una clase de actos que comparten con los esponsales (y el matrimonio) una referencia personal e íntima muy fuerte, actos que el Derecho incluso fomenta, pero a los que niega validez (también, precisamente, para salvaguardar la libertad del sujeto). Son los actos relativos a la disposición de órganos o partes del propio cuerpo.

Suele hablarse de donación de órganos para trasplante (y así lo hace también la ley de 27 de octubre de 1979), pero en ningún caso hay una donación válida, en el sentido que donación tiene en el Derecho privado. No hay ninguna norma que confiera a los individuos el poder de realizar actos gratuitos de cesión de un órgano corporal propio a favor de otro individuo que acepte la cesión, de modo que el primero quede desde ese momento vinculado de acuerdo con lo pactado. Es razonable que no la haya. Para el Derecho, y sólo cuando se trata de extracción de órgano de persona viva, lo único relevante es la autorización del sujeto para que se le extraiga el órgano. Ahora bien, nada prohíbe estas donaciones, antes al contrario, están propiciadas y fomentadas. No hay norma que prohíba la «donación» hecha expresamente al destinatario del órgano: simplemente, no valdrá (y, según los casos, conseguir el resultado pretendido puede ser imposible sin cooperación de un tercero –médico– que, éste sí, conculque alguna prohibición).

c) Algo similar ocurre con lo que otra ley (la de reproducción asistida de 22 de noviembre de 1988) llama «donación de gametos y preembriones», que configura como «contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado». No nos interesa aquí dilucidar en qué consiste este contrato «administrativo», sino señalar que la ley citada sólo regula las donaciones de ga-

metos y preembriones (por ejemplo, el semen masculino) a favor de estos «centros autorizados». ¿Están prohibidas entre particulares? Creo que no están prohibidas. Los actos de donación carecerán de validez; y las consecuencias serán las que resulten de las leyes (por ejemplo, no será imposible la investigación de la paternidad del donante).

d) Para impedir a los sujetos conseguir cierto resultado (o conseguirlo por ciertos medios) no siempre es necesario prohibir. Si para la producción del resultado es necesaria una norma jurídica, basta con manejar adecuadamente normas de competencia (o, además, otras normas constitutivas). Es lo que ocurre, según creo, con la regulación de la «maternidad subrogada». Según el artículo 10 de la citada ley de 1988, «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». Esta disposición expresa sin duda una norma de incompetencia. Claro que cabría interpretar que expresa también, simultáneamente, otra norma, ésta de prohibición. Pero no es necesario y resulta inconveniente prohibir conductas que, al menos en determinados contextos, no merecen ningún reproche moral. No es necesario, porque el resultado (que sea madre ante el Derecho quien no gestó la nueva criatura) se impide por una regla constitutiva: la que se expresa en el apartado 2 del mismo artículo: «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto».

e) Nadie tiene poder para cambiar por sí mismo su nombre o sus apellidos, pero utilizar unos distintos de los que resultan del registro civil sólo está prohibido en determinadas circunstancias (y los usos legitiman plenamente en otras el uso de pseudónimo). Nadie tienen poder para determinar por sí mismo su identidad sexual de modo distinto al sexo indicado por sus cromosomas y constatado en el registro civil, pero no está prohibido adoptar en la vida social las apariencias y comportamiento de un sexo distinto. Dos personas del mismo sexo no pueden —cuando escribo esto— contraer matrimonio entre sí, pero ninguna norma les prohíbe, no ya convivir, sino tampoco prometerse recíprocamente disponibilidad sexual, convivencia y fidelidad.

f) Ciertos acuerdos de convivencia entre parejas de hecho son válidos con arreglo a normas autonómicas. Fuera del ámbito de aplicación (material, personal y territorial) de estas normas, idénticos acuerdos no producen resultados institucionales, pero ninguna norma los prohíbe.

g) «No se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciere, se tendrá por no puesto» (art. 1260 CC). El juramento es inválido, pero no está prohibido (acaso sí tenga prohibido el Notario incorporarlo a la escritura).

h) Los votos religiosos (castidad, pobreza, obediencia) no tienen validez en el ordenamiento estatal. No están prohibidos.

i) La reconciliación entre cónyuges divorciados no produce efectos legales (no es válida). No está prohibida. El Código aclara que los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio (art. 88.2 CC).

j) Las «instituciones desconocidas» (por utilizar una categoría del Derecho internacional privado) pueden y suelen suponer falta de validez en el sistema, pero no por ello prohibición. Fue el caso de la adopción en muchos países hasta hace un siglo. Es hoy el de la «adopción como hermano», que existió en muchos derechos germánicos y también en algunos españoles medievales, como el aragonés. Puede analizarse así el *trust* del *Common Law* en los Derechos continentales: si estuviera prohibido, no podrían conseguirse resultados análogos por otros medios.

k) Ni el permiso débil, ni las normas de permisión, confieren poder para realizar los actos permitidos (ya se entiende, los realizarán como actos naturales y aun como actos institucionales de acuerdo con otras normas, pero no serán aptos para producir un resultado institucional). En sentido inverso, una conducta obligatoria o una conducta prohibida bien pueden constituir actos que, de acuerdo con una regla de competencia, produzcan resultados institucionales.

XIX. LOS ACTOS DE LAS PERSONAS PÚBLICAS PARA LOS QUE CARECEN DE COMPETENCIA

He apuntado más arriba que los actos de las personas de Derecho público para cuya realización carecen de competencia están afectados, probablemente, por una norma de incompetencia. Dicho de otro modo, que la extensión de la referencia de las definiciones de invalidez def. 4 y def. 7 tiende a coincidir para los actos de Derecho público.

Un ejemplo puede servir para aclararlo.

El día 5 de febrero de 1998 el Pleno del Ayuntamiento de Agüimes (en la isla de Gran Canaria), en sesión extraordinaria,

acordó adherirse al acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Garachico (en la isla de Tenerife), de fecha de 22 diciembre de 1997, sobre declaración de la empresa «Telefónica de Servicios Móviles, S. A.», como *non grata*.

Telefónica interpone recurso contencioso-administrativo contra el referido acuerdo, pero la Sala del Tribunal Superior de Justicia, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, no le da la razón, con argumentos que aquí no nos interesan.

Telefónica recurre en casación, y el caso es resuelto por la sentencia del TS, Sala 3.^a, sección 4.^a, de 24 de noviembre de 2003 (ponente Fernández Montalvo).

El Tribunal Supremo se ve en el caso de reiterar una doctrina sobre declaraciones de *persona non grata* por Ayuntamientos tal como la ha ido elaborando en sentencias anteriores. En efecto, parece que los Ayuntamientos españoles tienen propensión a declarar «personas non gratas» a las que tal parecen a quienes rigen sus destinos, a juzgar por los casos que llegan a los más altos tribunales. Pueden verse, al menos, sentencia del TC (Sala 2.^a), de 19 noviembre de 1989 (ponente Rodríguez Bereijo), sentencia del TS (Sala 5.^a), de 19 septiembre de 1987 (ponente Falcón García), sentencia del TS (Sala 1.^a) de 24 julio de 1995 (ponente González Poveda) y sentencia del TS (Sala 2.^a) de 15 marzo de 1994 (ponente Puerta Luis).

En primer lugar, tales declaraciones no constituyen un ataque al honor, aunque habrá que atender a los hechos en su contexto en cada caso.

En segundo lugar, el Tribunal recuerda el significado específico que la declaración de *persona non grata* tiene en el ámbito de la inmunidad diplomática y remoción del puesto diplomático, cuestión que, hay que reconocer, muy escasa relación guarda con el caso. Aquí nos interesa señalar que actos similares (la declaración de *persona non grata*), realizados por otros sujetos, pueden ser válidos en otros sistemas normativos. Pero, como observa la sentencia, «resulta difícil señalar cuáles puedan ser los efectos directos derivados de semejante declaración municipal».

Con los anteriores pronunciamientos, podemos entender que la sentencia califica al acuerdo del Ayuntamiento como inválido en el sistema en el sentido débil, de acuerdo con def. 7; es decir, se ha comprobado que no hay en el sistema ninguna norma de competencia con arreglo a la cual el acuerdo sea válido. También se ha comprobado que el acuerdo no infringe ninguna prohibición (en concreto, no lesiona el derecho al honor).

«A pesar de ello, no puede considerarse que constituya una simple manifestación de desagrado indiferente al Derecho Administrativo. Adopta la forma de un acto administrativo aprobado en forma por el Pleno del Ayuntamiento y que eventualmente podría producir efectos en Derecho, derivados de su significado estigmatizante, con incidencia en la esfera jurídica, incluso en la estrictamente patrimonial, del destinatario que puede ver, incluso, deterioradas sus expectativas profesionales o mercantiles con el propio vecindario. En consecuencia, no puede considerarse el acuerdo municipal cuestionado sólo como una manifestación de la libertad de expresión o manifestación de una discrecionalidad, sin ulterior trascendencia jurídica, sino como *un acto administrativo que, para ser legítimo, debe inscribirse en el ámbito de las potestades o competencias municipales*» (cursiva añadida).

Las consideraciones del Tribunal sobre el posible «significado estigmatizante» del acto o su contenido de crítica a los administrados quizás se hagan en atención a la posible ausencia de norma de competencia explícita para declaraciones de hijos predilectos o adoptivos, que nadie ha pensado que carezcan por ello de validez. El «significado estigmatizante» tendría cierta virtualidad limitativa o ablativa de libertades y derechos de los ciudadanos, para lo que la Administración requeriría habilitaciones legales concretas. Es también de señalar que, para el TS, «resulta claro que no puede equiparse la posición de los ciudadanos, en la libre crítica de la actuación de las instituciones representativas en uso legítimo de su derecho de libertad de expresión, a la de tales instituciones o Administraciones, cuya actuación aparece vinculada al cumplimiento de los fines que le asigna el ordenamiento jurídico, entre los cuales, ciertamente, no se encuentra el de atribuir calificativos a sus administrados o a las empresas que actúan en su ámbito territorial (STC 185/1989, de 13 de noviembre)».

La argumentación concluye del siguiente modo:

«Una declaración que no procede de alguno de los miembros de la Corporación, sino que constituye la manifestación de un juicio que pretende atribuirse a la propia Corporación en cuanto tal, como decisión municipal, ha de encontrar una habilitación legal, que, en el presente caso, no se encuentra ni en las competencias municipales nominadas del artículo 25 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, ni en las diversas legislaciones sectoriales ni en la propia cláusula de la autonomía municipal al no aparecer concernido el interés municipal o las necesidades de la comunidad vecinal.»

En consecuencia, el TS declara «la nulidad e ineficacia del acuerdo del Ayuntamiento de Agüimes de fecha 5 febrero de 1998,

por el que, mediante adhesión, se declaraba empresa *non grata* a la entidad recurrente».

Puesto que el acuerdo cuestionado carece de habilitación legal, es nulo. La definición de invalidez del acto en el sistema parecería def. 7. Pero, en realidad, en razón de la existencia de una regla de clausura en el Derecho público según la cual todos los actos que no están habilitados por una regla de competencia están incursos en una regla de incompetencia, lo que equivale a aplicar def. 4.

Por ello el acto puede ser declarado nulo por los Tribunales: por ser inválido respecto de una norma de incompetencia.

Si de un acto del mismo contenido fuera autor un particular, una vez comprobado que no infringe ninguna prohibición (que no constituye una lesión al honor), no creo que pudiera pedirse a los Tribunales declaración de nulidad del acto. No hay ninguna norma de incompetencia respecto de la cual el acto sea inválido. Y que no haya tampoco una norma de competencia respecto de la cual sea válido lo coloca en ese limbo en el que, en principio, nada tienen que decir los Tribunales.

Obsérvese que la cuestión no reside en la licitud del acto: tan permitido (en el sentido de no prohibido) está el acto para el Ayuntamiento como para el particular. Es el distinto juego de las reglas de competencia en uno y otro caso el que explica el distinto resultado.

XX. VALIDEZ Y PROHIBICIÓN

La invalidez de un acto de Derecho privado no depende de que esté prohibido. Hay actos prohibidos válidos, y actos no prohibidos que no son válidos.

Oscurece la comprensión de las anteriores afirmaciones una clasificación tradicional de los actos humanos en lícitos e ilícitos, como categorías excluyentes y conjuntamente exhaustivas, y una tradición doctrinal, procedente del Derecho romano tardío y presente en el artículo 6.3 CC español, que hace depender de algún modo la invalidez de la violación de una prohibición.

Que los actos contrarios a una prohibición carecen de validez («son nulos de pleno derecho», dice el CC desde 1974) puede entenderse de varias maneras:

a) Que carecen de validez los actos que adoptan el procedimiento o forman objeto de una norma de incompetencia (o que no

cumplen las condiciones establecidas en una disposición de competencia que expresa simultáneamente una norma de incompetencia). Por ejemplo, testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas para cada clase de ellos (art. 687).

b) Que carece de validez la regulación negocial que contradice a normas o principios morales o legales (art. 1255 CC).

c) Que si la actividad del sujeto es contraria a un deber negativo de conducta, el acto jurídico carecerá de validez. Por ejemplo, un tutor adquiere por compra bienes del pupilo, lo que tiene prohibido (art. 1459-1.º CC).

Sólo en los casos de la letra *c)* estamos en realidad ante una prohibición infringida. En los casos *sub a)* el testador no tiene obligación de observar aquellas formalidades, ni prohibición de no observarlas (sí el notario, probablemente, en los testamentos que autorice, pero es obvio que la invalidez no deriva de que el Notario no haya cumplido sus deberes, sino de que no se han observado las reglas que disciplinan la actualización del poder o competencia de testar). En el caso *sub b)*, la contradicción con norma superior no puede analizarse como violación de un deber por un acto del particular, sino como contradicción entre la regla negocial y una norma superior, que impide la validez total o parcial de la regla negocial. No está prohibido a los particulares realizar actos inválidos. Sólo en ciertos casos de contenido ilícito existen prohibiciones, que pueden tener trascendencia penal.

La tradición doctrinal de que procede el artículo 6.3 CC español (como el § 138 BGB) se remonta a la ley *Non dubium* (C. 1, 14, 5). En su origen, puede decirse que su finalidad era evitar el fraude de ley, cuando la ley defraudada era prohibitiva, invalidando el acto de que se sirve el particular como medio para alcanzar el resultado prohibido (los decuriones tenían prohibido administrar bienes de otro, prohibición que eludían tomándolos en arriendo). En el *Codex* de Justiniano la norma se hace abstracta y se convierte en una regla interpretativa de todas las leyes prohibitivas: si la ley prohíbe algo, son inválidos (*non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur*) los actos por medio de los cuales se infringe la prohibición, aunque el legislador se haya limitado a prohibir y no haya impuesto expresamente la invalidez.

Como regla interpretativa de las disposiciones prohibitivas fue utilizada y discutida en el Derecho común europeo, junto con la

clasificación escolástica procedente de Ulpiano que distingue leyes *perfectae* de otras *minus quam perfectae* o *imperfectae* (se añadirá la categoría de las *plus quam perfectae*), en que las primeras son aquellas que simultáneamente imponen una sanción y anulan el acto. En caso de duda, la ley prohibitiva ha de entenderse perfecta, y por tanto nulo el acto.

No interesa aquí seguir los complejos caminos por los que el contenido de la ley *Non dubium* fue interpretado y, en general, erosionado por los juristas (y, luego, el viejo art. 4 y el actual 6.3 CC por la jurisprudencia del Tribunal Supremo). Nos basta con señalar que, aun en los casos en que, por disposición legal (que no por exigencia conceptual), un acto es nulo en razón de haberse violado una prohibición, la nulidad es una consecuencia adicional contingente, que depende en realidad de otra norma distinta de la que prohíbe una conducta: una norma de incompetencia que el intérprete podría en ciertos casos extraer (aun en ausencia de una disposición como el 6.3 CC) de la misma disposición que prohíbe una conducta. Interpretación de disposiciones que contienen prohibición que el artículo 6.3 impone en principio (aunque su coetilla final permite en la práctica interpretaciones muy flexibles de las disposiciones prohibitivas).

En definitiva, la disposición contenida en el artículo 6.3 CC debe interpretarse del siguiente modo: «Siempre que una disposición del legislador se interprete como norma que establece una prohibición, debe interpretarse simultáneamente como norma que priva de competencia al sujeto al que la prohibición va dirigida para realizar actos jurídicos con los que conseguiría el resultado prohibido».

Si la nulidad fuera la sanción por violación de la prohibición, como a veces se dice, no habría norma de prohibición (sino, acaso, enunciados normativos vacíos de sentido) cuando el acto que la infringe fuera válido. Planteamiento que, en el Derecho español, queda excluido por la misma disposición del artículo 6.2, al añadir «salvo que en ellas [las normas] se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». De donde se sigue que no siempre a consecuencia de violar una prohibición un acto jurídico será nulo; es decir, la nulidad no está vinculada necesariamente a la prohibición como su consecuencia propia. La vinculación contingente entre prohibición y nulidad es resultado de la interpretación de las disposiciones prohibitivas, si bien el legislador, en Derechos como el español o el alemán, facilita esta interpretación mediante una norma interpretativa.

XXI. NORMAS «IMPERATIVAS» Y «PROHIBITIVAS» EN EL ARTÍCULO 6.3 CC

Desdichadamente, al reformarse el Título preliminar del CC en 1974 se dio nueva redacción, pretendidamente más técnica, al viejo artículo 4 CC.

En particular, donde el artículo 4 decía: «Son nulos los actos ejecutados *contra lo dispuesto en la ley*» dice ahora el artículo 6.3: «Los actos *contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas*».

Las categorías de las normas imperativas y prohibitivas son heterogéneas y responden a clasificaciones distintas. Normas prohibitivas son normas de mandato que califican una conducta como prohibida. Se contraponen a las normas de mandato que establecen una obligación, es decir, que califican una conducta como debida. Las normas de obligación y de prohibición, junto con las permisivas o facultativas, son conjuntamente exhaustivas de la clase de las normas regulativas, es decir, de las que regulan conductas.

De acuerdo con una vieja clasificación de la fuerza (*vis*) de las normas (*imperare, vetare, permitere, punire*), norma imperativa sería la que establece una obligación. También, podría entenderse que las normas prohibitivas son una especie de las imperativas, contrapuestas entonces a las de permisión. Quedarían aparte las que establecen una pena, pero ¿no podemos llamar también a éstas imperativas? Imperativas, entonces, todas aquellas cuya fuerza no sea permitir. Pero, aun éstas, ¿no serán también mandatos, acaso indirectos, a otras personas privadas o a otras autoridades? Por este camino, todas las normas jurídicas son imperativas.

Creo que en la clase de las normas imperativas los autores han incluido, sucesiva o simultáneamente, al menos todas las que acabo de mencionar.

Ahora bien, el contexto del artículo 6.3 CC excluye algunas de estas identificaciones.

«Normas imperativas», en este contexto, no puede entenderse como sinónimo de normas de mandato, puesto que a continuación se enuncia como categoría distinta la de las normas prohibitivas, que está incluida en las normas de mandato. Tampoco puede entenderse como sinónimo de normas de obligación (las que, junto con las prohibitivas, agotan la categoría de las normas de mandato), pues la conducta contraria a una obligación es una abstención o una conducta distinta de la debida, y carece de sentido establecer la nulidad de las abstenciones o (peor aún) de todas las conductas distintas de aquella debida.

«Normas imperativas», creo, ha de contraponerse a «normas dispositivas», como equivalente a *ius cogens* y contrapuesto a *ius dispositivum*. Probablemente es ésta una opinión común en la doctrina española.

Las normas cogentes, o de *ius cogens*, suele decirse, establecen los límites de la autonomía privada, y su aplicación no puede ser evitada por la voluntad de los particulares, mientras que las dispositivas o de *ius dispositivum* sólo rigen si los particulares no disponen de otra manera. Ahora bien, esta clasificación presenta graves dificultades, contradicciones y aporías. Quizás pueda delimitarse con suficiente precisión el concepto de norma dispositiva, pero no puede definirse el concepto de norma imperativa simplemente como la que no es dispositiva. Creo que, en el contexto del artículo 6.3 (que es el contexto más importante en que distinguimos entre normas imperativas y dispositivas), los conceptos de «norma imperativa» y «norma dispositiva» son contradictorios entre sí, pero distan mucho de ser conjuntamente exhaustivos. La extensión conjunta de ambos conceptos no abarca más que una parte de todas las normas de un sistema jurídico: aquellas normas que, admitida la autonomía de la voluntad de los particulares, regulan el contenido de sus actos, bien excluyendo o incluyendo imperativamente determinados contenidos (normas imperativas), bien previendo una regulación para suplir las lagunas de regulación de los particulares (normas dispositivas). Evidentemente, quedan fuera de la clasificación las reglas que confieren poderes y las constitutivas o conceptuales (como las definiciones).

Delimito más precisamente la extensión de la referencia de los conceptos de «norma imperativa» y «norma dispositiva» que estoy analizando. Normas dispositivas sólo son pensables allí donde el acto del particular establece una regulación, no donde las consecuencias del acto vienen determinadas necesariamente por la ley. Es el ámbito que suele reconocerse a los negocios jurídicos, pues los actos jurídicos no negociales serían aquellos cuyas consecuencias están predeterminadas por los normas estatales, sin que el particular (que puede libremente realizarlos o no) pueda modificarlos. Pues bien, sólo en este ámbito debe decirse que las normas son o bien dispositivas o bien imperativas.

Fuera del negocio jurídico, las normas que determinan las consecuencias de los actos no pueden ser infringidas ni evitadas en ningún sentido, puesto que no es posible, por hipótesis, que haya actos con contenido distinto del predispuesto legalmente. En los negocios jurídicos, tampoco es exacto que una regulación distinta

por el particular *infrinja* o *contravenga* una norma superior imperativa con la que esta regulación es incompatible, pero sí que es *contraria* a lo dispuesto en la norma superior imperativa. En este sentido, y por lo que se refiere a la contradicción con normas imperativas, el artículo 6.3 haría explícita la nulidad que (para los contratos, pero susceptible de extensión a otros negocios jurídicos) expresa ya el artículo 1255: que serán nulos los pactos, cláusulas y condiciones cuando sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público.

La referencia expresa en el artículo 6.3 a las normas imperativas era, por tanto, innecesaria. Lo que es peor, bajo apariencia de una mayor precisión técnica, no responde a un análisis adecuado de los diversos tipos de normas jurídicas. En esta disposición todas las normas están tratadas como normas de conducta, y la invalidez parece ser la consecuencia de la infracción de normas de conducta. No se tiene en cuenta la existencia y los caracteres de normas distintas de las que regulan conductas como debidas o prohibidas. Es decir, se ignora la especificidad de todas las demás normas, en particular de las normas que confieren poderes. Peor aún, el artículo 6.3 parece entender la falta de competencia o la no observancia de las reglas de actualización de la competencia como infracción de normas. En definitiva, parte de unas premisas teóricas que dificultan entender el concepto de validez de los actos jurídicos.

XXII. DISPOSICIONES DE VALIDEZ Y DISPOSICIONES DE INVALIDEZ

Conviene recordar la distinción entre disposiciones legales y normas: las normas son el significado de las disposiciones legales. Pues bien, no hay disposiciones que expresen normas de validez, aunque algunas lo parezcan; por el contrario, sí hay disposiciones que expresan normas de invalidez.

1. Como sabemos, la validez de un acto respecto de una norma no es una consecuencia de la norma con arreglo a la cual el acto es válido: la consecuencia de esta norma es la que corresponde a la clase de actos de que se trate (en general, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas). Por tanto, la validez en el sistema no es tampoco una consecuencia de una norma. La validez es una propiedad relacional extrasistemática, expresadas en un metalenguaje que tiene como objeto las normas jurídicas.

2. Por el contrario, hay normas cuya consecuencia es la invalidez de determinada clase de actos. La invalidez en el sistema de acuerdo con def. 4 («invalidez fuerte») es consecuencia de una norma; no así la invalidez en el sistema de acuerdo con def. 7 («invalidez débil»).

3. Algunas disposiciones legales parecen relacionar un caso genérico de acto jurídico con la consecuencia de su validez. Esto parecería contradecir lo afirmado *sub 1*. Pero la interpretación de las disposiciones aclara fácilmente que su significado no son normas que establezcan la validez de los actos. Ninguna de estas normas asegura la validez de los actos de la clase que regulan, sino que más bien excluyen su invalidez por determinada causa, dejando imprejuzgada la invalidez contingente del caso particular por causas distintas.

Veamos algunos ejemplos.

a) El artículo 10.8 CC comienza así: «Serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los actos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española». Quiere decir que será requisito para la validez de estos actos la capacidad del sujeto con arreglo a la ley española (alternativamente con su capacidad de acuerdo con su ley personal), pero nada dice sobre la posible invalidez de los actos por vicios formales o sustanciales. «Serán válidos» no significa que estos actos (casos individuales) sean siempre necesariamente válidos, sino únicamente que no son inválidos en razón de la incapacidad del sujeto (según su ley personal), pero pueden ser inválidos con arreglo a cualquier otra norma de incompetencia aplicable.

b) Artículo 400.2 CC: «Esto no obstante, *será válido* el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años». Lo que quiere decir que los actos de la clase «pacto de indivisión» por tiempo de hasta diez años (caso genérico) serán válidos, a pesar de la norma expresada en el mismo artículo según la cual ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad y como excepción a la misma. Pero un pacto de indivisión (caso individual) puede ser inválido por cualquier otra causa (incapacidad, defecto de forma).

c) Artículo 664 CC: «El testamento hecho antes de la enajenación mental *es válido*». Lo que quiere decir que si era válido el testamento hecho antes de la enajenación mental, no pierde su va-

lidez al perder la razón el testador. Pero puede no ser válido por otras causas (v. g., defecto de forma).

En el CC hay al menos un par de decenas de disposiciones que pueden analizarse en forma análoga a estos. En las Notas se muestran otros ejemplos.

4. Por el contrario, las disposiciones que correlacionan la invalidez con las características de algún caso genérico, expresan normas que producen la invalidez de los actos que pertenecen a aquella clase. La invalidez es, entonces, consecuencia de la norma. Para que un enunciado sobre la invalidez de un acto jurídico sea verdadero basta con que una norma determine la invalidez de los actos de cierta clase (caso genérico) y el acto en cuestión (caso individual) pertenezca a aquella clase.

NOTAS

A) Sobre las normas que confieren poderes (apartados 2 ss.)

1. A las normas que confieren poderes dedica una reciente monografía, que procede de una excelente tesis doctoral, Jordi FERRER BELTRÁN, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* (pról. de R. Guastini), ed. Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. En la primera parte expone y discute las ideas al respecto, entre otros, de Kelsen, von Wright, Alchourrón y Bulygin, H. L. A. Hart, A. Ross y (en la filosofía del Derecho española) Atienza y Ruiz Manero. En la segunda procede a una interesante reconstrucción de las normas de competencia como reglas constitutivas de la competencia, y en particular, del concepto estricto de competencia como «propiedad disposicional». En esta obra pueden verse abundantes referencias bibliográficas. Señalo aquí en particular (además de las citas de Atienza y Ruiz Manero, que se hacen en el texto) dos artículos breves, de fácil acceso para juristas españoles: Eugenio BULYGIN, «Sobre las normas de competencia», ahora en *Análisis lógico y Derecho* (pról. de Georg H. von Wright), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 485-498; y Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, «Autoridad-Competencia», en *El derecho y la justicia* (ed. Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta), Trotta y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2.^a ed., 2000, pp. 117, 131. El segundo, si bien advierte que, en sentido amplio, las normas de competencia comprenden también las que conceden poderes privados y autorizan a realizar actos privados (contratos, testamentos, etc.), se ocupa en este artículo sólo de las normas que regulan la competencia en materias de Derecho público; mientras que Bulygin comienza señalando que «Hans Kelsen fue el primero en llamar la atención sobre la semejanza esencial entre los conceptos de competencia (que se usa en el ámbito del Derecho público) y capacidad (usado fundamentalmente en el campo del Derecho privado), y otros filósofos del Derecho como Alf Ross y Hart han seguido sus pasos, al menos hasta cierto punto». Creo que la investigación sobre el concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado ha de mostrar esta «semejanza esencial»; en cualquier caso, es una hipótesis de la que parte este trabajo.

2. Señalar el carácter dinámico de los sistemas jurídicos y la construcción escalonada del ordenamiento constituyen algunas de las aportaciones centrales de Hans Kelsen al conocimiento jurídico, que se encuentran ya en su *Reine Rechtslehre* de 1934 (y en trabajos anteriores). Bastará señalar aquí los lugares en que principalmente se ocupa de estas cuestiones en su *Teoría pura del Derecho* (trad. del original en alemán por R. J. Vernengo), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979 (se trata de la traducción de la 2.^a y definitiva edición, revisada y ampliada, de la *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960). En esta obra, se ocupa de la «dinámica jurídica» en las pp. 201-283 y allí, desde la 232, de «la construcción escalonada del ordenamiento». El tratamiento de las normas individuales (es decir, no generales) como normas es una constante en Kelsen, que sitúa así tanto la sentencia y el acto administrativo como el negocio jurídico en la «construcción escalonada del ordenamiento», en la *Teoría pura del Derecho*, cit., se ocupa del negocio jurídico y del contrato en pp. 264-269. Es interesante señalar la correspondencia sustancial con estas ideas (el negocio jurídico como norma concreta establecida por las partes) en la monografía con mucho más importante sobre el negocio jurídico en la civilística española, la de Federico DE CASTRO (*El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967). Para De Castro, Kelsen es un adversario ideológico; pero su lucidez y probidad intelectuales le impiden ocultar esta sustancial coincidencia, aunque sea a través de una cita que establece distancias (la cita de la 2.^a ed., en alemán, de la *Reine Rechtslehre*, en p. 32), dentro de un epígrafe que reza inequívocamente «El negocio jurídico como regla». Consideración del negocio jurídico como «regla con que se mide la conducta de autorizados y obligados» que en nada contradice su negativa a considerar el negocio jurídico como «fuente del Derecho objetivo»; la confusión de ambas cuestiones es sin embargo frecuente en otros jusprivatistas españoles.

Volviendo a Kelsen, la concepción de la norma como el sentido o significado objetivo de un acto de voluntad es central en su concepción del Derecho: por ejemplo, en las primeras páginas de la *Teoría pura...*, cit., en particular, p. 19, y en su obra póstuma *Teoría General de las Normas* (ed. Trillas, México, 1994; trad. del original en alemán *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1979).

3. H. L. A. HART se ocupa extensamente de las normas de competencia (una clase de «normas secundarias», que en ocasiones parece identificar con éstas) en su obra *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 2.^a ed., 1974 (trad. cast. de la 1.^a ed. [1961], por G. R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963). Refiriéndose a los actos jurídicos de Derecho privado se expresa del siguiente modo: «La potestad así conferida a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas con los demás mediante contratos, testamentos, matrimonios, etc., es uno de los grandes aportes del derecho a la vida social; y es una característica que queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas» (trad. cast. cit., p. 35). En pp. 42-45 rechaza que la nulidad pueda entenderse como una sanción: «extender la idea de sanción hasta incluir la de nulidad es una fuente (y un signo) de confusión».

4. La distinción entre normas que confieren poderes y normas que establecen deberes es insertada por MacCormick en su teoría institucional del Derecho (Neil MACCORMICK, «Law as institutional fact», en Neil MACCORMICK y Ota WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Co., Dordrecht, Holland, 1986). La fórmula general de una norma que produce un poder es para este autor: «Si una persona que tiene las

cualidades q , realiza el acto a por el procedimiento p y si las circunstancias son c , entonces existe una instancia válida de la institución I » (p. 65). Una «instancia válida de la institución I » sería, por ejemplo, un contrato válido, o un testamento válido). Aquí nos interesa subrayar que –de manera semejante a lo que ocurre con la definición de Atienza y Ruiz Manero– resulta elemento clave la presencia de un acto jurídico voluntario, pues para definir las normas que confieren poderes hay que identificar previamente normas institutivas o terminativas de instituciones y distinguir entre las que dan fuerza a actos voluntarios y las que no (p. 66). Por otra parte, es de señalar que la mayor parte de los ejemplos de institución que ofrece MacCormick son de Derecho privado (contrato, propiedad, *trust*, testamento, sucesión intestada, persona jurídica, responsabilidad civil, garantías). La sucesión intestada es un evidente ejemplo, tratado así por MacCormick, de institución en que la norma institutiva no es una norma que confiere poderes (puesto que la norma institutiva no da fuerza a un acto voluntario).

5. Las ideas de ATIENZA y RUIZ MANERO sobre las normas que confieren poderes son criticadas por otros autores. Puede seguirse la polémica en *Las piezas del Derecho* (1996, pp. 77-90), desde el punto de vista de estos autores. Con posterioridad, FERRER BELTRÁN (2000, pp. 111-120). En la exposición de Atienza y Ruiz Manero se encuentran indudables ecos de Searle y MacCormick (la teoría institucional del Derecho) y de A. Conte (la denominación, más que el concepto, de reglas anankástico-constitutivas), así como, por supuesto, de von Wright, Hart y Alchourrón y Bulygin, pero en todo caso las ideas están elaboradas con originalidad y en el contexto de una teoría de los enunciados jurídicos que permite situar los enunciados que expresan reglas que confieren poderes en una clasificación general y compararlos con otros enunciados jurídicos (*vid.* cuadros en 1996, pp. 177-186). Es la presencia de este marco teórico general (de notable interés, creo, para civilistas) lo que me ha movido a prestar a sus ideas una particular atención.

B) Capacidad de Derecho privado y competencia en Alf Ross (apartado 4)

Alf ROSS escribió en varias ocasiones sobre validez de normas y de actos jurídicos y, acaso sin proponérselo en un primer momento, hizo notar algunos de los diferentes significados que en diversas lenguas tienen los correspondientes términos. En particular, la traducción de su lengua, el danés, al inglés le advierte de la posible confusión entre validez y vigencia, así como entre validez según un sistema de normas dado (que es el concepto que básicamente nos importa en este estudio) y validez «como fuerza obligatoria del Derecho, que da lugar a una obligación moral correspondiente» (1961-a, p. 26). Son los tres sentidos que pueden reconocerse en la utilización kelseniana del término *Geltung* (algunas referencias en DELGADO ECHEVERRÍA, 2003; sobre los significados de ‘validez’ en Ross y los problemas de traducción, FERRER BELTRÁN, 2000, p. 90, n. 154 y p. 95, n. 168).

Escribió ROSS repetidas veces sobre reglas de competencia (1958, pp. 32, 155, 199, 203; 1967, p. 49; en pp. 77-79 distingue entre transferencia de competencia y delegación de competencia; 1961-b, pp. 89-93), con una sensibilidad más acusada que en otros autores para la competencia de los particulares y los actos de autonomía privada. La comparación explícita entre el poder de los particulares y el de los órganos del Estado en 1958, pp. 198-199; 1961-b, pp. 90-91.

La red que forman los conceptos ‘acto jurídico’, ‘norma de competencia’, ‘competencia’, ‘invalidez’, ‘autonomía privada’ y ‘autoridad pública’ resulta especialmente clara en 1967-b, pp. 128-132. Los ‘actos jurídicos’ son una clase de los actos operativos humanos, que consiste en «comunicaciones lingüísticas cuyo

efecto jurídico está determinado por el contenido de la comunicación misma, y que de esta manera son instrumentos adecuados para la actividad humana consciente dirigida a la creación de reglas y relaciones jurídicas». «Ejemplos: una ley, una decisión judicial, una resolución administrativa, una oferta, un testamento, un contrato». «Todo acto jurídico presupone una norma jurídica que determina las condiciones necesarias y suficientes para la producción del acto jurídico. Esta norma es llamada norma de competencia; y la potestad que confiere a alguna persona (o conjunto de personas) para la realización de un acto jurídico es llamada competencia». «[L]a inobservancia de la norma de competencia produce la invalidez» del acto jurídico (p. 128). A continuación (p. 129) aborda de nuevo la distinción y comparación entre autonomía privada y autoridad pública, que «constituye la base de la distinción tradicional entre el Derecho privado y el Derecho público» (p. 131).

Prácticamente las mismas expresiones se encuentran en Ross, 1968, pp. 167-169. Allí también una límpida distinción entre normas de competencia y normas de conducta cuyo tema es la manera en que la persona competente ha de ejercer su poder (bien libremente, bien con arreglo a ciertas directrices): «Es importante comprender esta distinción entre la norma de competencia y la norma de conducta que regula el ejercicio de tal competencia. Mientras que exceder la norma de competencia produce invalidez, violar la norma de conducta no afecta a la validez del acto jurídico, sino que encierra una responsabilidad, como cualquier otra violación de una obligación». «Si las leyes estuvieran cuidadosamente pensadas y redactadas con precisión, no sería difícil de decidir si una regla dada tenía el sentido de una regla de competencia (cuyo quebrantamiento produciría invalidez) o de una norma de conducta reguladora del ejercicio del poder (cuyo quebrantamiento produciría responsabilidad). Pero, desgraciadamente, esto no ocurre siempre» (p. 169).

C) Las «nulidades regulativas» en Atienza y Ruiz Manero (apartado 7)

Me parece que, en el fondo, con la distinción entre «nulidad constitutiva» (no existencia del resultado) y «nulidad regulativa» («lo que implica –salvo en el caso de los órganos de última instancia– que un órgano de control tiene el deber de anularlo en todo o en parte»: 2000, p. 73) ATIENZA y RUIZ MANERO tratan de dar respuesta teórica a fenómenos ciertamente inquietantes, tales como las leyes vigentes inconstitucionales o una sentencia del Tribunal Constitucional que declare inconstitucional una ley que en realidad no infringe la Constitución. ¿Son leyes –sentencias– válidas, aunque infrinjan la Constitución? (1996, pp. 49-50, 78, 95, 108, n. 7; 2000, p. 72).

Explicar la existencia (y validez, en este sentido) de estos actos y normas en razón de haberse ejercitado poderes normativos que realmente corresponden a los órganos (el legislador), y su nulidad por haberlo ejercitado en condiciones tales que ese uso resulta prohibido no me parece una explicación útil en general, ni necesaria para el caso de las leyes inconstitucionales. Propicia la confusión entre sanción e invalidez (con lo que oscurece la distinción entre normas regulativas y normas que confieren poderes), impide explicar las consecuencias sancionatorias y no invalidantes de (otras) irregularidades de los actos y es un punto de partida teórico poco fructífero para abordar otros problemas relacionados con la validez (como los tipos o clases de invalidez). (Vid. la crítica de FERRER BELTRÁN, 2000, pp. 116-118, donde recoge las de otros autores.)

Es posibles que los autores de *Las piezas del Derecho* no mantengan hoy lo que escribieron sobre «nulidad regulativa». En «La dimensión institucional del

Derecho y la justificación jurídica» (2001) rectifican expresamente algunas posiciones mantenidas con anterioridad. Entre los supuestos característicos de la tensión entre principios sustantivos y principios institucionales y el eventual «triumfo» de éstos indican el siguiente: «Un cuarto supuesto estaría integrado por aquellos casos individuales en los que se considera justificado el sacrificio de principios sustantivos cuya vulneración se sospecha, pero no con el grado de certeza suficiente como para considerar destruida la presunción de regularidad de los actos de otro órgano, como es el caso, muy señaladamente, de la presunción de constitucionalidad de la ley» (p. 128). Ahora bien, en todos los supuestos de invalidez de los actos por contrastar su contenido con normas superiores (acaso también en otros supuestos) es posible sospechar la vulneración de la norma superior, pero se requiere siempre un juicio de valoración del significado de ambas normas y sus posibles relaciones que requerirá una argumentación suficiente, no una mera constatación. Puede ser así coherente con los principios institucionales o con la «dimensión institucional del Derecho» que este juicio quede reservado a ciertos órganos (sujetos a ciertas reglas de procedimiento, etc.), y que mientras tal juicio autorizado no se pronuncie el acto (la norma) se «presuma» válido. El fenómeno es habitual en el Derecho público, pero también se presenta respecto de los actos de los particulares, aunque con otros caracteres (por ejemplo, actos formalizados en escritura pública, inscritos en ciertos registros, etc.).

Quizás la rectificación (y desarrollo) de sus ideas anteriores les lleve también a revisar el ámbito de los principios (como distintos de las reglas) que han mantenido hasta ahora exclusivamente respecto de las normas de mandato (2000, p. 71, n. 2). Los «principios institucionales» parece que exceden este ámbito (*vid.* 2001, pp. 125-126).

D) Distinciones de clases de invalidez en Guastini (apartado 9)

Riccardo GUASTINI ha desarrollado clasificaciones y definiciones de validez más cercanas que otras elaboradas por filósofos del Derecho a los usos e intuiciones de los juristas dogmáticos. En «Concetti e criteri di validità» (*RTDPC*, 1989, pp. 867-978) se propone analizar los usos efectivos del término 'validez' ('validità') en el lenguaje común de los juristas italianos contemporáneos y muestra un uso inconstante del término.

Distingue, para empezar, entre 'validez' en sentido fuerte, o pleno, entendida como pertenencia al sistema, y 'validez' en sentido débil, existencia de la norma efectivamente creada, puesta, formulada, promulgada, por una autoridad *prima facie* competente: validez como mera aplicabilidad. Pues bien, la validez débil acaba siendo identificada con la validez formal, y la validez fuerte con la material (pp. 868 y 876). Pero mayor importancia tiene su observación de que la validez formal es propiedad de los actos normativos, mientras que la validez material es propiedad de las normas. Los criterios de validez de los actos normativos son la conformidad a las (meta)normas de competencia y procedimiento (p. 872), mientras que la validez de las normas depende de dos condiciones necesarias: *a*) que constituya el significado (uno de los significados posibles) de una disposición producida por un acto normativo a su vez válido, y *b*) que no sea incompatible con una norma superior en la jerarquía de fuentes. La validez material de las normas presupone la interpretación de las mismas.

El análisis de GUASTINI es más rico de lo que aquí puede indicarse, tanto en el artículo citado como en *Le fonti del diritto e l'interpretazione* (Giuffrè, Milán, 1993, pp. 49-58). Interesa señalar todavía lo siguiente:

a) De validez de las disposiciones (enunciados normativos prescindiendo de su significado) puede hablarse sólo por metonimia, puesto que se resuelve, bien en validez de los actos normativos (validez formal), bien en validez material de normas: basta, para esto, con que de la disposición pueda derivarse mediante interpretación al menos una norma válida.

b) Las normas implícitas (que no son el resultado de un proceso de interpretación en sentido propio) son válidas si reúnen estas dos condiciones: a) que puedan derivarse mediante una argumentación adecuada de una norma explícita o de un conjunto de normas explícitas a su vez válidas; b) que no sean incompatibles con alguna norma superior en la jerarquía de las fuentes.

Estas distinciones y definiciones tienen como referencia, en la obra de Guastini, las normas jurídicas generales y abstractas, pero pueden prestar buenos servicios en el análisis de la validez de actos jurídicos de Derecho privado. Por ejemplo, la explicación sobre validez de disposiciones puede ser útil aplicada a cláusulas contractuales; la validez de normas implícitas puede arrojar alguna luz en temas de integración de la regla contractual. Estoy pensando, especialmente, en contratos en masa y condiciones generales de la contratación.

E) «Disposiciones de validez» (apartado 22)

Como se ha señalado, en el CC (y, sin duda, en otros cuerpos legales) hay muchas disposiciones que parecen establecer la validez de determinados actos jurídicos. Algunas pueden entenderse en el sentido de que establecen la validez de una clase de actos (caso genérico), pero ninguna permite determinar la validez de un acto (caso individual) mediante subsunción. Siguen ejemplos con algunas observaciones:

Artículo 11.1 (dos veces «serán válidos»): por lo que se refiere a los requisitos de forma.

Artículo 156.1: «Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social...»: por lo que se refiere a la legitimación disjunta en el ejercicio de la patria potestad.

Artículo 172.1 párrafo último: «No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores...»: a pesar de la suspensión de la patria potestad (si fueran válidos en caso de que la patria potestad no estuviera suspendida).

Artículo 715: «Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo...»: quiere decir que lo que se dice en la primera parte del mismo artículo no embarga la validez que el acto pueda tener como testamento ológrafo.

Artículo 742: «El testamento será, sin embargo, válido...»: lo anterior no embarga la validez que pueda tener...

Artículo 753.2: «Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas...»: lo anterior no embarga la validez que puedan tener las disposiciones...

Artículo 764: «El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero...». No contener institución de heredero no perjudica la validez que pueda tener el testamento.

Artículo 781: «Las sustituciones fideicomisarias... serán válidas».

Artículo 787: «La disposición... será válida».

Artículo 805: «Será válida la designación de día o de tiempo...».

Artículo 826: «La promesa de mejorar o no mejorar... será válida...».

Artículo 861: «El legado de cosa ajena es válido».

Artículo 862 (legado de cosa ajena): «Pero será válido si...».

Artículo 863: «Será válido el legado...».

Artículo 875: «El legado de cosa mueble genérica será válido, aunque no haya cosas de su género en la herencia».

Artículo 974: «Serán válidas las enajenaciones de los bienes inmuebles reservables...».

Artículo 976: «Las enajenaciones de los bienes muebles... serán válidas».

Artículo 1163: «El pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad. También será válido el pago hecho a un tercero...».

Artículo 1384: «Serán válidos los actos de administración de bienes...».

Artículo 1704: «Es válido el pacto de que, en el caso de morir uno de los socios...».

Artículo 1738: «Lo hecho por el mandatario, ignorando... es válido y surtirá todos sus efectos...».

Casi todas estas disposiciones pueden entenderse como excepciones a una determinada norma de invalidez, sin que nada se diga respecto de otras posibles normas de invalidez.

F) Bibliografía sobre validez

Las obras que se ocupan del concepto de validez de las normas jurídicas son muy numerosas. Por el contrario, no conozco ninguna específicamente dedicada al concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado.

Me parece significativo que en algunas Enciclopedias Jurídicas ha tenido entrada (recientemente, por lo demás) la voz 'validez' (cuando voces como 'nulidad' y 'anulabilidad' han estado siempre en ellas), pero sólo en el sentido de validez de las normas, entendidas predominantemente como normas generales (leyes).

Así, en la *Enciclopedia del Diritto* (ed. Giuffrè), t. XLVI, 1993, en la voz 'Validità' se encuentra: *a*) una exposición de teoría general cuyo objeto es «el tratamiento, en general, de la teoría de la validez de las normas» (unas 40 pp.); *b*) una exposición de Derecho constitucional (otras 40 pp.); *c*) una remisión a la voz 'Valore' (filosofía del diritto); *d*) una remisión a las voces 'annulabilità e annullamento (dir. priv.)' y 'nullità (dir. priv.)'. Es decir, en Derecho privado se remite a categorías de la invalidez y no se atiende para nada al concepto de validez.

La primera Enciclopedia Jurídica que conozco en que se introdujo la voz validez ('validità') fue *Il Novissimo Digesto italiano*, t. XX, UTET, 1975, con un denso artículo provisto de notables referencias bibliográficas firmado por Amedeo Conte.

En España, la *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Civitas, Madrid, 1995, contiene una voz, 'Validez de las normas (Derecho Constitucional)', firmada por Luis María Díez-Picazo (no una voz de Teoría General), y las voces correspondientes de Derecho civil se mantienen en el campo de la invalidez (nulidad, anulabilidad, convalidación, conversión).

Señalo a continuación dos monografías españolas recientes sobre validez que no se citan en el texto. En ellas, así como en las voces de enciclopedia indicadas, pueden verse otros muchos sentidos que en Derecho puede tener el término 'validez': otros muchos conceptos de validez:

FARIÑAS DULCE, M.^a J.: *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991.

FALCÓN Y TELLA, María José: *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Universidad Complutense, Madrid, 1994.

G) Referencias bibliográficas

- ALCHOURRÓN y BULYGIN (1971): Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Normative Systems*, Springer Verlag, Viena-Nueva York (cit. por *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2.^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1987).
- ALCHOURRÓN y BULYGIN (1979): *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia (Venezuela).
- ATIENZA y RUIZ MANERO (1996): Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- ATIENZA y RUIZ MANERO (2000): *Ilícitos atípicos*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- ATIENZA y RUIZ MANERO (2001): «La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, 2001, pp. 115-130.
- BULYGIN (1991): Eugenio BULYGIN, «Sobre las normas de competencia», en *Análisis lógico y Derecho* (pról. de Georg H. von Wright), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 485-498.
- CASTRO (1967): Federico de CASTRO, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.
- DELGADO (2003): Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Las normas derogadas. Vigencia, validez, aplicabilidad», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 197-252.
- FERRER BELTRÁN (2000): Jordi FERRER BELTRÁN, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* (pról. de R. Guastini), ed. Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- GALGANO (2000): Francesco GALGANO (coord.), *Atlas de Derecho Privado Comparado* (trad. Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server), Fundación Cultural del Notariado, Madrid.
- GUIBURG (1997): R. A. GUIBURG, «Formalization of competence», en GARZÓN, E., KRAWIETZ, W., von WRIGHT, G. H., y ZIMMERLING, R. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Dunken & Hunblot, Berlín, 1997.
- GUASTINI (1989): Riccardo GUASTINI, «Concetti e criteri di validità», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1989, pp. 867-978.
- GUASTINI (1993): *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993.
- HART (1961): H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 2.^a ed. 1974 (trad. cast. de la 1.^a ed. [1961] por G. R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963).
- HERNÁNDEZ MARÍN (1998): Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1998.
- HERNÁNDEZ MARÍN (2000): «Autoridad-Competencia», en *El derecho y la justicia* (ed. de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta), Trotta y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2.^a ed., 2000, pp. 117-131.
- KELSEN (1945): Hans KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1945 (trad. por García Maynez, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México D. F., 1988).
- KELSEN (1952): «Was is ein Rechtsakt», *Österreichisches Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4 (1952), pp. 263-274 (trad. por Ulises Schmill, «¿Qué es un acto jurídico?», *Isonomía*, núm. 4, abril 1996).
- KELSEN (1960): *Reine Rechtslehre*, 2.^a y definitiva edición, revisada y ampliada, Viena, 1960 (trad. del original en alemán por R. J. Vernengo, *Teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979).

- KELSEN (1979): *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1979 (trad. del original en alemán, *Teoría General de las Normas*, ed. Trillas, México, 1994)
- MACCORMICK (1986): Neil MACCORMICK, «Law as institutional fact», en Neil MACCORMICK y Ota WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Co., Dordrecht, Holland, 1986.
- NINO (1985): Carlos Santiago NINO, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- ROSS (1958): Alf ROSS, *On Law and Justice*, Stevens and Sons Ltd., Londres, 1958, trad. por Genero R. Carrió, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994.
- ROSS (1961-a): «Validity and the conflict between legal positivism and natural law», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, IV, ahora en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 9-32.
- ROSS (1961-b): «On the concept 'State' and 'State organ' in Constitutional Law», ahora en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 83-106.
- ROSS (1967-a): «On self-reference and a difficult puzzle of Constitutional Law», ahora en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 47-81.
- ROSS (1967-b): «Rise and fall of the doctrine of Performatives», ahora en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 107-133.
- ROSS (1968): *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres (cit. por la trad. cast. de José S. P. Hierro, *Lógica de las Normas*, estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000; 1.ª ed. en castellano, Tecnos, Madrid, 1971).
- VON WRIGHT (1963): George Henrik von WRIGHT, *Norm and Action, A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres (citado por *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. por P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979).

La protección de la persona como sujeto expuesto al desarrollo tecnológico: la responsabilidad del fabricante de productos defectuosos en el Derecho norteamericano ¹

JUANA MARCO MOLINA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

«Tort law is intimately related to the rise of capitalism as both cause and effect. Because capitalism separates those who produce from those who own the means of production workers lose control over their own safety. Because capitalists have to maximize profit in a competitive market they must sacrifice the health and safety of others-workers, consumer, those affected by environmental danger. Tort law has reflected this compulsion in many ways...»

ABEL, RICHARD L.: «A Critique of American Tort Law», en Mac Neil, Sargent y Dawson (eds.), *Introduction to private law relationships*, North York, 1995, pp. 405 ss.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *La responsabilidad civil del fabricante en Norteamérica: la influencia de la jurisprudencia de los Estados Unidos:*
1. La evolución y el sustrato teórico de la jurisprudencia norteamericana: la tesis de la *responsabilidad objetiva* o aun sin culpa del fabricante en el contexto del *Welfare State*. 2. La necesidad de superar los requi-

¹ Este trabajo ha sido realizado gracias a una Beca de Especialización en Estudios Canadienses concedida en mayo de 2002 por el Ministerio de Asuntos Exteriores de Canadá. Agradezco la gentil colaboración del personal docente y de la Nahum Gelber Library de la Universidad McGill de Montréal y, particularmente, quiero reconocer a la profesora Madeleine Cantin-Cumyn, Catedrática de Derecho Civil de la citada Universidad, su cálida acogida.

sitos clásicos de la garantía contractual por vicios de la cosa vendida (*privity of contract*) y de la responsabilidad extracontractual (la exigencia de culpa del fabricante). 2.1. La superación de la exigencia de *privity of contract* o existencia de relación contractual entre el dañado y el causante del daño. 2.2. La superación de la exigencia de demostrar la culpa o negligencia del fabricante. 2.3. Las dudas suscitadas por la tesis de la responsabilidad objetiva del fabricante. El intento del *Restatement Third, Torts: Products Liability* (1997) de distanciarse de ella.—III. *La responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho canadiense*: 1. La cuestión competencial: la protección de la persona y de su patrimonio en el Derecho constitucional canadiense. 2. La responsabilidad civil del fabricante en el *common law* y en el *droit civil* canadienses. 2.1. Las reglas de la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos. 2.2. La responsabilidad contractual del fabricante de productos inseguros en el Derecho civil de Québec. 2.2.1. La extensión contra el fabricante de la garantía contractual por vicios ocultos de la cosa vendida. 2.2.2. El eventual concurso de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual contra el fabricante del producto inseguro.—*Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone poner de relieve la incidencia del Derecho de daños y, en concreto, de las reglas —judiciales y legales— sobre la responsabilidad del fabricante de productos inseguros en la protección de la persona². Específicamente, interesa mostrar cómo, desde la «revolución tecnológica» o segunda industrialización operada tras la II Guerra Mundial, toda persona se encuentra expuesta al riesgo potencial derivado de procesos productivos, que por ser automatizados y en serie, propician la intervención de fuerzas no siempre controlables por quienes las gestionan y capaces, además, de crear daños tendencialmente masivos³.

² «El riesgo de un daño a la salud creado por una empresa que lanza al mercado productos peligrosos pone de manifiesto la continuidad que existe entre los intereses de los consumidores y la temática de los derechos fundamentales de la persona... Las normas sobre la salud se aplicarían a todo ser humano y, en consecuencia..., se dirigirían no sólo a los fabricantes, importadores, vendedores... de productos destinados a consumidores entendidos como 'destinatarios finales', sino a todos aquellos que con su actividad pueden poner en peligro a las personas a través de la elaboración y distribución de productos...» (cfr. PARRA LUCÁN, M.³ Ángeles: *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990, p. 111).

³ «Se trata más bien de una de las manifestaciones de un fenómeno de carácter general: el de la responsabilidad de la empresa... La actividad constitutiva de empresa implica un riesgo constante, el pertinente a la actividad programada, que multiplica el riesgo del acto aislado» (cfr. ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel: *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, p. 25).

Es más, la onda expansiva de tales accidentes no necesariamente se detiene en el círculo de los consumidores del producto inseguro, sino que bien puede alcanzar a todo individuo: a quienquiera que, sin llegar a usarlo o consumirlo, entre fortuitamente en contacto con aquél (esto es, al *casual stranger*, a quien la doctrina especializada conoce como *bystander*)⁴.

Esa dimensión colectiva o socialmente expansiva del riesgo asociado a la producción tecnológica moderna tiene como correlativo una preocupación también social por resolverlo, que el poder público hará suya en el momento en que se consolide aquel modelo de Estado que asume como prioridad la asistencia e incluso el bienestar de los gobernados. No es de extrañar entonces que —como acto seguido se examina— los mecanismos jurídicos para proteger a la persona frente al desarrollo tecnológico se articulen en el marco del Estado social de Derecho o *Welfare State*. Ni tampoco ha de sorprender que sea en los Estados Unidos —en su jurisprudencia— donde antes se propusieron y ensayaron las primeras soluciones, puesto que fue allí también donde, durante el período de entreguerras del siglo XX, antes tomó impulso el *Welfare State*.

Nuestro análisis tomará, pues, como punto de partida la evolución de la jurisprudencia estadounidense y verificará su influencia en otro Derecho del contexto norteamericano, el Derecho canadiense. Al igual que el Derecho comunitario europeo, el Derecho canadiense se ha dejado guiar en este punto por el desarrollo de los Estados Unidos, si bien con importantes matices, siquiera sea por la confluencia en el territorio de Canadá y, particularmente en el Québec, de dos diversos sistemas jurídicos —el *civil* y el *common law*. Ahora bien, pese a ser presentados a menudo como antitéticos, va a poder comprobarse cómo en esta cuestión de la protección de la persona frente a los productos inseguros ambos sistemas no pocas veces llegan a confluir.

⁴ Así incluso en el ámbito español (cfr. MINISTERIO DE JUSTICIA: «Memoria que acompaña al Proyecto de Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», en SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (ed.): *Documentación preparada por el Congreso de los Diputados para la tramitación del Proyecto de Ley*, Documentación núm. 112, enero 1994, pp. 195-212, y, en especial, pp. 200, 207 y 216).

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FABRICANTE EN NORTEAMÉRICA: LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Por las razones arriba apuntadas, la cuestión de la responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos se sitúa en el contexto del Derecho norteamericano, teniendo, además, como epicentro los Estados Unidos.

«América –se ha dicho– es el país clásico de la responsabilidad por productos»⁵, dado que la jurisprudencia norteamericana ha sentado a este respecto unas pautas que cabe considerar hasta cierto punto universales. De hecho, la propia Directiva europea sobre la materia, la Directiva 1985/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos⁶, está impregnada de la influencia norteamericana⁷, ya que, para disciplinar la responsabilidad del fabricante, el legislador europeo se inspiró en el Derecho estadounidense⁸, no sólo por

⁵ «Amerika... ist das klassische Land der 'products liability'» (así, LORENZ, Werner: «Länderbericht und rechtsvergleichende Betrachtung zur Haftung des Warenherstellers», en *Arbeiten zur Rechtsvergleichung*, Frankfurt/Main y Berlín, 1966, núm. 28, pp. 5 ss. y, en esp., p. 33).

⁶ *Diario Oficial de la Comunidad Europea*, núm. L 210, de 7 de agosto de 1985.

⁷ La Directiva europea de 1985 está basada en un Convenio del Consejo de Europa de 27 de enero de 1977, sobre responsabilidad civil derivada de los productos en caso de lesiones corporales o de muerte, Convenio que parece haberse inspirado en el Derecho norteamericano por considerarlo el más progresista y evolucionado sobre la materia. Obsérvense así las concomitancias entre el concepto legal de *producto defectuoso* del Convenio [art. 2.c)] y de la Directiva (art. 6) y el propuesto por el § 402 A del *Restatement of the law, Second, On torts*. El *Restatement Second of Torts*, que data de 1964, es una síntesis de los criterios extraídos de las decisiones de los tribunales norteamericanos en materia de daños, que fue elaborada por el *American Law Institute* (actuando como Ponente o *Reporter* William Lloyd Prosser) con el propósito de guiar las sucesivas decisiones judiciales sobre la materia. En la actualidad, ha sido sustituido por el *Restatement Third, Torts: Products Liability* (cuyos Ponentes son los profesores James A. Henderson Jr. y Aaron Twerski), que data de 1997 y que –como indica su propia designación– ya no se ocupa en general del Derecho de daños, sino sólo específicamente de la responsabilidad por productos.

Como indicábamos, el citado § 402 A del *Restatement Second* aparece como inspirador de la noción europea de *producto defectuoso*, ya que lo define como «*unreasonably dangerous to the user or consumer*», fórmula que parece haber sido parafraseada tanto por el Convenio de 1977 [art. 2.c): «*le produit présente un 'défaut' lorsqu'il ne offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre...*»] como por la Directiva de 1985 (art. 6: «Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho...»).

⁸ Desde el punto de vista socioeconómico, varias razones explicarían, además, la aludida influencia estadounidense en el Derecho europeo: de una parte, las exigencias impuestas por los importadores norteamericanos a los exportadores europeos (p. ej., la contratación de un seguro de responsabilidad civil), con el fin de inducirlos a adaptar

haber sido éste, en su momento, el más progresista, sino por haber sido pionero en articular una explicación coherente de la responsabilidad empresarial en su conjunto.

1. LA EVOLUCIÓN Y EL SUSTRATO TEÓRICO DE LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA: LA TESIS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O AUN SIN CULPA DEL FABRICANTE EN EL CONTEXTO DEL *WELFARE STATE*

La preeminencia de la jurisprudencia estadounidense en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos está directamente relacionada con la temprana implantación en Estados Unidos del llamado Estado del bienestar (*Welfare State*) o Estado social de Derecho.

En efecto, como veremos, la *responsabilidad objetiva* o aun sin culpa del fabricante por la falta de seguridad de sus productos ha de ser entendida en consonancia con las corrientes de pensamiento que propugnan un Estado intervencionista y preocupado por el bienestar de sus ciudadanos.

Mientras que en Europa dicha filosofía del Estado sólo pudo consolidarse una vez superada la II Guerra Mundial⁹, en los Estados Unidos (menos afectados por las dos Guerras Mundiales) em-

sus productos a los niveles de seguridad exigidos por los tribunales norteamericanos (sobre este punto, *vid.* ALCOVER GARAU, Guillermo: *La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al Derecho español*, Madrid, 1990, p. 29). De otra, el sistema norteamericano de responsabilidad civil acabó constituyendo un inevitable punto de referencia para el legislador comunitario europeo por el hecho de que los representantes de la industria europea, temerosos de quedar sujetos a un régimen excesivamente severo de responsabilidad, adujeron con frecuencia ante él las consecuencias supuestamente nefastas que, para la industria de los Estados Unidos, derivaban del régimen de responsabilidad objetiva aplicado por la jurisprudencia de ese país (cfr. PARRA LUCÁN: *op. cit.*, p. 35).

⁹ En Europa, el despuntar del *Welfare State* se asocia con la implantación en Gran Bretaña, en 1948, bajo el mandato del Primer Ministro laborista Clement Attlee, del *National Health Service* o sistema público de seguridad social. Dicho sistema se basó en el llamado *Beveridge Report* (*Social Insurance and Allied Services*), presentado al Parlamento británico en 1942 por el fabianista Lord Beveridge (William Henry Beveridge), director de la *London School of Economics* de 1919 a 1937. En 1948, el *Premier Attlee* anunció querer introducir el *Welfare State* o Estado del bienestar diseñado por el *Informe Beveridge*. La expresión «*Welfare State*» podría haber sido acuñada por el propio Attlee, puesto que no la utiliza textualmente el *Plan Beveridge*.

Ahora bien, en realidad, la paternidad de la expresión parece no ser única. Al margen de que hay atisbos de su uso ya en algunos economistas políticos del siglo XIX (como Nassau Senior, artífice de la «*English Poor Law*» de 1834, quien, en 1847, declaraba que «*It is the duty of a government to do whatever is conducive to the welfare of the governed*», o como Richard Oastler, quien, en sus *Fleet Papers*, de 1842, se re-

pieza a abrirse paso ya en los años treinta del siglo xx, coincidiendo con el mandato de Franklin Delano Roosevelt. Roosevelt ¹⁰, XXXII Presidente de los Estados Unidos, llegó al poder en 1933, en la época de la *Gran Depresión*, subsiguiente a la crisis económica de 1929. Su programa de gobierno, el *New Deal*, de inspiración keynesiana, propugnaba, además de acentuadas medidas sociales, una decidida intervención del Estado en la economía, supliendo a la iniciativa privada allí donde ésta no puede o no quiere intervenir ¹¹.

Ese modelo de Estado intervencionista y socialmente preocupado subsiste en Norteamérica tras la II Guerra Mundial y es en ese caldo de cultivo donde empezaron a germinar tanto las tesis como las decisiones judiciales que sentaron las bases de la futura responsabilidad objetiva o aun sin culpa del fabricante por los daños causados por sus productos. Con todo, pese a que ya en esa época (los años cuarenta del siglo xx), se inscriben algunas de las decisiones pioneras de esa construcción (la célebre *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno* data de 1944) ¹², hay que considerarlas

fería ya a la necesidad de un «*social state*»), el uso de la fórmula en su sentido actual parece haberse hecho general a ambos lados del Atlántico después de la II Guerra Mundial. Así lo demuestra una «*Employment Act*» o ley de empleo de los Estados Unidos que, en 1946, poco después del «Plan Beveridge», comprometía al Gobierno Federal a promover «*maximum employment... and the general welfare...*» (cfr. BRIGGS, Asa: término «*Welfare State*», en *The Dictionary of the History of Ideas*», accesible en la dirección electrónica etext.lib.virginia.edu/DicHist/dict.html).

¹⁰ 1882-1945.

¹¹ Con todo, el papel del *New Deal* de F. D. Roosevelt como avanzadilla del *Welfare State* ha sido también justamente relativizado. Así, al plan de Roosevelt se le achaca haber constituido un mero paquete de medidas dirigidas a salir de una situación de emergencia y haberse limitado a actuar en los frentes de más urgente o imperativa necesidad coyuntural (desempleo, rentas bajas y protección de los discapacitados), pero sin haber podido o querido ir más allá. Ello explicaría que, ni a lo largo del prolongado mandato de Roosevelt ni tampoco posteriormente, haya llegado a crearse en Estados Unidos un sistema público de seguridad social o asistencia médica gratuita generalizada, como sí logró, en cambio, articularse en Gran Bretaña poco después de la II Guerra Mundial (cfr. *supra* nuestra nota 9).

Para una relativización del papel pionero del *New Deal* en la vertebración del Estado del bienestar, cfr. BRIGGS, Asa: término «*Welfare State*», en *The Dictionary of the History of Ideas*, accesible en la dirección electrónica etext.lib.virginia.edu/DicHist/dict.html: «*Roosevelt's policies, eclectic in character, have been hailed as landmarks in the history of the welfare idea and in the evolution of empirical collectivism... Yet it is certainly difficult to call the United States of the 1930's a 'welfare state'. All best it was a society where a series of improvisations reduced the extent to which the market dictated living conditions of individuals and families and where social and political gospels were publicly expressed.*».

¹² Nos referimos a una sentencia del Tribunal Supremo de California de 5 de julio de 1944 (cfr. [1944] 150, *Pacific Reporter*, 2d. Series, pp. 436 ss.), pionera en exigir la responsabilidad objetiva o aun sin culpa del fabricante como mecanismo de re-

precedentes aislados, puesto que la aludida concepción no se consolida hasta los años sesenta, coincidiendo con el despegue tecnológico y de la producción y del consumo en masa.

2. LA NECESIDAD DE SUPERAR LOS REQUISITOS CLÁSICOS DE LA GARANTÍA CONTRACTUAL POR VICIOS DE LA COSA VENDIDA (*PRIVITY OF CONTRACT*) Y DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL (LA EXIGENCIA DE CULPA DEL FABRICANTE)

Hasta que –en los años sesenta, como decíamos– adquirió carta de naturaleza en la jurisprudencia norteamericana la necesidad de hacer responsable al fabricante de un producto inseguro, abstracción hecha de su culpa o negligencia, las alternativas jurídicas manejadas no garantizaban suficientemente la reparación del daño por el producto.

2.1 La superación de la exigencia de *privity of contract* o existencia de relación contractual entre el dañado y el causante del daño

Así, las reglas de los códigos civiles continentales y de las leyes anglosajonas de compraventa sobre la garantía por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida se revelaron insuficientes por varias razones:

a) Porque se trata de reglas pensadas como garantía de la calidad y no necesariamente de la seguridad del bien objeto de trá-

distribución social de los costes del progreso: «*Even if there is no negligence, however, public policy demands that responsibility be fixed whatever it will most effectively reduce the hazards to life and health inherent in defective products that reach the market... Those who suffer injury from defective products are unprepared to meet its consequences. The cost of an injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured, and a needless one, for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business...*».

Pese a que, como indicamos en el texto, dicha decisión constituye un precedente aislado (confirma su escasa repercusión en su propia época PRIEST, George L.: «The invention of enterprise liability: a critical history of the intellectual foundations of modern tort law», en [1986] 14-15 *Journal of Legal Studies*, pp. 461 ss. y, en esp., p. 498), sus tesis acabarán encontrando adhesiones –en un contexto más favorable– gracias a una posterior decisión (*Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, cit. *infra*), emanada en los años sesenta del mismo Juez (Roger J. Traynor) y Tribunal (Tribunal Supremo de California, 24 de enero de 1962).

fico¹³. Con ellas, se pretende asegurar al comprador que la cosa vendida presenta las aptitudes y cualidades propias de los bienes de su misma naturaleza, así como aquéllas que la hacen adecuada para el uso que particularmente requiere de ella el comprador¹⁴. En cambio, no se le pone necesariamente a salvo de los daños causados por el bien adquirido, ya que –al menos en el Derecho de inspiración continental– sólo responde por daños el vendedor de mala fe¹⁵ o que proporcionó el producto a sabiendas de su falta de calidad (cfr. art. 1728 *Code civil du Québec*)¹⁶.

¹³ Alude a la distinción entre defectos de *calidad* y de *seguridad* la sentencia del Tribunal Superior de Connecticut de 13 de octubre de 1965, asunto *Mitchell v. Miller* (cfr. 214 [1965] *Atlantic Reporter, 2d Series*, pp. 695 y, en esp., p. 698). Sobre esa misma distinción en Canadá, *vid.* la sentencia de 27 de agosto de 1973 de su Tribunal Supremo, asunto *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works and Walkem Machinery & Equipment* (1974 *Recueil de la Jurisprudence de la Cour Suprême*, pp. 1189 ss.): «*Their duty [of manufacturers] does not however end if the product, although suitable for the purpose for which it is manufactured and marketed, is at the same time dangerous to use; and if they are aware of its dangerous character they cannot, without more, pass the risk of injury to the consumer*» (así en la p. 1210 de la sentencia citada).

Como se desprende del pasaje transcrito, si bien todo defecto de *seguridad* lo es a la vez de *calidad* (así también JOBIN, Pierre Gabriel, y DESLAURIERS, Jacques: capítulo dedicado a la *compraventa* del volumen *Obligations et Contrats*, vol. 5.º de la *Collection de Droit, Éditions Ivon Blais Inc.*, 1997, pp. 149 ss. y, en especial, p. 178), puesto que el producto inseguro no se ajusta a las expectativas del comprador, la proposición contraria no es, en cambio, cierta: no todo producto falto de calidad o incapaz de satisfacer al comprador es necesariamente «*unreasonably dangerous*».

¹⁴ Recogen la expuesta dualidad (de una parte, la exigencia de *merchantability* o concurrencia en la cosa de las cualidades ordinarias y, de otra, la concurrencia en ella de aquellas cualidades que, aun sin ser habituales, fueron particularmente requeridas por el comprador), que determina que la cosa vendida sea conforme con el contrato celebrado, todas las leyes anglosajonas de compraventa, desde la precedente Ley británica de compraventa de 1893 (*Sale of Goods Act*; *vid.* su art. 14) hasta el vigente *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos, cuya última versión data de 2001 (*vid.* sus §§ 2-314 y 2-315). En cambio, los códigos de corte continental se conformaban hasta ahora con la aptitud de la cosa para el uso ordinario o al que normalmente se la destina (así, p. ej., el art. 1726 *Code civil du Québec*, inspirado, al igual que el art. 1485 de nuestro CC, por el art. 1643 CC francés). Ahora, en cambio, por influencia de la Directiva europea 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo, la exigencia legal de conformidad de la cosa vendida con el contrato se amplía –cuando menos, para esa clase de ventas– en el sentido indicado para el Derecho anglosajón: la cosa vendida sólo se considerará conforme con el contrato celebrado si, además de ser objetivamente comerciable (*merchantable*), se adapta al uso particularmente requerido de ella por el consumidor en el contrato [cfr. art. 2.2, apdos. b), c) y d) de la Directiva citada].

¹⁵ A los inconvenientes indicados en el texto, hay que sumar aún otro: la imposibilidad de que el vendedor intermediario pueda llegar a conocer los defectos de las mercancías que maneja, dado que éstas pasan por sus manos envasadas, embaladas o precintadas y en esas mismas condiciones las dispensa a los consumidores: «... *the middleman has no means of discovering a defect. Should a retailer of canned food, for instance, be held liable if a can is spoiled, a retail druggist if a prescription drug turns out to have side effects?*» (así, KESSLER, Friedrich: «Products Liability», 76 [1967] *The Yale Law Journal*, pp. 887 ss.; cfr. p. 936).

¹⁶ No obstante, como veremos *infra* en el epígrafe III, 2.2.1, el expuesto inconveniente se ve notablemente atenuado en el *Code civil du Québec*, dado que el citado

b) Es más, incluso en los casos en que debe responder el vendedor por ser de mala fe o por haber debido conocer los defectos, la satisfacción que puede llegar a proporcionar al comprador o a la pluralidad de compradores dañados por el mismo tipo de producto puede ser muy limitada, si el vendedor es un detallista o un pequeño comerciante de escasa solvencia.

c) Pero, sobre todo, el principal inconveniente de las reglas contractuales de la garantía es que las mismas resultan inaplicables en infinidad de casos. Así, no lo son cuando el producto no ha sido proporcionado al usuario por el propio fabricante, que es lo que suele ocurrir en la economía moderna, caracterizada por una larga serie de distribuidores interpuestos entre el fabricante y el consumidor. Mucho menos lo son cuando el dañado por el producto ni siquiera es su usuario, sino un mero *bystander*, que es el término con el que –según vimos (cfr. *supra* nota 4)– comúnmente se designa al individuo que, sin llegar a usarlo, se ve alcanzado por la onda expansiva de un producto defectuoso.

Pues bien, pensando precisamente en ese género de casos, se vio obligada la jurisprudencia norteamericana a intentar soslayar el requisito de la *privity of contract* (o exigencia de relación contractual entre el dañado y el causante del daño) hasta llegar a declarar la responsabilidad *directa* del fabricante hacia el público usuario de sus productos en general.

La evolución de esa tendencia jurisprudencial gravita sobre una serie de precedentes harto señalados. Así, partiendo del inicial precedente negativo que representa la decimonónica decisión británica *Winterbottom v. Wright*, de 1842¹⁷, la aludida evolución

artículo 1728 CcQ (y, en realidad, ya antes su antecedente, el art. 1527 *Code civil du Bas Canada*) establece en perjuicio del fabricante y del vendedor profesional una presunción indestructible de conocimiento del defecto.

¹⁷ Sobre la necesidad de superar el criterio sentado por esa decisión, *vid.* PROSSER y KEETON, quienes la tildan de «espina atragantada en la garganta del legislador» («*a fishbone in the throat of the law*»), ya que le imputan haber dejado bien establecida en la jurisprudencia del siglo XIX la regla general de que «*the original seller of goods was not liable for damages caused by their defects to anyone except his immediate buyer, or anyone in privity of him*» (cfr. PROSSER, William Lloyd, y KEETON, Werdner Page: *On the law of torts*, St. Paul [Minn.], 1984 [5.^a ed.], p. 681).

En efecto, la citada decisión británica del Tribunal del Exchequer, de 6 de junio de 1842 (cfr. [1842] *The English Reports. Exchequer Division*, pp. 402 ss.) deniega reparación a *Winterbottom*, cochero de la línea regular del Servicio de Correos, quien quedó inválido al salir despedido durante un trayecto por un fallo del vehículo negligentemente fabricado y mantenido por el demandado Wright. Pese a la probada negligencia de éste, el Tribunal sostuvo que el único legitimado a reclamarle era su parte contractual, la Compañía de Correos, y no el propio sujeto dañado, so pena –argumenta la sentencia– de abrir así el paso a la reclamación de «cualquiera», esto es, de cualquier

apunta ya en los asuntos *Thomas v. Winchester* (1852) y *Ketterer v. Armour* (1912), despegando en la resolución del caso *McPherson v. Buick* (1916), emanada del reputado Juez Benjamin N. Cardozo, y, por fin, se consolida en otra decisión británica, *Donoghue v. Stevenson* (1932)¹⁸, celebrada por la jurisprudencia y la doctrina del *common law* como la definitiva superación del requisito de la *privity of contract*.

El proceso intelectual seguido por las indicadas decisiones sería –de modo esquemático– el siguiente: las mismas empiezan declarando que, tratándose de productos intrínsecamente peligrosos¹⁹, la reparación del dañado no puede depender de los «recove-

individuo jurídicamente desvinculado del fabricante: «*There is no privity of contract between these parties; and if the plaintiff can sue, every passenger, or even any person passing along the road, who was injured by the upsetting of the coach, might bring a similar action. Unless we continue the operation of such contracts as this to the parties who entered into them, the most absurd and outrageous consequences, to which I can see no limit, would ensue*» (así en la p. 403 de la citada resolución).

¹⁸ Se trata de una sentencia de 26 de mayo de 1932, emanada de la Cámara de los Lores (*House of Lords*), en su función de tribunal de apelación. La decisión (recopilada en [1932] *House of Lords. Appeal Cases*, pp. 562 ss.) estimó el derecho de la demandante a ser resarcida por los daños físicos y la conmoción nerviosa sufrida al beber de una botella de cerveza de jengibre en la que se encontraron restos de un caracol en descomposición, condenando al fabricante de la bebida con la siguiente argumentación: «... by Scots and English Law alike a manufacturer of products, which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him with no possibility of intermediate examination, and with the knowledge that the absence of reasonable care in the preparation or putting up of the products will result in an injury to the consumer's life or property, **owes a duty to the consumer to take that reasonable care**» * (así en la p. 599 de la citada decisión).

* La negrita es mía. Precisamente por enunciar ese deber general de cuidado (*duty of care*) aun al margen de toda relación jurídica entre los afectados, las transcritas consideraciones de Lord Atkin en la citada sentencia se consideran un decisivo precedente, no sólo en materia de responsabilidad por productos, sino para el Derecho de daños en general. Así lo reconocen algunos tratados básicos de responsabilidad extracontractual (*vid.* por todos KLAR, Lewis N.: *Tort Law*, Scarborough, 1996, pp. 133 ss., y SOLOMON, Robert M.; FELDTHUSEN, Bruce P., y KOSTAL, R. W.: *Cases and materials on the law of torts*, Barrie, 1996, pp. 220 ss.).

¹⁹ Cfr. la decisión del Tribunal de Apelación de Nueva York de julio (sin fecha) de 1852, recaída en el asunto *Thomas v. Winchester* (57 *American Decisions*, pp. 455 ss.). En la citada sentencia, se hace responsable a *Winchester*, patrono del químico *Gilbert*, quien, por error, embotelló un veneno (belladona) con la etiqueta correspondiente a un producto digestivo (*dandelion* o extracto de diente de león). Después de pasar por sucesivos distribuidores, el producto acabó en manos del actor, *Thomas*, quien lo administró a su esposa, cuya vida llegó a verse en peligro. Pese a la falta de relación contractual entre la perjudicada y el introductor del producto en el mercado, el tribunal decretó la responsabilidad de este último, derivada, no de la relación de venta, sino de la infracción del deber de cuidado que incumbe a quienes manejan y ponen su marca –suscitando así la confianza del consumidor– en productos intrínsecamente peligrosos: «*The defendant's negligence put human life in imminent danger... The defendant's duty arose out of the nature of his business and the danger to others... The duty of exercising caution in this respect did not arise out of the defendant's contract of sale... The wrong done by the defendant was in putting the poison, mislabeled into*

cos de la cadena de ventas»²⁰, hasta que, por fin, abstrayéndose de cuál sea la naturaleza del producto, establecen el deber general de cuidado del fabricante por los productos que introduce en el mercado²¹, dado que, incluso los productos aparentemente inofensivos pueden revelarse peligrosos si han sido fabricados o mantenidos sin el debido o razonable cuidado²².

the hands of Aspinwall [el profesional parte contractual de Thomas] as an article of merchandise to be sold and afterwards used as the extract of dandelion, by some person then unknown... The defendant, by affixing the label to the jar, represented its contents to be dandelion; and to have been 'prepared' by his agent, Gilbert... the article was manufactured by him, or... had passed through some process under his hands, which would give him personal knowledge of its true name and quality».

²⁰ Así, según establece la sentencia de 24 de septiembre de 1912, recaída en el asunto *Ketterer v. Armour* (vid. la sentencia de la fecha citada de la *District Court of the United States for the Southern District of New York* en 200 *Federal Reporter*, pp. 322 ss.), «*the remedies of injured consumers ought not to be made to depend upon the intricacies of the law of sales. The obligation of the manufacturer should not be based alone upon privity of contract. It should rest, as was once said, 'upon the demands of social justice'. The producer should be held responsible for the results of negligence acts which he can readily foresee... The natural, probable and almost inevitable result of his negligence will be injury to the consumer and, in my opinion, every consideration of law and public policy requires that the consumer should have a remedy. If there are no authorities which grant one it is high time for such an authority».*

²¹ El mérito de imponer un deber de cuidado al fabricante, sea cual fuere la naturaleza de sus productos, corresponde a la decisión del célebre juez Cardozo, recaída en el asunto *McPherson v. Buick* (cfr. sentencia del Tribunal de Apelación de Nueva York de 14 de marzo de 1916, en 111 *Northeastern Reporter*, pp. 1050 ss.). En última instancia, la posterior trascendencia de dicha decisión estriba, no sólo en haber desvinculado el indicado deber de diligencia de la naturaleza intrínsecamente peligrosa del producto, por considerar que cualquier producto defectuosamente construido es una potencial fuente de daños, sino, además, en haber establecido que la fuente de ese deber es, ya no el contrato, sino la propia ley: «*We hold, then, that the principle of Thomas v. Winchester [vid. nota 19] is not limited to poisons, explosives, and things of like nature, to things which in their normal operation are implements of destruction. If the nature of a thing is such that it is reasonable certain to place life and limb in peril when negligently made, it is then a thing of danger... If to the element of danger there is added knowledge that the thing will be used by persons other than the purchaser, and used without new tests, then, irrespective of contract, the manufacturer of this thing of danger is under a duty to make it carefully... We have put aside the notion that the duty to safeguard life and limb, when the consequences of negligence may be foreseen, grows out of contract and nothing else. We have put the source of the obligation where it ought to be. We have put its source in the law... It is true that the court told the jury that 'automobile is not an inherently dangerous vehicle'. The meaning, however, is made plain by the context. The meaning is that danger is not to be expected when the vehicle is well constructed... The principle that the danger must be imminent does not change, but the things subject to the principle do change. They are whatever the needs of life in a developing civilization require them to be».*

²² Según llega a reconocerse en una de las decisiones anteriormente citadas (en la influyente *Donoghue v. Stevenson* de 1932 [vid. supra nota 18], que sigue en este punto a la también referida *McPherson v. Buick* [cfr. nota anterior]), son precisamente los productos aparentemente inofensivos los que pueden revelarse más peligrosos, puesto que se comportan «como lobos con piel de cordero»: «*Personally, I do not understand the difference between a thing dangerous in itself, as poison, and a thing not dangerous as a class, but by negligent construction dangerous as a particu-*

A través de esas decisiones (que encuentran eco en el *common law* canadiense)²³, se llega, pues, a la afirmación de un deber de cuidado del fabricante hacia el público usuario de sus productos en general, deber que es independiente de toda relación contractual con tales usuarios, ya que lo imponen la propia ley y el orden público²⁴. Sólo en una posterior fase de la evolución jurisprudencial sobre la materia, llegarán a superarse incluso las dificultades de obtener reparación del llamado *bystander*, esto es, del sujeto que —como decíamos (*vid. supra* nuestra Introducción)— se ha visto perjudicado sin haber usado siquiera el producto defectuoso²⁵.

lar thing. The latter, if anything, seems the most dangerous of the two; it is a wolf in sheep's clothing instead of an obvious wolf» (*vid.* las consideraciones de Lord Atkin en las pp. 596 y 598 de la decisión transcrita).

²³ Así, la sentencia del Tribunal de Apelación de Ontario de 13 de noviembre de 1936, recaída en el asunto *Shandloff v. City Dairy* (cfr. [1936] *Ontario Reports*, pp. 579 ss.), podría considerarse paralela a la ya referida de los Estados Unidos sobre el asunto *McPherson v. Buick* (cfr. *supra* nota 21), por cuanto declara, al igual que ella, que cualquier producto (incluso inofensivo) negligentemente fabricado es susceptible de convertirse en fuente de daños para quien lo consume: «... [A] manufacturer who prepares and puts upon the market food in a container which prevents examination by the ultimate consumer is liable to the ultimate consumer for any defects which exist in the goods so marketed which arise from negligence or lack of care».

En otra decisión canadiense anterior incluso a la citada, se reconoce la adhesión a las tesis de la restante jurisprudencia anglosajona en cuanto a la necesidad de superar el requisito de *privity of contract* y en cuanto a la afirmación del deber de cuidado del fabricante hacia el público en general. *Vid.* así la sentencia de 17 de diciembre de 1919 del Tribunal Supremo de Nueva Escocia (cfr. 50 *Dominion Law Reports*, pp. 408 ss.), relativa al asunto *Buckley v. Mott*, donde se dirime la responsabilidad por las lesiones sufridas por el actor al ingerir una chocolatina en la que se encontraron restos de vidrio: «*In the American Courts it is held that where defendants manufacture and put a dangerously faulty article in its stock for sale, they are therein negligent and liable to an action for such negligence, it being the proximate cause of injury to plaintiff without any reference to contract relation existing between him and the plaintiff. After examining the numerous cases on the subject, both English and American, I conclude that there was a duty to the public not to put on sale such a dangerous articles as the chocolate bar in question*».

Esa necesidad de superar el obstáculo que representa la inexistencia de relación contractual entre el dañado y el fabricante no resulta, en cambio, tan acuciante en la jurisprudencia quebequesa. Como se verá más adelante en el texto, en Québec no se suscita hasta el mismo punto ese imperativo, dada la peculiar extensión que allí se asigna al deber de garantía del vendedor, deber que se extiende a todos los integrantes de la cadena de distribución del producto, hasta alcanzar al propio fabricante, en tanto que introductor del producto en el mercado (cfr. *infra* epígrafe III, 2.2.1).

²⁴ «*Every consideration of law and public policy*» (así lo afirmaba la ya referida sentencia *Ketterer v. Armour*; cfr. *supra* nuestra nota 20).

²⁵ Sobre la falta de protección del *bystander* todavía en ese estadio de la evolución jurisprudencial, *vid.* las consideraciones del *Restatement, Second, Torts* (cit. *supra* en nuestra nota 7), donde en el comentario al § 402 A [(cfr. apdo. o), pp. 356-357 del comentario cit.] se indica: «*Casual bystanders, and others who may come in contact with the product, as in the case of... a passer-by injured by an exploding bottle... have been denied recovery... [T]he social pressure which has been largely responsible for the development of the rule stated has been a consumer's pressure, and there is not the same demand for the protection of casual strangers*».

2.2 La superación de la exigencia de demostrar la culpa o negligencia del fabricante

Pese a que la evolución trazada en el epígrafe anterior permitió establecer –al prescindir de la exigencia de relación contractual entre el usuario dañado y el fabricante– la directa responsabilidad de éste hacia el público consumidor de sus productos, la siguiente dificultad a que se enfrenta el usuario que reclama la reparación de los daños causados por un producto defectuoso es la necesidad de demostrar la negligencia o falta de cuidado de quien lo ha fabricado, dado que –como es bien sabido– la responsabilidad extracontractual exige que el daño por el que se reclama haya sido causado interviniendo cualquier género de culpa o negligencia.

Pues bien, dada la sofisticación de la producción técnica moderna, es harto probable que al dañado le sea imposible demostrar la culpa o negligencia del fabricante, dado que el consumidor ordinario desconoce las interioridades de los complejos procesos productivos propios de la sociedad industrializada. Es más, puesto que el maquinismo y la producción masiva y en serie propician la intervención de fuerzas que el hombre no controla, es incluso concebible que esa culpa o descuido ni siquiera existan (o no puedan llegar a detectarse). Hay que contar, pues, con la posibilidad de productos defectuosos dentro de la serie, sin que esos defectos puedan llegar a ser imputados a la específica conducta de un agente concreto.

Al expuesto panorama, se le suma aún otro factor, propiciado asimismo por el carácter masivo o seriado de la fabricación y comercialización de productos propio de la segunda mitad del siglo xx: la posibilidad de que un mismo producto llegue a causar daños a un incontable número de afectados, con el agravante de que, muchas veces, el estado de los conocimientos científicos y técnicos del momento de la puesta en circulación del producto ni siquiera permitía anticipar sus riesgos (problemática ésta que la doctrina especializada designa como *riesgos del desarrollo*)²⁶.

²⁶ A este respecto, son casos arquetípicos el del tristemente célebre medicamento *Contergan-Thalidomida*, introducido en el mercado en 1957 y cuyos severos efectos teratógenos no pudieron ser constatados hasta 1961 (cfr. http://www.contergan-hamburg.de/contergan_2.html).

En Estados Unidos, evidencian asimismo el aludido problema las reclamaciones contra las compañías tabaqueras por afectados de cáncer de pulmón en los años sesenta (*vid.* la relación de casos consignada en PROSSER y KEETON: *op. cit.*, p. 700, nota 34) y los más recientes casos de contaminación por asbesto a partir de los años ochenta (sobre ellos, cfr. WERTHEIMER, Ellen: «Unknowable dangers and the death of strict products liability: the empire strikes back», en (1992) 60 *University of Cincinnati Law Review*, pp. 1183 ss., y, en esp., pp. 1213 ss.).

Fue precisamente la indicada situación la que motivó, a partir de los años cincuenta y sesenta del pasado siglo, que corresponden al despegue tecnológico y del consumo masivo, la preocupación, en el marco del Estado social de Derecho, por una más justa distribución de los costes del progreso. Es entonces cuando empieza a tomar cuerpo la solución de la responsabilidad –además de *directa* o sin necesidad de contrato, como veíamos en el epígrafe anterior– *objetiva* (o aun sin culpa) del fabricante por los daños suscitados por su producción industrial. El mérito de haber dado con esa solución corresponde –tal y como hemos venido anticipando– a la jurisprudencia estadounidense²⁷, que apoya sus decisiones en el sustrato argumental que le proporcionan determinados teóricos de la responsabilidad empresarial. Entre ellos, debe destacarse a Fleming James y a Friedrich Kessler, cuyas ideas fueron asumidas y divulgadas por Prosser²⁸, Ponente o *reporter* del *Restatement Second on Torts* (1963), síntesis de las decisiones de los tribunales norteamericanos promovida por el *American Law Institute* con el propósito de servir de guía a futuras decisiones judiciales²⁹.

En síntesis, los argumentos que sustentan esa responsabilidad objetiva del fabricante son los siguientes:

– Partiendo de la desigual posición de consumidores y empresarios en el mercado, el daño causado por un producto debe recaer sobre estos últimos, porque son ellos quienes controlan el proceso productivo (y, por ende, la calidad y la seguridad de los productos), mientras que el consumidor, que se limita a realizar puntuales actos de adquisición de bienes, carece de toda influencia sobre él³⁰.

²⁷ Véanse las decisiones judiciales citadas *supra* en nuestro epígrafe 2.1.

²⁸ Como trabajos más significativos de ambos, pueden citarse, respectivamente, JAMES, Fleming: «Products Liability», 34 [1955-56] *Texas Law Review*, pp. 44 ss., y KESSLER, Friedrich: «Products Liability», 76 [1967] *The Yale Law Journal*, pp. 887 ss.

Sin ir más lejos, la importancia de dichos autores radica en haber proporcionado un sustrato teórico a William Lloyd PROSSER, autor de considerable influencia por haber sido –como sabemos– Ponente o *Reporter* del *Restatement 2d* (cfr. *supra* nota 7), pero cuyo mérito como teórico (cfr. «The assault upon the citadel [Strict liability to the consumer]», en [1960] 69 *The Yale Law Journal*, pp. 1099 ss.) estriba más en haber actuado como divulgador de tesis ajenas que en la originalidad de las propias ideas.

²⁹ Cfr. *supra* nota 7.

³⁰ Cfr. KESSLER: *loc. cit.*, p. 926: «This imbalance is due to factors such as the consumer's lack of technical knowledge... and his lack of opportunity to inspect due the rapid flow of goods... The manufacturer, by contrast, is or should be much better able to judge the quality of the items which he produces and the statistical probability of a defect». El transcrito argumento de KESSLER lo acoge el *comment c*) al § 402 A del *Restatement 2d*, p. 348.

– Al hacerse al fabricante responsable aun sin culpa, se reduce el riesgo de futuros accidentes, ya que se le induce a invertir y a investigar en la obtención de productos más seguros³¹.

– Y, sobre todo, el argumento decisivo sería que es el fabricante quien crea el riesgo con su actividad y quien se beneficia de él, de manera que el coste de los accidentes debe ser concebido como precio de su provecho.

En realidad, esta idea del accidente como coste empresarial es incluso anterior a la cuestión de la responsabilidad por productos y más general. Procede de la regulación que se dio a los accidentes de trabajo en las primeras décadas del siglo XX, tanto en Estados Unidos³² como en Gran Bretaña. Tal regulación –conocida como *Workers' Compensation*– parte de la premisa de que la empresa está en mejor situación que el trabajador herido de soportar el coste del accidente, ya que puede trasladar el coste del seguro de accidentes que –presupuesto su deber de cobertura– se verá abocada a contratar al público consumidor (y, en definitiva, al conjunto de la sociedad), repercutiéndolo en el precio de sus productos. El propio Francis Bohlen, abogado puntero en materia de accidentes laborales y principal impulsor de la legislación de Pennsylvania sobre *Worker's Compensation*, trasladó al ámbito de la responsabilidad por productos algunos de sus razonamientos sobre la necesidad

³¹ De todos los argumentos expuestos, era éste quizá el más endeble, pues también se sostuvo que, por el contrario, el rigor del régimen de responsabilidad objetiva induciría a la industria a retraerse y a abstenerse de experimentar. A este respecto, un balance realizado bastantes años después aporta un resultado matizado, constatándose que los efectos de este régimen de responsabilidad difieren para los diversos sectores industriales: «*The answer will change from industry to industry, and from corporation to corporation. Product liability may have inhibited the distribution of some new products. Examples suggested by the pharmaceutical industry immediately come to mind. Although large corporations are able to spread the risk and costs of product liability over a large volume of sales and income, some American risks are so substantial that even large multi-national do not wish to accept the exposure. Most businesses attempt to obtain insurance to cover the risk. In some industries, such as the automotive industry, innovation can actually improve product liability exposures, while in others, such as the pharmaceutical industry, innovative new products can attract debilitating claims. We do not believe that the American economy has suffered from a lack of innovation solely due to the product liability laws of the United States...*» (cfr. THOMAS, Bruce A., y THEALL, Lawrence G.: «Product Liability and Innovation: A Canadian Perspective», en [1994-95] 20-21 *Canada-United States Law Journal*, pp. 313 ss.; cfr. p. 322).

³² La protección del trabajador por accidente laboral fue en Estados Unidos relativamente tardía. Las primeras leyes norteamericanas sobre *Workers' Compensation* fueron las de los Estados de Kansas y Washington, que datan ambas del 14 de marzo de 1911 (cfr. GAGLIARDO, Domenico: «The First Kansas Workmens' Compensation Law», en [1940] 9, núm. 4 *Kansas Historical Quarterly*, pp. 384-397, accesible en la dirección electrónica http://www.kancoll.org/khq/1940/40_4_gagliardo.htm).

de imputar al empresario el accidente laboral y el industrial en general³³.

Mediado el siglo XX, fueron los ya citados teóricos de la responsabilidad del fabricante, James³⁴, Kessler y Prosser, quienes dieron cuerpo a ideas que habían sido sólo esbozadas por Bohlen a principios de siglo³⁵. En definitiva, fueron sus argumentos los que trasladaron al ámbito de la responsabilidad por productos la tesis de la función distributiva o de colectivización o socialización del riesgo que debe cumplir la responsabilidad empresarial: a través de la responsabilidad objetiva o aun sin culpa impuesta al fabricante,

³³ Cfr. BOHLEN, Francis H.: «The Basis of Affirmative Obligations in the Law of Torts», en [1905] *The American Law Register*, pp. 209 ss., 273 ss. y 337.

BOHLEN, quien imputa al empresario el accidente laboral, porque es quien sitúa al trabajador en una situación de riesgo de la que él se beneficia (cfr. p. 273 del trabajo citado), aplica un razonamiento análogo a la responsabilidad empresarial por productos: «*While it is highly burdensome to require that the manufacturer shall answer to all the world that the article he makes contains no hidden defect which he himself could not by proper conduct of his business prevent, it is not too much to ask that he shall conduct his business carefully, otherwise the manufacturer who obtains the profits from the business is relieved from all liability for injuries caused by the manner in which he conducts it. He is allowed to reap the profits enhanced by the saving inherent in cheap labor, insufficient equipment, inferior material, and generally incompetent and careless supervision and management, while those who must use his product bear the burden and pay the price in insufficient protection... To encourage commerce and industry by removing all duty and incentive to protect the public is to invite wholesale sacrifice of individual rights on the altar of commercial greed*» (así BOHLEN: *loc. cit.*, pp. 354-355).

En realidad, del fragmento transcrito se infiere que, aunque BOHLEN no desliga todavía la responsabilidad empresarial de la noción de *culpa*, no se trata ya de la exigencia técnica de *culpa o negligencia* como presupuesto sin el cual no cabe obtener la reparación de un daño concreto, sino de una culpa inespecífica o en abstracto, consistente en la indebida gestión de la propia actividad industrial.

³⁴ Así, véase cómo JAMES expone la conveniencia de trasladar al ámbito de la responsabilidad por productos los resultados previamente alcanzados en materia de accidentes laborales y de tráfico: «*From a functional point of view, products liability cases are part of the accident field. The injuries they involve are like the injuries in industry and on the highways –tangible personal injury or property damage or death–. They happen to the same kind of people, and the individual and social repercussions are similar. They are a by-product of profitable enterprise –increasingly attributable to large-scale enterprise–. Their cost can be widely distributed through that enterprise... As the accident toll of modern life has increased, the urge towards strict liability has grown... The need for protection is as wide as the likelihood of this kind of harm, and all such harm may fairly be regarded as a casualty of the supplier's enterprise*» (así, en «Products Liability», *cit.*, p. 227).

³⁵ Sobre la influencia de BOHLEN y de las leyes sobre *Workers' Compensation* en los citados autores, cfr. PRIEST: *loc. cit.*, pp. 466-469, y KEATING, Gregory C.: «The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability», en [2001] *54 Vanderbilt Law Review*, pp. 1285 ss.; en esp., p. 1291.

La influencia de BOHLEN se deja sentir asimismo en la jurisprudencia; en la ya citada (*supra* nota 21) sentencia *McPherson v. Buick*, de 1916, también el juez Cardozo se hizo eco de sus argumentos sobre el deber de precaución que –incluso al margen de cualquier relación contractual –incumbe a todo individuo que ejerza una actividad que le beneficie.

el coste del accidente no tendrá que soportarlo el dañado individual, sino el conjunto del público consumidor al pagar el sobreprecio del producto³⁶.

Conviene destacar que el desarrollo expuesto no quedó relegado al plano teórico, sino que tuvo repercusiones palpables y casi simultáneas en el plano normativo y en el judicial³⁷. En efecto, en el plano –por así decirlo– normativo³⁸, la tesis de la colectivización y redistribución social de la responsabilidad empresarial fue asumida, por influencia de Prosser³⁹, por el ya citado *Restatement Second on Torts* (§ 402 A)⁴⁰, concebido como guía de futuras decisiones judiciales en cuestión de responsabilidad por productos: «*On whatever theory, the justification for the strict liability has been said to be that the seller, by marketing his product for use and consumption, has undertaken and assumed a special respon-*

³⁶ Y ello es así porque –como se sostuvo un tanto expeditivamente– es más equitativo que muchos soporten un leve recargo en el precio del producto adquirido que uno solo se vea obligado a soportar el coste del entero accidente y, en última instancia, el coste de la experimentación necesaria para la obtención de productos más seguros: «... [I]njured consumers... are assuming a cost of experimentation and are thereby subsidizing all those who benefit by experimentation and improvement. This community of beneficiaries includes the entire public, both users and non-users of the unsafe products... [I]f the government refuses to subsidize the costs of experimentation, then the companies should be liable to injured users; they can pass the cost along to all drug users, and it is preferable that this large group of beneficiaries bear the cost instead of the injured victims» (así KESSLER: *loc. cit.*, p. 934).

³⁷ El éxito en la jurisprudencia de la expuesta teoría de la redistribución social de la responsabilidad del fabricante se explica, de una parte, porque consigue una explicación coherente del fenómeno de la responsabilidad empresarial en su conjunto. Pero también porque refuerza la autoridad judicial, al convertir a los jueces en agentes de la justicia social. Así, frente a las reglas del saneamiento y las de la responsabilidad por culpa, cuya aplicación entrañaría una justicia meramente correctiva o de resolución de un caso o conflicto interpersonal concreto, esta tesis de la colectivización social del riesgo empresarial arbitraría una justicia distributiva, que intenta repartir socialmente las cargas derivadas de actividades beneficiosas, pero arriesgadas (cfr. KEATING: *loc. cit.*, p. 1330, y PRIEST: *loc. cit.*, p. 519).

³⁸ En el contexto del *common law*, el calificativo «normativo» es, cuando menos, inexacto, dado que, por no emanar del poder legislativo y por su falta de efecto vinculante, el *Restatement Second* (cfr. *supra* nota 7) es incomparable a una ley. Aun así –pensando en su formulación abstracta (esto es, desvinculada de casos concretos) y en el hecho de haber sido concebido como guía de decisiones judiciales, las cuales sí están investidas de fuerza vinculante en el contexto anglosajón– nos permitimos calificar al *Restatement* de texto normativo, siquiera sea por aproximación.

³⁹ Sobre la labor de PROSSER como mero divulgador del sustrato teórico expuesto en el texto e introductor de la tesis de la responsabilidad objetiva del fabricante en el texto del § 402 A del *Restatement Second on Torts*, cfr. PRIEST: *op. cit.*, pp. 505 y 512-518.

⁴⁰ § 402 A, apdo. (1) *Rest. Second*: «*One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property...*».

sibility toward any member of the consuming public who may be injured by it... that public policy demands that the burden of accidental injuries caused by products intended for consumption be placed upon those who market them, and be treated as a cost of production against which liability insurance can be obtained; and that the consumer of such products is entitled to the maximum of protection at the hands of someone, and the proper persons to afford it are those who market the products»⁴¹.

En la jurisprudencia, es la célebre decisión *William B. Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* (Tribunal Supremo de California, 24 de enero de 1962)⁴² la que –al modo de la doctrina relatada– representa la eclosión de la tesis de la responsabilidad objetiva del fabricante concebida como mecanismo de redistribución social del coste del accidente empresarial: «... *The abandonment of the requirement of a contract between them [víctima y fabricante], the recognition that the liability is not assumed by agreement but imposed by law... and the refusal to permit the manufacturer to define the scope of its own responsibility for defective products... make clear that the liability is not one governed by the law of contract warranties but by the law of strict liability in tort... The purpose of such liability is to insure that the costs of injuries resulting from defective products are borne by the manufacturers that put such products on the market rather than by the injured persons who are powerless to protect themselves*».

El mérito de la transcrita decisión de 1962 radica –antes que en la originalidad de sus argumentos⁴³ – en haber puesto de relieve el

⁴¹ Se transcribe el apdo. c) del Comentario oficial al § 402 A del *Restatement Second*.

⁴² Cfr. 377 *Pacific Reporter, 2d Series*, pp. 897 ss. Los hechos enjuiciados por la referida decisión fueron los siguientes: una máquina multiuso de *bricolage* (taladro, sierra y pulidora) adquirida por la esposa del actor provocó lesiones a éste, ya que mientras pulía con ella una pieza de madera de cierto tamaño, ésta fue propulsada por la máquina, causando a Greenman heridas de consideración en la cabeza.

⁴³ *Greenman* es una decisión emanada del juez Roger J. Traynor, del Tribunal Supremo de California. En realidad, esta decisión no destaca por la originalidad de sus argumentos, ya que repite, resumidos, los del propio juez Traynor en *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno* (cfr. *supra* nota 12). Así, insiste en ideas ya enunciadas allí, como el fundamento legal y no contractual de la responsabilidad del fabricante, la ajenidad de los defectos de seguridad a las reglas de la garantía contractual y la necesidad de que los costes de los accidentes los soporte el fabricante, quien, al colocar sus productos en el mercado, induce al público consumidor a confiar en su seguridad. El mérito de esta decisión radica entonces en reconocer el consenso existente en la doctrina y en los tribunales norteamericanos en torno a la responsabilidad objetiva del fabricante. Procesalmente, dicha construcción permite que baste al consumidor perjudicado demostrar que sufrió el daño con ocasión del uso correcto del producto para que quede, sin más, establecida la responsabilidad de quien lo introdujo en el mercado.

consenso, prácticamente universal, que, entre los años sesenta y setenta, llegó a existir en la doctrina⁴⁴ y en la jurisprudencia norteamericanas en torno a la responsabilidad objetiva del fabricante. Pero, por varias razones, *Greenman* no constituye el último hito del proceso:

a) En primer lugar, porque el último estadio o sublimación de la expuesta tendencia o explicación de la responsabilidad por productos lo representan aquellas decisiones judiciales que llegan a hacer responsable al fabricante incluso frente a quienes se han visto dañados sin haber usado siquiera el producto defectuoso o inseguro. Así, pese a la postura del *Restatement 2d*, contrario a la protección del *innocent* o *casual bystander*⁴⁵, ya algunas decisiones poco posteriores a *Greenman* se avienen a prestar protección al perjudicado no consumidor⁴⁶. En realidad, una vez asentada la

⁴⁴ En los años setenta y ochenta, la expuesta doctrina de la responsabilidad empresarial como instrumento al servicio de la más justa distribución de los costes del progreso recibió el espaldarazo de algunos de los más celebrados teóricos del análisis económico del Derecho, tales como Guido CALABRESI y Richard A. POSNER. Tales autores celebraron los –según ellos– saludables efectos sobre el mercado de dicha construcción, puesto que –al margen de sus ventajas en el plano social– la misma actúa como mecanismo que posibilita una mejor ubicación de los recursos dentro del mercado (*better resource allocation*): puesto que el precio de los productos procedentes de las empresas o actividades industriales más propensas al accidente será más caro, ello los hará menos atractivos para los consumidores, quienes, al orientar sus preferencias hacia productos más seguros (por ser, a la vez, más asequibles), acabarán expulsando del mercado a esas industrias con más tendencia al accidente: «... [O]ne of the functions of accident law is to reduce the cost of accidents, by reducing those activities that are accident prone. Activities are made more expensive, and thereby less attractive, to the extent of the accidents they cause. In the extreme causes they are priced out of the market: the market mechanism may thus eliminate an otherwise useful activity because it maims too many».

El pasaje transcrito contiene, en síntesis, la predicción que –a modo de «cuento de la lechera»– formuló CALABRESI ya en 1965 en un artículo titulado «The Decision for Accidents: An Approach to Non-Fault Allocation of Costs» (publicado ese mismo año en la 78 *Harvard Law Review*, pp. 713 ss., e incluido más tarde como capítulo en la obra de Mac NEIL y otros [eds.] titulada *Introduction to Private Law Relationships*, North York [Ontario], 1995 [2.^a ed.], pp. 515 ss.), reproduciendo más tarde (1970) esas mismas tesis en su –a mi entender– sobrevalorada (y sospecho que poco leída) monografía *The costs of accidents. A Legal and Economic Analysis*, Chelsea (Michigan), 1970.

⁴⁵ *Vid. supra* el final de nuestro epígrafe 2.1 y allí la nota 25, donde transcribimos el *comment o*) al § 402 A del *Restatement*, que se niega a extender la protección frente a productos defectuosos más allá del consumidor con el argumento de que «[T]he social pressure which has been largely responsible for the development of the rule stated [manufacturer's strict liability] has been a consumer's pressure, and there is not the same demand for the protection of casual strangers».

⁴⁶ *Piercefield v. Remington Arms Company* (Tribunal Supremo de Michigan, 1 de marzo de 1965; cfr. 133 *Northwestern Reporter, 2d Series*, pp. 129 ss.), donde se concede protección a Gordon Piercefield, quien sufrió lesiones cerebrales al estallar el cargador de una escopeta que estaba siendo manejada por su hermano.

doctrina que persigue la más justa distribución de los costes del progreso, la necesidad de proteger incluso al *bystander* o sujeto ajeno al uso del producto (*casual stranger*) cae por su propio peso: si la imputación al fabricante del coste económico del daño causado por un producto es independiente tanto de su conducta como de su relación contractual con el dañado y, en última instancia, se justifica sólo porque su posición dentro del mercado lo hace más apto para redistribuir ese coste, tan necesitado de protección está el *bystander* como el propio *consumidor*, ya que ninguna de esas dos categorías de individuos está en situación de soportar el coste del accidente industrial⁴⁷.

b) Porque —unos diez años después de su apogeo o máximo prestigio— la construcción teórica subyacente en *Greenman* empezó a verse, si no contestada, sí cuestionada por quienes —ya enton-

En realidad, no sólo por su fecha, sino también por la endeblez de sus argumentos, *Piercefield v. Remington* constituye un precedente muy aislado, ya que, pese a su decidida voluntad de proteger a quien ni siquiera es consumidor o usuario del producto, el tribunal sólo es capaz de argumentar su decisión negativamente: se limita a declarar la innecesariedad de los requisitos de la *privity of contract* (o existencia de relación contractual entre fabricante y dañado) y de la prueba de la negligencia del fabricante, pero sin enunciar una sola razón justificativa de la protección del *bystander*.

⁴⁷ Ése acabará siendo, en definitiva, el razonamiento que avale la protección del *bystander*: los mismos objetivos de política legislativa (basados en imperativos de justicia social) que justifican la protección del consumidor frente a los productos defectuosos hacen necesaria la protección del *bystander*. Ésa es la línea argumental que sigue el primer (y quizá más valioso) trabajo relativo a la protección del *bystander*, que es anónimo, ya que consiste en una «Nota» sin firma publicada en 1964 en la *Columbia Law Review*. Su título es «Strict products liability and the bystander» ([1964] 64 *Columbia Law Review*, pp. 916 ss.). El argumento referido se enuncia, en especial, en la p. 935 del citado artículo: «*If, however, strict liability is imposed on an entire category of possible defendants simply because they can distribute the loss, whether the injury to the plaintiff was foreseeable is irrelevant. This is the rationale of Greenman: every manufacturer is made strictly liable, not because of any particular foreseeability of harm common to all manufacture activities, but rather because the manufacturer is thought to be generally better able to distribute the loss than anyone else connected with the events leading to the injury. The most casual bystander is in no better position to distribute the loss than the consumer who purchases directly from the manufacturer.*».

Las posteriores decisiones sobre la necesidad de proteger al *bystander* acabarán adoptando idéntica línea argumental. Cfr. *Ruth H. Mitchell v. Horace G. Miller, General Motors Corp. et al.* (Tribunal Superior de Connecticut, 13 octubre de 1965, recogida en 214 *Atlantic Reporter, 2d Series*, pp. 694 ss.): «*The trend towards applying the doctrine of strict liability in the case of an injury arising from the manufacture of a product which may be unreasonably dangerous... is expanding... The attempt to predicate liability on the law of sales or contract is abandoned... [L]iability was imposed on the basis of a tort committed by the defendant... A defective automobile manufactured as alleged in this complaint by the defendant General Motors constitutes a real hazard upon the highway... The likelihood of injury from its use exists not merely for the passengers therein but for the pedestrian upon the highway. The public policy which protects the user and consumer should also protect the innocent bystander... There seems to be no sound public policy to bar a trial upon the issues raised in the complaint...*».

ces— llegaron a preguntarse si la tesis de la *responsabilidad objetiva del fabricante* podía servir como respuesta uniforme, fuere cual fuese la clase de defecto que hiciese inseguro al producto. Pues bien, como hemos de ver en el siguiente epígrafe, esas primeras dudas de mediados de los años setenta actuaron como un germen que, siquiera sea paulatina e imperceptiblemente, empezó a minar la robustez de esa construcción teórica, hasta culminar en el intento de superarla o, cuando menos, tomar distancia que —con razón o sin ella— acomete en este momento la opinión oficial encarnada en la última versión (1997)⁴⁸ del *Restatement (Restatement Third, Torts: Products Liability)*⁴⁹ sobre la materia.

En definitiva, si, tal y como hemos venido exponiendo, la evolución de la responsabilidad por productos corre paralela a la del propio *Estado del bienestar*, puesto que con él se hizo fuerte la tesis redistributiva o de colectivización social del riesgo inherente a la producción industrial, vamos a poder comprobar cómo la construcción de la responsabilidad objetiva del fabricante empezó a verse minada o socavada a la vez y en la misma medida en que —desde finales del siglo XX— está siendo cuestionada esa particular concepción del Estado.

2.3 Las dudas suscitadas por la tesis de la responsabilidad objetiva del fabricante. El intento del *Restatement Third, Torts: Products Liability* (1997) de distanciarse de ella

Frente al genérico concepto de producto inseguro del § 402 A *Restatement 2d* («*any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property...*»), el § 2 del *Restatement 3d*, de 1997, desglosa ese concepto en tres categorías: los defectos de *fabricación* («*manufacturing defects*»), de *diseño* o concepción del producto («*design defects*») y de *información* o advertencia sobre sus potenciales daños («*the product is defective because of inadequate instructions or warnings*») ⁵⁰. En última instancia, según resulta también de ese

⁴⁸ Al igual que el anterior *Restatement 2d*, de 1964 (cfr. *supra* nota 7), ha sido auspiciado por el *American Law Institute* (St. Paul, Minnesota), que le asigna como fecha de adopción y promulgación el 20 de mayo de 1997.

⁴⁹ *Vid. supra* nota 7.

⁵⁰ § 2 (*Rest. 3d, Torts: Products Liability*): *Categories of Product Defect*: «*A product is defective when, at the time of sale or distribution, it contains a manufacturing defect, is defective in design, or is defective because of inadequate instructions or warnings. A product:*».

mismo precepto, a cada una de esas categorías corresponde –como veremos– un diverso régimen de responsabilidad o imputación al fabricante.

Pese a haber sido acogida por el *Restatement 3d* en 1997, la propuesta clasificación de los posibles defectos de un producto es bastante anterior. Fue formulada –curiosamente, en Europa⁵¹– ya en los años sesenta. Pero empieza a aflorar en la jurisprudencia norteamericana en los años setenta, puesto que fue entonces cuando empezó a constatarse la dificultad de trasladar indiscriminadamente la definición de *producto inseguro* del *Restatement 2d* y el régimen de responsabilidad objetiva del fabricante allí previsto a los defectos de *diseño* o concepción del producto.

En efecto –si recordamos lo arriba expuesto sobre la necesidad de reaccionar frente a fuerzas que, como los procesos de fabrica-

«(a) contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product;»

«(b) is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe;»

«(c) is defective because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe.»

⁵¹ En efecto, pese a que dicha clasificación se atribuye a un artículo de John W. WADE, de 1973, titulado «On the nature of Strict Tort Liability» (así, SALVADOR Y FELÍU: *op. cit.*, p. 86, quienes, además, citan el artículo de WADE como publicado en el *Michigan Law Journal*, pese a que lo está en 44 *Mississippi Law Journal*, pp. 825 ss.), la hemos visto utilizada con anterioridad, fuera, además, del ámbito norteamericano. El propio Friedrich KESSLER se hizo ya eco de ella en 1967, en su ya citado artículo (en 76 *The Yale Law Journal*, pp. 887 ss.) y lo hace imputando su autoría a un estudio de Derecho comparado llevado a cabo por el profesor de Munich Werner LORENZ (cfr. KESSLER, pp. 916 y 938). Así, en el curso de una conferencia dictada en un Congreso de Derecho comparado celebrado en Kiel en 1965, el profesor LORENZ –siguiendo una técnica de estudio extendida entre los juristas alemanes– propuso ordenar la infinidad de decisiones sobre responsabilidad por productos que ofrece la práctica internacional en una serie de «grupos o tipos de casos» («Die von mir gebildeten Falltypen wollen deshalb nichts mehr sein als Arbeitshypothesen, geschöpft aus dem reichen Material, das die Praxis international bietet»; así, LORENZ, en su ya citado trabajo [vid. *supra* nuestra nota 5] «Länderbericht und rechtsvergleichende Betrachtung...», de 1965 [p. 8], publicado en 1966).

Pues bien, pese a su modesto objetivo inicial (servir de hipótesis de trabajo y de ordenación de casos de la jurisprudencia internacional a un profesor de Munich), la propuesta clasificación acabaría adquiriendo –como vemos– valor cuasinormativo, al ser asumida (seguramente por influencia de Friedrich KESSLER, alemán exiliado a Estados Unidos a raíz de la II Guerra Mundial) por la propia jurisprudencia norteamericana y, a partir de ella, por el *Restatement 3d, Torts: Products Liability*.

ción en serie, el hombre no controla aun obrando con el máximo cuidado (*vid. supra* el epígrafe II, 2.2)—, dicho régimen había sido, en realidad, articulado pensando o tomando como modelo de accidente al causado por los *defectos de fabricación* (*manufacturing defects*), accidente que acontece cuando alguno de los productos de una serie se revela *inseguro* y causa daños, por no ofrecer la *seguridad* que cabría razonablemente esperar de él (cfr. § 402 A *Restatement 2d*). Tratándose de ese tipo de defectos existe, pues, un parámetro objetivo y estable de *seguridad razonable*: aquella que ofrecen los demás productos de la serie.

¿Cómo establecer, en cambio, cuál es el nivel de *seguridad razonable* o que el usuario del producto puede legítimamente esperar cuando en el proceso de fabricación no han existido «deslices» o inevitables desvíos de la serie, pero, aun así, el producto utilizado se revela igualmente inseguro o causa daños por fallos que son imputables, no a su proceso de producción o ejecución, sino a cómo ha sido concebido o diseñado? En otras palabras, ¿cómo se mide la seguridad que cabe exigir al diseño de un producto?

Tras algunas decisiones vacilantes en los primeros tiempos de aplicación del § 402 A *Restatement 2d*, la respuesta al respecto parece haberla proporcionado —de nuevo— una decisión del Tribunal Supremo de California de 16 de enero de 1978, recaída en el asunto *Barker v. Lull Engineering Co.*⁵². En *Barker*, el citado Tribunal llega a la conclusión de que, en los casos en que el daño causado por el producto sea imputable al *diseño* del mismo y no a su *ejecución*, éste sólo podrá ser considerado defectuoso si el fabricante no consigue probar que la *utilidad* o los beneficios derivados del producto superan a los *riesgos* inherentes al diseño del mismo⁵³.

⁵² Cfr. 573 *Pacific Reporter, 2d Series*, pp. 443 ss. Sobre esta decisión, cfr. PRIEST: *loc. cit.*, p. 522, WERTHEIMER: *loc. cit.*, pp. 1248 ss. y, sobre todo, SCHWARTZ, Gary T.: «Foreword: understanding Products Liability», en [1979] 67 *California Law Review*, pp. 435 ss.

⁵³ Así, según la decisión citada, «[A] product is defective in design if the plaintiff demonstrates that the product failed to perform as safely as an ordinary consumer would expect when used in an intended or reasonably foreseeable manner, or the plaintiff proves that the product's design proximately caused his injury and the defendant fails to prove... that on balance the benefits of the challenged design outweigh the risk of the danger inherent in such design».

Otro ejemplo significativo de cómo el producto, pese a su intrínseca peligrosidad, debe ser socialmente tolerado debido a sus beneficios lo proporciona el caso *Epifanio Reyes v. Wyeth Laboratories*, suscitado por una vacuna contra la poliomielitis que hizo contraer la enfermedad a una menor representada por el demandante. En la sentencia de 31 de julio de 1974 del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el 5.º Circuito (*United States Court of Appeals, Fifth Circuit*; *vid.* la citada decisión en 498 *Federal Reporter, 2d Series*, pp. 1264 ss.), se dijo: «... [T]he utility of the product

La aplicación de ese criterio presupone una toma de decisión o una elección por parte del fabricante, de manera que, inevitablemente, el juicio sobre el producto en sí (que es la clase de juicio o valoración que suscitan los defectos de *fabricación*) se convierte en una valoración de la conducta del fabricante, para establecer si su decisión fue la correcta y si la tomó teniendo en cuenta todos los avances técnicos disponibles en el momento de la puesta en circulación del producto.

Ese proceder supone restaurar o reintroducir en el ámbito de la responsabilidad por productos –por lo menos en el específico sector de los defectos de *diseño*– juicios y parámetros propios de la responsabilidad por culpa o negligencia⁵⁴.

Por otra parte, a partir de esa valoración –o cuña de negligencia en el sistema de la responsabilidad por productos– conocida como *risk-utility test*⁵⁵, la cuestión que inmediatamente se plantea es si ese peligro o riesgo inherente al producto pudo ser conocido por el fabricante de acuerdo con el nivel de conocimiento técnico científico (*state of the art*) propio del momento de la puesta en circulación del producto. En un primer momento, no se permitió –tal y como hizo *Barker*– al fabricante exonerarse mediante la llamada *state of the art defense*⁵⁶, esto es, demostrando que el aludido nivel

properly used is weighed against whatever dangers of harm inhere in its introduction into commerce... The evil to be prevented –polyomelitis and its accompanying paralysis– is great. Although the danger that vaccinees may contract polio is qualitatively devastating, it is statistically miniscule. On balance then, marketing the vaccine is justified despite the danger».

⁵⁴ Así lo explica SCHWARTZ, en su extenso análisis de *Barker* (*loc. cit.*, p. 462): «*In design defect cases, by comparison... the issue... should be whether the manufacturer's conduct in reaching a design decision was unreasonable... [U]nreasonableness as a negligence notion is measured in risk-benefit terms... Since design decisions are made deliberately by manufacturers' design officials, an unreasonable decision almost necessarily leads to an unreasonable design, and conversely an unreasonable design is almost always the consequence of an unreasonable design decision. Perceiving this, courts in some jurisdictions have found it meaningless to apply strict liability in design cases...».*

⁵⁵ Según Ralph NADER y Joseph A. PAGE («*Automobile Design and the Judicial Process*» [1967] 55, *California Law Review*, pp. 645 ss. y, en especial, p. 650), la formulación de dicho criterio se debe a Werdner Page KEETON, quien lo introdujo en un artículo de 1966, publicado en la *Michigan Law Review* (cfr. KEETON, Werdner Page: «*Products Liability-The expansion of Fraud, Negligence and Strict Tort Liability*», 64 *Michigan Law Review*, pp. 1350 ss.).

⁵⁶ Sobre la filiación de esa posible causa de exoneración del fabricante, cfr. Salvador CODERCH y Felú SOLÉ: *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Madrid-Barcelona, 1999. Los citados autores (*op. cit.*, p. 93) atribuyen la formulación (mediante un ejemplo ilustrativo) de la *state of the art defense* a un libro de casos sobre responsabilidad por productos del que son coautores KEETON, OWEN, MONTGOMERY Y GREEN (*Products Liability. Cases and Materials*, Nueva York, 1989 [2.ª ed.]).

de conocimientos no le permitía diseñar un producto más seguro o capaz de evitar esos riesgos⁵⁷.

El máximo exponente de esa –para muchos– severa tendencia jurisprudencial lo representa *Beshada v. Johns-Manville Products Corp.*, una de las primeras de la larga serie de decisiones judiciales relativas a la contaminación de efectos cancerígenos⁵⁸ provocada por el asbesto⁵⁹. Esa decisión, dictada el 7 de julio de 1982 por el Tribunal Supremo de New Jersey, hace al fabricante responsable incluso por riesgos del producto que aquél ni conoció ni pudo conocer. En realidad, la sentencia relativa a *Beshada*, que suscitó un alud de críticas doctrinales⁶⁰, se limitó a aplicar de modo inexorable la ya expuesta tesis sobre el objetivo redistributivo y de socialización del riesgo inherente a la producción industrial que incumbe a la responsabilidad empresarial: así, aunque es evidente que imputar al fabricante la infracción de un deber que ni siquiera estaba en situación de cumplir supone forzar las más elementales reglas de la responsabilidad, ello parece preferible a hacer soportar a «víctimas inocentes» los costes de las lesiones sufridas⁶¹.

⁵⁷ En efecto, *Barker* neutraliza el posible juego de la *state of the art defense* como causa de exoneración del fabricante, por entender que el nivel de conocimiento técnico científico que hubiera debido ser aplicado por aquél era, ya no el del momento de la puesta en circulación del producto, sino el –seguramente más avanzado– del momento del litigio suscitado por el producto (a este respecto, cfr. PRIEST, p. 523, y SALVADOR y FELÍU, p. 52).

⁵⁸ Así como de otras graves enfermedades (cfr. SALVADOR y FELÍU: *op. cit.*, pp. 102-103).

⁵⁹ Como su nombre griego indica, el asbesto es un mineral incombustible, pero algo diverso del amianto, por su textura y por su composición.

⁶⁰ Ellen WERTHEIMER (*vid. su nota 108*) facilita un profuso listado de trabajos doctrinales suscitados por la referida decisión sobre el asunto *Beshada*. Ahora bien, por mucho que la decisión pueda ser censurada desde el punto de vista técnico o puramente argumentativo, la misma es irreprochable desde el punto de vista de la justicia material (cfr. SALVADOR y FELÍU, pp. 102 ss.): la gravedad y el carácter irreversible de las enfermedades que el asbesto provocó en un sinnúmero de afectados justificaban la severidad para con el productor aplicada por la decisión del Juez Pashman en el asunto *Beshada*.

⁶¹ Cfr. 447 *Atlantic Reporter, 2d Series*, pp. 539 ss. En palabras de la citada decisión, «*spreading the costs of injuries among all who produce, distribute and purchase manufactured products is far preferable to imposing it on the innocent victims who suffer illnesses and disability from defective products. This basic normative premise is at the center of our strict liability rules. It is unchanged by the state of scientific knowledge at the time of manufacture*».

Además del aquí transcrito argumento de la necesidad de distribuir socialmente el daño inherente a la producción industrial, esta sentencia echa también mano de otro de los postulados clásicos de la responsabilidad empresarial: la necesidad de imputar el coste del accidente a quien se beneficia de la actividad que lo causa. Así, con un razonamiento análogo al que veíamos en Francis BOHLEN (*vid. supra* nuestra nota 33), sostiene la decisión de *Beshada* que «*[t]he burden of illness from dangerous products such as asbestos should be placed upon those who profit from its production...*».

Pues bien, aunque *Beshada* representa la sublimación de la doctrina de la responsabilidad objetiva del fabricante, supone a la vez su «canto del cisne». En efecto, poco después de esa decisión de 1982, el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos (*United States Court of Appeals for the First Circuit*) decidió dejar sentado su criterio sobre los casos de asbesto y lo hizo en 1986 mediante una decisión (recaída en el asunto *Anderson v. Owens-Illinois, Inc.*)⁶² que rechaza frontalmente la idea de que los fabricantes deban actuar como instrumento de la socialización o colectivización del riesgo industrial: «*Nor do we think this conclusion [that knowledge of unknowable dangers should not be imputed] to be contrary... to manufacturer's liability insurance to spread the loss... If a manufacturer, with the best scientific knowledge available, cannot tell his consumer to guard against [as yet unknown hazards]... equally we consider it socially undesirable that insurance must be bought, and computed on an equally blind basis. It should be time enough to charge manufacturers when there is something to point to beyond scientific unanticipated consequences*».

A esa decisión, emanada en 1986 de un Tribunal federal, se debe, de una parte, el haber autorizado con carácter general la invocación por el fabricante de la *state of the art defense* o –tal y como se la conoce en Europa– la llamada excepción por *riesgos del desarrollo*⁶³. Pero, sobre todo, al poner en tela de juicio el –hasta entonces comúnmente respetado– afán de redistribuir socialmente el coste del accidente industrial, abre la puerta a la resolución de los litigios por productos aplicando criterios estrictamente técnicos y prescindiendo de razones de justicia social⁶⁴.

Como hemos visto, esa brecha la habían abierto los litigios suscitados por los defectos de *diseño*, ya que la aplicación del *test* o verificación comparada del *riesgo-utilidad* del producto comporta el retorno del patrón clásico de la *culpa o negligencia* del sujeto causante del daño. En un primer momento, representado por la decisión *Barker*, ese resultado se ve atenuado en favor del dañado, por exigirse que sea el fabricante quien demuestre que los beneficios in-

⁶² La decisión de *Anderson* data del 25 de agosto de 1986 (cfr. [1986] 799 *Federal Reporter*, 2d Series, pp. 1 y ss.).

⁶³ Dicha causa de exoneración del fabricante se recoge en el artículo 7.e) de la Directiva europea 1985/374/CEE, relativa a los daños causados por productos defectuosos, que declara que el fabricante no será responsable de dichos daños si demuestra que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, «el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto».

⁶⁴ Como se ha visto (cfr. *supra* nota 37), uno de los efectos de la tesis «redistributiva» en el plano judicial fue convertir a los jueces en agentes de la justicia social.

herentes a la concepción del producto superan a sus riesgos y también por haberse cerrado el paso a la alegación de que el nivel de conocimiento imperante en el momento de la introducción del producto en el mercado no permitía al fabricante descubrir aquéllos.

No obstante, no tardará en imponerse el clásico esquema procesal de la responsabilidad por culpa: tratándose de defectos de *diseño*, la demostración de la *culpa* del fabricante acabará imponiéndose a la víctima del accidente⁶⁵, dado que será a tal sujeto a quien se acabe exigiendo la prueba de la existencia de un diseño alternativo⁶⁶, capaz de superar los defectos de seguridad de que adolecía el producto causante del daño. Es más, incluso si el perjudicado consigue demostrar la imprevisión del fabricante, podría éste quedar exonerado demostrando que el daño acaecido y no previsto era imprevisible a la luz de los conocimientos técnico-científicos del momento de la puesta en circulación del producto. La confluencia de tal exigencia procesal impuesta al dañado (prueba de la *culpa* o imprevisión del causante del daño) y de la citada causa de exoneración a favor del fabricante (*state of the art defense*) acabará determinando que, cuando el daño causado por un producto sea imputable a su *diseño* o concepción, el sistema de responsabilidad aplicable sea el tradicional, basado en la *culpa* o *negligencia* del agente del daño⁶⁷.

⁶⁵ De este modo, resucita uno de los obstáculos que precisamente habían querido superarse al optar por la responsabilidad objetiva del fabricante (*vid. supra* el inicio del epígrafe II, 2.2.): la dificultad que para el sujeto dañado por el producto seguramente habrá de suponer demostrar la culpa o negligencia del fabricante, dado que el consumidor ordinario desconoce las interioridades de los complejos procesos productivos propios de la sociedad industrializada. Así lo reconoce la sentencia del caso *Barker* (cfr. *supra* nota 52): «... [M]ost of the evidentiary matters which may be relevant to the determination of the adequacy of a product's design under the 'risk-benefit' standard –e. g., the feasibility and cost of alternative designs– are similar to issues typically presented in a negligent design case and involve technical matters peculiarly within the knowledge of the manufacturer...».

⁶⁶ Así, en una decisión de 19 de diciembre de 1990, posterior, pues, a la del asunto *Beshada*, el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos declaró que la prueba de la existencia de un diseño alternativo más seguro debía considerarse como condición *sine qua non* para la obtención de reparación por el dañado: «[I]n a design defect case... the existence of a safer alternative design is a sine qua non for the imposition of liability...» (cfr. *Kotler v. American Tobacco Co., United States Court of Appeals for the First Circuit*, recogida en [1990] 926 *Federal Reporter, 2d Series*, pp. 1217 ss.).

Sobre la evolución del criterio *riesgo-utilidad* hacia la imposición al dañado de la carga de probar la existencia de un diseño alternativo, cfr. PROSSER y KEETON: *On the Law of Torts*, cit., p. 699, y WERTHEIMER: *loc. cit.*, p. 1242.

⁶⁷ Así lo reconocen PROSSER y KEETON: *On the Law of Torts*, cit., p. 700, y, sobre todo, WERTHEIMER: *loc. cit.*, p. 1248, quien acusa a los tribunales norteamericanos de haberse servido de los dos mecanismos citados en el texto para minar el sistema de la responsabilidad objetiva desde dentro («using the state of the art or alternative feasible design doctrines to undercut strict products liability from within»).

Pues bien, con base en ese género de precedentes judiciales, la nueva versión del *Restatement* decidió en 1997 truncar el hasta entonces oficial sistema unitario de la responsabilidad por productos y aplicar diversos patrones o parámetros de responsabilidad en función de la clase de *defecto* causante del daño⁶⁸: así, mientras que, para los defectos de *fabricación*, la nueva versión del *Restatement* se avino a mantener el sistema de responsabilidad *objetiva* o *aun sin culpa* del fabricante tan arduamente conseguido en los años sesenta, en cambio, para las otras dos especies de *defecto* (sobre todo los de *diseño*, pero también los de *información* o derivados de la falta de *adecuadas instrucciones* por parte del fabricante)⁶⁹, se decidió que convenía restaurar el sistema ordinario de imputación sólo por *culpa*⁷⁰.

⁶⁸ El cambio de criterio se justifica, en efecto, a impulsos de la jurisprudencia posterior a 1964, que —se dice— sirvió para ajustar (*fine-tune*) las anteriores normas sobre la responsabilidad por productos, entre otras razones, porque en el momento de la promulgación del *Restatement 2d* la cuestión de los efectos de *diseño* y de *información* se encontraba todavía «en pañales». Vid. así la propia *Introducción* al *Restatement 3d* hecha por sus Ponentes (Henderson y Twersky; cfr. *supra* nota 7): «Section 402 A [Rest. 2d] had little to say about liability for design defects or for products sold with inadequate warnings. In the early 1960s these areas of litigation were in their infancy. In restating the law of products liability more than a quarter of a century later, the Institute [American Law Institute] had before it thousands of judicial decisions that had fine-tuned the law of products liability in a manner hardly imaginable when Restatement Second was written».

⁶⁹ De ese último género de *defectos* (los de *información*), no nos hemos ocupado aquí. Hasta cierto punto, tal categoría actúa como un vaso comunicante de la categoría *defectos de diseño* (hasta el punto de sostenerse que ambas constituyen una sola; cfr. SCHWARTZ: *loc. cit.*, p. 436, nota 6): un producto que, por su concepción, es defectuoso, puede dejar de serlo si el fabricante se ha preocupado de informar convenientemente al público consumidor sobre sus potenciales riesgos. Inversamente, en los casos en que al perjudicado no le es posible obtener reparación por no conseguir probar que era posible un diseño alternativo, puede llegar a conseguirla demostrando que el daño sufrido hubiese podido ser evitado de haber sido comercializado el producto acompañado de las advertencias precisas. Sin ir más lejos, así lo demuestra la decisión relativa al caso *Reyes* (cfr. *supra* nota 53), donde el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos (en una sentencia de 31 de julio), pese a desestimar la existencia de un defecto de *diseño* por superar el producto (una vacuna contra la «polio») el *risk-utility test*, hizo aun así a su fabricante responsable del daño físico padecido por la menor vacunada, entendiendo que ese daño hubiera podido evitarse de haberse comercializado el producto acompañado de las oportunas instrucciones y advertencias dirigidas al personal sanitario.

Sobre el estado de la cuestión respecto a los *defectos de información* en la jurisprudencia, cfr. HOWIE, John, y SANGER, Ladd: «Failure to warn: The difference between strict liability and negligence from a plaintiff's perspective», obtenido en la dirección de *Internet* <http://www.howie-sweeney.com/news/speeches/failuretowarn.html> (fecha de consulta: 27 de febrero de 2004).

⁷⁰ Así, mientras que tratándose de *defectos de fabricación* que causan daño el fabricante puede ser hecho responsable aun habiendo aplicado todo el posible cuidado («*even though all possible care was exercised...*»; cfr. § 2 *Rest. 3d*, transcrito *supra* en nuestra nota 50), en cambio, tratándose de las otras dos categorías de *defecto*, el daño

A nuestro entender, esa modificación del –por así decirlo– *clásico* sistema de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos no se justifica exclusivamente por razones o argumentos técnicos. Antes bien, no es ajena a la misma la conveniencia empresarial. Ciertamente, cuando la inseguridad del producto deriva de su *diseño* o concepción, es necesario arbitrar un parámetro objetivo que permita establecer cuál es el nivel de seguridad *razonable* o que cabe exigir a un producto así concebido y éste bien puede ser el *test riesgo-utilidad* en su momento propuesto por *Barker*, cuya alegación y prueba se impuso inicialmente –como sabemos– al fabricante.

Ahora bien, creemos que tal criterio dejó de ser neutral desde el momento en que –como veíamos también–, pese a la peligrosidad del producto (por exceder sus *riesgos* a sus *beneficios*), se obliga al perjudicado a demostrar la existencia de un diseño alternativo y se permite al empresario exonerarse mediante el uso indiscriminado de la *state of the art defense*, máxime si ese «estado del desarrollo» o de la «técnica» acaba identificándose –no pocas veces– con el *uso industrial* o nivel de cuidado y perfeccionamiento técnico comúnmente aplicado en el sector al que pertenece el producto⁷¹.

Pues bien, mostrándose, por ello, no menos imbuido de ideología o políticamente implicado que el *Restatement 2d*, aunque esta vez al servicio de intereses de signo contrario, el *Restatement 3d* hace suya esa tendencia judicial *pro-empresario*⁷² y la lleva, si

sólo puede serle imputado, si era previsible y evitable mediante la adopción de una alternativa razonable («*when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative...*»; cfr. § 2 *Rest. 3d*, apdos. [b] y [c]).

⁷¹ En efecto, la aproximación al sistema de responsabilidad por culpa se vio, si cabe, intensificada por el hecho de que algunas decisiones judiciales de los años setenta y ochenta interpretaron la excepción por *riesgos del desarrollo*, no en su sentido primigenio de *estado vigente del conocimiento técnico-científico* que hubiera permitido (o no) al fabricante la utilización de un diseño más seguro, sino como equivalente al mero *uso industrial*, permitiendo así a aquél quedar exonerado demostrando que se comportó como lo hubiera hecho cualquier otro empresario del sector (en esa incorrecta identificación entre *state of the art* y *uso industrial*, incurrían, p. ej., la ya citada decisión de *Anderson*, cit. *supra* nota 62, y, sobre todo, una decisión del Tribunal Supremo de Texas, de 30 de julio de 1980, relativa al asunto *Boatland of Houston v. Valerie Bailey et al.*, incluida en 609 *Southwestern Reporter, 2d Series*, pp. 743 y ss.).

Para una crítica de la aludida identificación, cfr. WERTHEIMER: *loc. cit.*, pp. 1233 a 1239, y SCHWARTZ, p. 482. Aplicando, en cambio, la excepción bajo su sentido riguroso inicial, la demostración por el perjudicado de que existía ya un diseño alternativo perfeccionado, por mucho que éste no fuese aún de general aplicación en el sector del producto, nunca hubiera permitido al fabricante quedar exonerado.

⁷² Confirma nuestra impresión el ya citado trabajo de John HOWIE y Ladd SANGER, que tildan al *Restatement 3d* de reforma proclive al «demandado»: «*The Third Restatement is a product of the tort reform movement and in large part drafted by pro-*

cabe, aún más lejos. De una parte, porque atribuye al uso o *práctica industrial* el valor de indicio relevante a la hora de establecer cuál era el estado o nivel de la *técnica* imperante en el momento de introducción en el mercado del producto inseguro⁷³. Pero, sobre todo, porque considera que la adopción de un diseño alternativo más seguro sólo es exigible al empresario siempre y cuando pueda ser obtenido «a un coste razonable»⁷⁴.

Todavía en este momento, el *Restatement 3d* es sólo síntoma de una determinada tendencia o estado de opinión en materia de responsabilidad por productos⁷⁵, dado que sus criterios no constituyen aún doctrina común en los tribunales norteamericanos. Aun así, a la luz de algunos datos concurrentes, esa tendencia se revela muy influyente.

En efecto, en fecha muy próxima a la del *Restatement 3d*, en junio de 1997⁷⁶, se debatió en el *Comité de Comercio, Ciencia y Transportes* del Senado de los Estados Unidos un Proyecto de Ley destinado a establecer a nivel federal estándares uniformes aplicables a los litigios sobre responsabilidad por productos⁷⁷. El citado Proyecto fue presentado por el senador John McCain, Pre-

defendant scholars. It takes the pro-defendant trend to a new level and gives tort reform advocates influential persuasive material...» (así, en el ya citado trabajo «Failure to warn», accesible en http://www.howie-sweeney.com/news/speeches/_failuretowarn.html).

⁷³ Cfr. *comment d*) al § 2 *Restatement Third*, p. 20: «When a defendant demonstrates that its product design was the safest in use at the time of sale, it may be difficult for the plaintiff to prove that an alternative design could have been practically adopted. The defendant is thus allowed to introduce evidence with regard to industry practice that bears on whether an alternative design was practicable. Industry practice may also be relevant to whether the omission of an alternative rendered the product not reasonably safe. While such evidence is admissible, it is not necessarily dispositive...».

⁷⁴ Cfr. *comment a*) al § 2 *Restatement Third*, p. 16: «A reasonably designed product still carries with it elements of risk that must be protected against by the user or consumer since some risks cannot be designed out of the product **at reasonable cost***. Most courts agree that, for the liability system to be fair and efficient, the balancing of risks and benefits in judging product design and marketing must be done in light of the **knowledge of risks and risk-avoidance techniques reasonably attainable*** at the time of distribution».

* La negrita es mía.

⁷⁵ Así lo apuntan HOWIE y SANGER: «Only time will tell how Third Restatement will be accepted by the courts. Until the Third Restatement is adopted in a jurisdiction, it is only persuasive authority» (cfr. «Failure to Warn...» cit., <http://www.howie-sweeney.com/news/speeches/failuretowarn.html>).

⁷⁶ Que, como sabemos, data de 20 de mayo de 1997 (cfr. *supra* nota 48).

⁷⁷ *A Bill to establish legal standards and procedures for product liability litigation, and for other purposes*. El Proyecto, al que se asigna el núm. S. 648, data de 24 abril de 1997 y fue debatido en el correspondiente Comité del Senado (*vid.* nota siguiente) el 19 de junio de ese mismo año.

sidente del aludido Comité⁷⁸, acompañado de un prolijo *Informe*⁷⁹, cuya visión del sistema de responsabilidad por productos imperante en los Estados Unidos desde los años sesenta no puede ser más catastrofista: «*The present system in the United States for resolving product liability disputes and compensating those injured by defective products is costly, slow, inequitable, and unpredictable. Such a system does not benefit manufacturers, product sellers, or injured persons. The system's high transaction costs exceed compensation paid to victims. Those transaction costs are passed on to consumers through higher product prices. The system's unpredictability and inefficiency have stifled innovation, kept beneficial products off the market, and have handicapped American firms as they compete in the global economy*»⁸⁰.

Aun a falta de datos económicos y sociológicos precisos que nos permitan rebatir desde aquí tales afirmaciones, sí parece, por varias razones, que cabe asignarles un valor hartamente relativo. En primer lugar, si pensamos en sus fuentes, es inevitable que el citado *Informe* presente el estado de cosas desde un punto de vista necesariamente unilateral: debe tenerse en cuenta que el mismo se basa sustancialmente en determinados estudios encargados por el sector del seguro privado⁸¹, que, naturalmente, no puede valorar benévolamente un sistema que, por hacer responsable al fabricante aun sin culpa, aumenta considerablemente las probabilidades de que sea una compañía aseguradora la que acabe soportando el coste del accidente causado por un producto defectuoso. Es más, el *Informe* senatorial llega a atribuir crédito a otras fuentes aún más interesadas y menos rigurosas. Así lo hace, por ejemplo, con las alegaciones sobre el aumento y sobre los elevados costes de la litigiosidad

⁷⁸ Nos referimos al Senador republicano por Arizona, John McCain, antiguo contrincante de George W. Bush en las elecciones primarias celebradas el año 2000 en el seno del Partido Republicano para optar a la designación como candidato a la Presidencia de los Estados Unidos.

McCain presentó al Senado el Proyecto de Ley que aquí nos ocupa en su calidad de Presidente del Comité senatorial de Comercio, Ciencia y Transportes (*Chairman of the Senate Committee on Commerce, Science, and Transportation*).

⁷⁹ *Product Liability Reform Act of 1997. Report of the Committee on Commerce, Science and Transportation on S. 648, together with Minority Views (Report 105-32, 105th Congress, 1st Session, 19 de junio de 1997).*

⁸⁰ Cfr. *Report 105-32*, p. 1.

⁸¹ Concretamente, el *Informe* se apoya en los siguientes estudios (*vid. su p. 3*): uno de 1992 promovido por el *Insurance Services Offices (Insurance Services Offices, Product Liability Closed Claim Survey: A Technical Analysis of Survey Results)* y otro de 1989, el *Informe Tillinghast*, promovido por la empresa aseguradora Perrins-Tower (*Tillinghast, Perrins-Tower Group. Tort Cost Trends: An International Perspective*, de 16 de diciembre de 1989).

emanadas del llamado «Consejo de la Competitividad» (*Council on Competitiveness*) –auspiciado por el grotescamente célebre ex-Vicepresidente de los Estados Unidos Dan Quayle–⁸², organismo que presenta sus datos citando como toda autoridad a la revista *Forbes*.

Pero, sobre todo, las pesimistas afirmaciones arriba transcritas se revelan perfectamente reversibles. Así, la réplica o «Contra-Informe» presentado al mismo Comité del Senado por la Minoría (*Minority Views*)⁸³ las rebate sin ninguna dificultad, utilizando datos mejor contrastados y de procedencia múltiple.

Bastan algunos ejemplos: la afirmación del *Informe McCain* de que los gravosos costes del seguro de responsabilidad civil contratado para hacer frente a las reclamaciones por productos ponen en peligro la competitividad de las empresas norteamericanas se rebate con datos tomados tanto del propio sector del seguro como de la Agencia de Fiscalización de Cuentas del Congreso de los Estados Unidos (*General Accounting Office*); esos datos cifran el aludido coste del seguro en una media algo inferior al 1% de los beneficios empresariales. En cuanto a la acusación de que el sistema «clásico» de responsabilidad por productos retrae la innovación industrial, se rebate con el testimonio de significados representantes de la industria farmacéutica, quienes asignan a Estados Unidos un papel puntero en el desarrollo de nuevos productos⁸⁴. Finalmente, el reproche de los elevados «costes de transacción» o litigiosidad suscitados por el sistema tradicional, proclive a la víctima y severo con el fabricante, pudiera tener una explicación bien distinta de la apuntada por los autores del *Informe McCain*: esos gastos acostumbran a generarlos las maniobras dilatorias de los abogados del fabricante demandado, quienes suelen alargar artifi-

⁸² Como es bien sabido, la notoriedad de Dan Quayle, Vicepresidente de los Estados Unidos durante el mandato de George Bush *senior*, se debió únicamente a su falta de preparación para el cargo y a sus repetidas torpezas.

⁸³ En realidad, ese grupo minoritario en el seno del citado Comité de Comercio, Ciencia y Transportes no lo era tanto. Pensemos que el Proyecto de Ley acabó siendo aprobado por el Comité por sólo once votos a favor frente a nueve en contra. Por otra parte, quizá revista interés reseñar que uno de los nueve miembros de la aludida «Minoría» fue el senador John Kerry, reciente ganador de la designación como candidato a la Presidencia de los Estados Unidos por el Partido Demócrata.

⁸⁴ A este respecto, la p. 89 del *Minority Views* recoge el testimonio emitido el 12 de agosto de 1994 por el Presidente de *PHRMA* (*Pharmaceutical Research and Manufacturers of America*) ante el Comité de Asuntos Judiciales de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos: «[T]he U.S. industry is the world leader in developing new medicines. We are responsible for about one-half of all new patented drugs that reached the global market since 1970».

cialmente el proceso con el fin de inducir a las víctimas con escasos recursos y graves lesiones a aceptar cuanto antes una transacción extrajudicial poco ventajosa⁸⁵.

Pese a haber entrado ya en la agenda legislativa del Senado⁸⁶, el citado Proyecto de Ley no ha llegado a ser aprobado. Aun así, resulta altamente significativo como intento de crear, por intereses exclusivamente empresariales, un estado de opinión contrario⁸⁷ al sistema «socialmente preocupado» y redistributivo de la responsabilidad empresarial acuñado en los años sesenta (cfr. *supra* nuestro epígrafe II, 2.2).

Aunque no nos cabe duda de que el referido sistema redistributivo puede haber generado excesos o injusticias, pensamos que los móviles interesados con que se aborda su reforma y —como se ha demostrado— la falta de rigor de los datos y argumentos esgrimidos privan de legitimidad a la misma. Nos parece, en cambio, que muchos de los argumentos que en su momento avalaron la tesis de la redistribución social o colectivización del riesgo empresarial siguen siendo válidos. En particular, creemos que sigue sosteniéndose la premisa de que, tanto por razones técnicas como económicas, el fabricante está en mejor situación que el consumidor individual y que el *bystander* de soportar el daño inherente a la producción técnica moderna: sólo él conoce los entresijos de su proceso productivo y es él, antes que la víctima del accidente,

⁸⁵ El dato (recogido en la p. 88 del documento que contiene las *Minority Views*) lo proporciona el *Institute for Civil Justice*, un organismo independiente de investigación del funcionamiento de la justicia, patrocinado por la fundación privada Rand.

⁸⁶ Con fecha de 26 de junio de 1998.

Es harto probable que la reforma de la responsabilidad por productos auspiciada por el *Informe McCain* se encuentre detenida en ese estadio de la tramitación parlamentaria debido a que, en realidad, la «Administración Bush» tiene en cartera un cambio legislativo de mucho más amplio espectro, que determinados senadores republicanos se proponen impulsar en caso de ganar las próximas elecciones presidenciales de noviembre de 2004. Se trata de una reforma que afectaría al entero Derecho de daños (y, particularmente, a la responsabilidad derivada de acto médico y por productos defectuosos). La parcialidad del indicado proyecto hacia los intereses de las grandes corporaciones, tanto las industriales como las del seguro (aligerando notablemente su carga probatoria y proporcionándoles nuevas causas de exoneración de responsabilidad), es tal, que está siendo utilizado por el Partido Republicano como señuelo para obtener donativos empresariales para su campaña electoral (cfr. WHALEN, Christopher: «Victory at hand for GOP Tort Reform?», en *Insight on the News*, <http://www.insightmag.com>; fecha de consulta: 16 de marzo de 2004; *vid.* asimismo PAYNE, Andrew L. [ed.]: «Products Liability: an update on the law», en <http://www.howie-sweeney.com>; fecha de consulta: 5 de marzo de 2004).

⁸⁷ «[A]t the advent of the so-called tort reform movement, reformers were concerned more about convincing the American public that there was a crisis and linking the alleged crisis to product liability, than about the reality of the crisis itself» (cfr. *Minority Views*, cit., p. 81).

quien tiene alguna oportunidad de redistribuir colectivamente el coste de aquél.

Pensamos que ni siquiera la posición del *Restatement Third* –aún por comprobar empíricamente, pero algo más mesurada que la del Proyecto de Ley avalado por el *Informe McCain*– está exenta de riesgos: exonerando al fabricante de la adopción de un determinado perfeccionamiento o dispositivo de seguridad técnicamente ya viable, pero no asequible «a un coste razonable», ¿no se está abocando al público consumidor a servir de «coneji- llo de Indias» o banco de pruebas de la industria por razones de mera conveniencia económica⁸⁸ o de optimización de los beneficios empresariales? Si un coste es demasiado alto para ser asumido por un determinado sector industrial, ¿no acabará revelándose tanto o más gravoso (una vez comprobadas las consecuencias de su omisión) para cada uno de los individualmente perjudicados?⁸⁹.

⁸⁸ «*This is a day of synthetic living, when to an ever-increasing extent our population is dependent upon mass producers for its food and drink, its cures and complexions, its apparel and gadgets. These no longer are natural or simple products but complex ones whose composition and qualities are often secret. Such a dependent society must exact greater care than in more simple days and must require from manufacturers or producers increased integrity and caution as the only protection of its safety and well-being. Purchasers cannot try out drugs to determine whether they kill or cure... Where experiment or research is necessary to determine the presence or the degree of danger, the product must not be tried out on the public, nor must the public be expected to possess the facilities or the technical knowledge to learn for itself of inherent but latent dangers. The claim that a hazard was not foreseen is not available to one who did not use foresight appropriate to his enterprise... We believe it is the better view that whoever puts into circulation in commerce a product that is known or even suspected for being potentially inflammable or explosive is under an obligation to know his own product and to ascertain what forces he is turning loose*».

Estas palabras están entresacadas del Voto particular formulado por el magistrado Jackson a una ya antigua decisión del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, la recaída en el asunto *Dalehite et al. v. United States* (vid. la sentencia de 8 de junio de 1953 de la *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*, en [1953] 346 *United States Reports*, pp. 15 ss.). Aun así, hemos querido reproducirlas precisamente aquí porque, por su valor premonitorio, siguen estando de plena actualidad y porque coinciden con nuestra preocupación (expresada en el texto) por los riesgos y peligros que comporta una restauración más o menos solapada y más o menos amplia de un sistema basado en la *culpa* o negligencia del causante del daño.

⁸⁹ Con un razonamiento análogo a nuestra última pregunta, rechaza la Comisión Europea la sustitución del vigente sistema de responsabilidad objetiva de la Directiva 1985/374/CEE (cfr. *Libro verde sobre La responsabilidad civil por productos defectuosos*, COM [1999] 396 final, de 28 de julio de 1999). Así, en su p. 22, se plantea el citado documento que «si un riesgo es demasiado alto para que lo cubra una compañía de seguros, ¿no será también insalvable para el consumidor?».

III. LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL DERECHO CANADIENSE

1. LA CUESTIÓN COMPETENCIAL: LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA Y DE SU PATRIMONIO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL CANADIENSE

Una vez examinados los fundamentos teóricos y la evolución de la responsabilidad del fabricante en la jurisprudencia de los Estados Unidos, donde –como se ha visto– se sientan unas bases o pautas universales sobre la responsabilidad civil derivada de los productos defectuosos y sobre la responsabilidad empresarial en general, vamos a establecer a continuación en qué medida tales postulados han sido asumidos por el Derecho canadiense.

Tanto por ser Canadá un Estado plurilegislativo como por la frontal incidencia del daño causado por productos inseguros en los más elementales intereses del individuo (su persona y sus bienes; cfr. § 1 *Restatement Third, Torts: Products Liability*: «*harm to persons or property*»), parece conveniente iniciar el análisis examinando preliminarmente la posición que a tales intereses asigna el Derecho constitucional canadiense, ya que, en última instancia, su rango constitucional mediatiza el grado de libertad con que pueden ser configurados por el legislador ordinario y, particularmente, por los diversos Derechos civiles provinciales.

Desde el punto de vista constitucional, el precepto clave respecto a la protección de la persona es el artículo 7.º de la «Carta» o Declaración canadiense de derechos y libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, de 1982)⁹⁰, que, a diferencia de su modelo, el artículo V de la *American Bill of Rights* estadounidense, de 1789, sólo asigna rango de derecho fundamental a los derechos puramente personales (vida, libertad e integridad física) y no al derecho de propiedad (cfr. art. V *American Bill of Rights*: «*No person shall... be deprived of life, liberty or property, without due process of law...*»). Apartándose de la norma que lo inspira, el precepto canadiense omite, en cambio, toda referencia a la protección consti-

⁹⁰ La «Carta» fue incorporada a la Constitución canadiense por la «*Constitution Act*» de 1982, que, por otra parte, mantiene en vigor la originaria Constitución de 1867 (*British North America Act*), creadora del «Dominio de Canadá», germen del moderno Estado canadiense. La Constitución canadiense no se plasma, pues, en un único documento, sino que la componen todos los textos reseñados en el artículo 52 (2) de la Ley Constitucional de 1982 (cfr. HOGG, Peter W.: *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, 1997, pp. 5-8).

tucional de la propiedad y de los demás derechos patrimoniales (vid. así el citado art. 7.º de la *Canadian Charter of Rights*: «*Everyone has the right to life, liberty and security of the person*⁹¹ and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice»).

Pues bien, además de no ser casual, dicha omisión se explica precisamente como reacción a la experiencia derivada de la aplicación en Estados Unidos del artículo V de la *American Bill of Rights*. Sin ir más lejos, se achaca al precepto haber coartado indebidamente la competencia del legislador ordinario, confiriendo correlativamente a los jueces un omnímodo poder para revisar la constitucionalidad de la legislación de alcance económico y social, siempre que, según el criterio del juez sentenciador, una determinada ley (fuese federal o emanada de alguno de los Estados federados) restringiese –a su entender– sin las debidas garantías algún derecho patrimonial individual. En este sentido, resulta arquetípica la decisión que inauguró esa tendencia judicial: la decisión del caso *Lochner*, que, en 1905, llevó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos a pronunciarse contra la regulación legal de la duración máxima de la jornada laboral en los establecimientos de panadería del Estado de Nueva York por considerar que la misma vulneraba la libertad negociadora del empresario demandante⁹².

⁹¹ La protección de la integridad física se considera subsumida en la referencia del artículo 7.º de la «Carta» a la «seguridad de la persona»: «... *la sécurité de la personne signifie non seulement la protection de l'intégrité physique mais encore le droit aux choses nécessaires à la vie...*» (cfr. GARANT, Patrice: «Vie, liberté, sécurité et justice fondamentale», en BEAUDOIN, Gerald-A., y MENDES, Errol P. [eds.]: *Charte Canadienne des Droits et Libertés*, Montréal, 1996, pp. 417 ss. y, en esp., p. 435).

Por otra parte, una abundante jurisprudencia reconoce en Canadá que el derecho a la «seguridad» o a la integridad física reconocido en el artículo 7.º de la «Carta» no se ciñe a la puramente corporal, sino que impone preservar asimismo el bienestar psíquico o moral del individuo. Vid. así, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 28 de enero de 1988, relativa al asunto *R. v. Morgentaler* ([1988] R.C.S., pp. 30 ss.), donde se afirma: «... *security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against overlong subjection to vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation... These include stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction.*»

⁹² *Lochner v. New York* (la decisión data del 17 de abril de 1905 y se encuentra recogida en [1905] 198 *United States Supreme Court Reports*, pp. 45 ss.): «*The limitation of employment in bakeries to sixty hours a week and ten hours a day, attempted by N. Y. Laws... is an arbitrary interference with the freedom to contract guaranteed by U.S. Const. 14th Amend.*, which cannot be sustained as a valid exercise of the police power to protect the public health, safety, morals or general welfare.*»

* Téngase en cuenta que son las primeras «Enmiendas» a la Constitución americana las que añaden a ésta su Declaración de Derechos («*American Bill of Rights*»). Es por ello que el artículo V de esta última coincide en contenido con la quinta y la décimocuarta Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos.

En vista de tales precedentes, la omisión de la propiedad en el paralelo precepto de la Carta o Declaración de Derechos canadiense se explicaría, pues, para evitar que dicha cláusula de protección constitucional de los derechos patrimoniales individuales pudiese acabar operando al servicio del capitalismo liberal y como rémora de la intervención pública en la economía⁹³, como ocurrió en Estados Unidos hasta que el *New Deal* impulsado por el Presidente F. D. Roosevelt indujo un cambio de tendencia jurisprudencial⁹⁴.

A la expuesta razón de política legislativa, se suma en Canadá un adicional argumento de distribución competencial: la presión de aquellas provincias canadienses que, como la de Québec, aspiran a su reconocimiento como «sociedad distinta» en el seno de la Federación para limitar al máximo el elenco de derechos individuales enunciados en la «Carta» canadiense⁹⁵. En efecto, esa «Carta» o Declaración de derechos de la persona de rango constitucional es percibida por la provincia de Québec y, específicamente, por su mayoría francófona como un instrumento centralizador, no sólo por haber de ser tales derechos uniformemente garantizados en todo el territorio canadiense, sino, sobre todo, por estar encomen-

⁹³ «*The case of Lochner v. New York defined 'liberty' to include freedom of contract. The effect of these decisions for almost half a century was to protect constitutionally laissez faire capitalism from the encroachment of democratic institutions, effectively paralyzing legislative action in the realm of social welfare and employment regulation*» (cfr. ALVARO, Alexander: «Why Property Rights were excluded from the Canadian Charter of Rights and Freedoms», en MAC NEIL, M. J.; SARGENT, N., y DAWSON, T. B. [eds.]: *Introduction to private law relationships*, North York, 1995, pp. 220 ss., y, en especial, p. 221).

⁹⁴ La tendencia judicial inaugurada por la decisión del caso *Lochner* se mantuvo hasta que, en 1937, el propio Tribunal Supremo se apartó de dicho precedente judicial (así lo hizo en la sentencia relativa al asunto *West Coast Hotel v. Parrish*; cfr. [1937] 300 *United States Supreme Court Reports*, pp. 379 ss.). Además de ser casi coetáneo de la llegada de F. D. Roosevelt al poder (1933), dicho cambio de jurisprudencia parece haber sido inducido por el propio Presidente (cfr. HOGG, p. 805). Sobre ambas decisiones (*Lochner* y *West Coast*), cfr. HOGG: *op. cit.*, pp. 129, 805, 816 y 1074.

⁹⁵ Si prescindimos de las fracasadas tentativas soberanistas encarnadas por las reiteradas convocatorias de *referenda* sobre la independencia del Québec, el principal intento para su reconocimiento como «sociedad distinta» en el seno de la Federación canadiense se plasmó en el llamado «Acuerdo del Lago Meech», que, suscrito en junio de 1987 entre las diez Provincias canadienses y el Gobierno Federal, se avenía a reformar la Constitución para acoger las principales reivindicaciones quebequesas. No obstante, el citado Acuerdo no pudo llegar a consolidarse por negarle algunos Parlamentos provinciales (los de New Brunswick, Manitoba y Terranova) su ulterior ratificación (sobre esta cuestión, *vid.* WOEHLING, José: «La crise constitutionnelle et le réaménagement des rapports entre le Québec et le Canada anglais», en [1993] 7-8 *The Charter, Federalism and the Constitution, International Journal of Legal Studies*, pp. 9 ss. y, en especial, pp. 12 y 19).

dada su aplicación a una jerarquía judicial que, además de poder mostrarse tentada –como lo hizo en Estados Unidos– a suplantar al legislador⁹⁶, presenta el inconveniente añadido de estar integrada por jueces que no son elegidos, sino designados por el Gobierno federal, a quien la Constitución canadiense reserva el nombramiento de los jueces de los tribunales superiores y de apelación de las provincias (art. 96 de la Constitución canadiense de 1867)⁹⁷.

En definitiva, el aludido temor a la intromisión judicial y esa percepción de la «Carta» como eventual vía de recorte de las atribuciones legislativas de las Provincias explican⁹⁸ el relativamente limitado número de derechos subjetivos privados constitucionalmente declarados. De todos modos, el silencio de la «Carta» respecto a un determinado derecho subjetivo no cuestiona ni media-tiza su existencia. Ese derecho continúa existiendo con la única

⁹⁶ La fiscalización judicial de la legislación ordinaria la propician tanto el artículo 52 (1) de la Ley Constitucional de 1982, que priva de vigencia a las disposiciones, de cualquier rango o procedencia, incompatibles con la Constitución, como el artículo 24 de la propia «Carta», que reconoce a toda persona que vea vulnerados los derechos y libertades que le son reconocidos en aquélla la facultad de obtener reparación ante los tribunales competentes.

⁹⁷ De hecho, tales recelos hacia la Carta son fundados, ya que, no pocas veces, la igualdad entre los individuos en ella garantizada (art. 15 [1]) ha sido esgrimida tanto por la minoría anglófona del Québec como por las provincias anglófonas del Canadá para oponerse a cualquier reconocimiento formal por parte de la Federación del carácter «distinto» de la sociedad quebequesa: «... [L]e Canada anglais a toujours opposé le double principe de l'égalité des provinces et des individus. L'insistance mise sur l'égalité juridique de toutes les provinces empêche évidemment de reconnaître à l'une d'entre elles un statut ou des pouvoirs particuliers... Quant à l'égalité des individus, garantie par la Charte Constitutionnelle, l'interprétation radicale et quelque peu simpliste qu'on lui donne parfois rend également plus difficiles les arrangements institutionnels qui reconnaissent au Québec un statut particulier» (así, WOEHLING, José: *loc. cit.*, p. 23).

⁹⁸ Esas mismas razones (particularmente, el recelo hacia el eventual efecto centralizador de la «Carta») explican también la resistencia de numerosas provincias a suscribirla. De hecho, algunas de ellas sólo se avinieron a hacerlo a cambio de la introducción en el artículo 33 de la «Carta»* de una cláusula derogatoria que faculta tanto al Parlamento central como a los provinciales a disentir de las decisiones del Tribunal Supremo y a aprobar leyes que éste hubiera invalidado por considerarlas contrarias a la «Carta». De hecho, aun sin ser lo usual –puesto que, comúnmente, los parlamentos provinciales se avienen a modificar la ley en cuestión–, algunas provincias, como Québec y Saskatchewan, han llegado a hacer uso de la cláusula derogatoria (cfr. HIEBERT, Jane L.: «Los efectos de la Carta de Derechos y Libertades en la política canadiense», en MITJANS, Esther, y CASTELLÀ, Josep M. [coords]: *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico*, Barcelona, 2001, pp. 195 ss., y, en especial, pp. 198 y 204-206).

* Artículo 33 de la «Carta canadiense de derechos y libertades»: «Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter» [los preceptos citados por esta disposición excepcionan de su aplicación determinados derechos subjetivos públicos, tales como los de sufragio activo y pasivo].

peculiaridad –respecto a los que son constitucionalmente declarados, cuya protección se ve, por ello, reforzada– de poder ser libremente configurado por los poderes públicos y, específicamente, por el *common law* y por las leyes imperantes en las provincias canadienses⁹⁹.

Respetando, pues, el límite constitucional representado por los derechos individuales fundamentales, la competencia legislativa provincial se extiende –dentro del respectivo a territorio– a todas las materias civiles, ya que, desde los orígenes del Estado canadiense, se ha asignado ese alcance omnicompreensivo a la fórmula «*property and civil rights in the province*»¹⁰⁰ con la que el artículo 92 (13) de la Constitución de 1867 enuncia las facultades legislativas de los parlamentos provinciales sobre el Derecho privado.

Presupuesto ese amplio poder de las provincias sobre el Derecho civil¹⁰¹, el legislador quebequés sustituyó en 1991 el antiguo

⁹⁹ Cfr. artículo 26 de la «Carta canadiense de derechos y libertades»: «*The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada*». Sobre el alcance de este precepto, cfr. HOGG: *op. cit.*, pp. 832-833.

¹⁰⁰ Así, ya antes incluso de la Constitución de 1867, ya que la fórmula «*property and civil rights in the province*» se inspira en el artículo 8.º de la *Quebec Act*, de 22 de junio de 1774, ley mediante la cual los conquistadores británicos restituyeron a esa Provincia el cuerpo íntegro de su Derecho privado o relativo a las relaciones entre particulares, es decir, todo aquel Derecho que aquéllos no consideraron necesario suplantarlo por el suyo propio (cfr. HOGG: *op. cit.*, p. 547, quien además especifica que la aludida competencia provincial comprende «*the law relating to property, succession, the family, contracts and torts*»).

¹⁰¹ La amplísima competencia provincial sobre el Derecho privado no es eliminada. De una parte, hay que tener en cuenta que está delimitada territorialmente (cfr. art. 92 [13] Const. de 1867: «*property and civil rights in the province*»). Pero, además, no siempre cabe sustraerla al poder federal en materia de «*trade and commerce*» (art. 92 [16] Const. de 1867) ni, sobre todo, al criterio de atribución residual de competencias que, para el legislador federal, representa la cláusula «*to make laws for the peace, order and good government of Canada*» (art. 91 Const. de 1867), que le faculta a inmiscuirse en las competencias provinciales siempre que considere que un determinado asunto local repercute sobre los intereses nacionales. Ocurre, pues, que, cuando en un determinado asunto civil o mercantil confluyen dos o más de los mencionados títulos competenciales, la competencia provincial, en principio exclusiva, acaba configurándose como compartida (así, p. ej., en materia de consumo).

Con todo, los tribunales canadienses parecen ponderar con cierta flexibilidad el poder provincial sobre el Derecho privado, concediendo a las provincias el beneficio de la duda de no haberse excedido de su esfera competencial, ni objetiva ni territorialmente (cfr. HOGG: *op. cit.*, pp. 544 y 563). Hay, aun así, un límite infranqueable: el de la libre circulación de mercancías entre las provincias, libertad garantizada por la propia Constitución (art. 121 Const. de 1867), lo que lleva a declarar inválida cualquier regulación provincial sospechosa de proteccionismo hacia los propios productos y de consiguiente discriminación hacia los ajenos (cfr. HOGG: *op. cit.*, pp. 1056-1058).

Ahora bien, a la vista de casos significativos, incluso tales conflictos competenciales parecen acabar resolviéndose en Canadá por la vía de la cooperación y el diálogo entre los poderes implicados. Sin ir más lejos, así lo demuestra la llamada «guerra de

CC de 1865 (*Code civil du Bas Canada*) por el vigente *Code civil du Québec* (en adelante, CcQ) de 18 de diciembre de 1991. Uno de los principales motivos de la reforma fue precisamente reconocer la primacía de la protección de la persona en el código civil¹⁰², en consonancia con la «Carta» quebequesa de Derechos y Libertades, de 1975 («*Charte des droits et libertés de la personne*»), declaración que, aunque –a diferencia de la «Carta» canadiense– carece de rango constitucional, ostenta aun así primacía sobre las leyes ordinarias¹⁰³.

La continuidad entre el CcQ y la «Carta» quebequesa de derechos es tal que ésta contiene normas relativas a la protección de la propiedad (art. 6 «*Charte des droits et libertés*») y al deber de reparación del daño causado a otro (art. 49 «*Charte*») más propias de un código civil que de una declaración de derechos¹⁰⁴. Inversamente, esa continuidad entre el Código y la Carta se manifiesta en que los dos primeros Títulos del CcQ, tras enumerar –sin ánimo exhaustivo– algunos de los derechos extrapatrimoniales o «de la personalidad» ya consagrados en la «Carta» (art. 3 CcQ), regulan el ejercicio de aquél de ellos que se considera de principal repercusión para el Derecho civil: el derecho de la persona a su integridad (arts. 10 ss. CcQ).

Pues bien, esa comunicación entre el Derecho público y el privado y, sobre todo, esa primacía conferida a la protección de la

los huevos» de los años setenta entre Ontario y Québec, que, pese a dirimirse en los tribunales (en una decisión del Tribunal Supremo de Canadá de 28 de junio de 1971; cfr. *Attorney General Manitoba v. Manitoba Egg & Poultry Association et alii*, en [1971] R.C.S., pp. 689 ss.), concluyó en un acuerdo entre el Gobierno Federal y los diez Gobiernos provinciales que se avino a asignar precios de venta más altos a los huevos vendidos fuera de la provincia productora (cfr. HOGG: *op. cit.*, pp. 563 y 1060).

¹⁰² «*En affirmant que toute personne est titulaire des droits de la personnalité, il [le Code civil] consacre le fait que la personne est au centre des préoccupations de cette législation fondamentale*» (así, el Preámbulo al Título Primero del Libro I CcQ).

¹⁰³ Así lo entiende WOEHLING: *loc. cit.*, p. 22. Ahora bien, el artículo 52 de la «Carta» quebequesa en el que, supuestamente, se sustenta la supremacía de ésta sobre las leyes ordinarias de esa Provincia parece tener la estructura de «un pez que se muerde la cola», pues, si bien el precepto impide a cualquier norma legal derogar los derechos enunciados en la «Carta», acto seguido faculta a hacerlo, siempre y cuando la ley en cuestión se declare aplicable pese a la «Carta».

¹⁰⁴ Así, el artículo 6.º de la «Carta» quebequesa de Derechos y Libertades enuncia la protección de la propiedad con una fórmula muy próxima a la propia definición del derecho de propiedad en el CcQ (art. 947 CcQ): «*Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi*».

Por lo que hace al artículo 49 de la «Carta», relativo al deber de reparación del daño causado a un derecho o libertad reconocidos por la «Carta», su formulación se encuentra asimismo muy próxima a la de las reglas generales de la responsabilidad civil contenidas en el CcQ (comp. art. 1457.2 CcQ).

persona y de su integridad, tanto física como psíquica o «moral»¹⁰⁵, se deja sentir en las normas del CcQ que son ya propiamente de Derecho privado. Así, aflora dicha preocupación, de una parte, en disposiciones generales de la responsabilidad civil, tales como los artículos 1457.2 y 1458.2 CcQ –relativos, respectivamente, a la responsabilidad extracontractual y a la contractual– que extienden el deber de reparar el daño causado a toda clase de perjuicio, sea «corporal, moral o material», y en el artículo 1474.2, que prohíbe la exclusión o limitación convencional de la responsabilidad por el daño corporal o moral causado a otro, prohibición que el propio legislador quebequés eleva a la categoría de norma de orden público¹⁰⁶.

Pero, sobre todo, esa preocupación por la persona en el CcQ se manifiesta en la inclusión en el propio código de un ámbito especial de la responsabilidad civil, hasta ahora lógicamente excluido de los clásicos códigos decimonónicos: la responsabilidad civil del fabricante de productos defectuosos o potencialmente peligrosos por ser inseguros¹⁰⁷. Tal y como ha reconocido implícitamente el legislador quebequés al haber incluido ese particular sector de la responsabilidad civil en el propio código civil y no en la especial legislación de consumo, esa clase de riesgo afecta a toda persona, independientemente de su condición de *consumidor* o usuario: en la moderna sociedad industrializada y altamente tecnificada, todo individuo se encuentra expuesto al daño causado por un producto defectuosamente fabricado, cuya onda expansiva puede alcanzarle,

¹⁰⁵ Sobre esa doble dimensión, física y psíquica, del derecho de la persona a su integridad en la jurisprudencia canadiense, cfr. *supra* nota 91.

¹⁰⁶ «*Cette règle, d'ordre public, s'impose dès lors que le nouveau code reconnaît la primauté de la personne humaine...*» (cfr. *Commentaires du Ministre de la Justice. Le Code civil du Québec*, Louisville, 1993, tomo I, comentario del art. 1474, p. 903). Reconoce el valor cualificado de dicho «Comentario» en tanto que instrumento de interpretación auténtica del CC la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 10 de julio de 1997 (cfr. *City of Verdun v. Gilles Doré*, 1997 I R.C.S. 862; *vid.* en especial p. 864).

¹⁰⁷ «*Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, et surtout durant les dernières décennies, le caractère technique des biens dont nous nous servons quotidiennement n'a cessé de croître, notamment sur les plans mécanique, électronique, médical et informatique. Cette montée a coïncidé avec l'augmentation de leur caractère dangereux et a engendré d'innombrables risques pour les usagers... À l'instar du droit américain et européen... le législateur québécois voulait dans le Code civil du Québec, s'attaquer au problème que représente le caractère non sécuritaire des biens. La protection de l'intégrité physique de la personne était même une des priorités de la réforme. En effet, le droit à l'intégrité est reconnu comme un principe fondamental de notre droit. Une série de mesures concrètes d'ailleurs le principe. Une responsabilité spéciale assurant la sécurité des biens en matière extracontractuelle est créée...*» (así, EDWARDS: *op. cit.*, p. 283).

como mero *bystander* o *simple passant*, por su sola proximidad al hecho del accidente.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FABRICANTE EN EL *COMMON LAW* Y EN EL *DROIT CIVIL* CANADIENSES

Mientras que en Québec la responsabilidad civil del fabricante se encuentra regulada en los artículos 1468, 1469 y 1473 de su CC (CcQ)¹⁰⁸, en las provincias regidas por el *common law* la indicada materia se sujeta a las decisiones judiciales, investidas de la fuerza vinculante que, en dicho sistema –donde la jurisprudencia actúa como fuente del Derecho– se asigna al precedente judicial (*stare decisis*). Ahora bien, pese a la diversidad esencial y de principio que media entre ambos sistemas¹⁰⁹ (el Derecho del Québec, de corte europeo continental por inspiración francesa, y el Derecho anglosajón de las demás provincias)¹¹⁰, se constata una acusada afinidad entre las reglas aplicadas tanto por el *droit civil* como por el

¹⁰⁸ En el CcQ, los artículos 1468 y 1469 se incluyen dentro del Libro V («*Des obligations*»), en el Capítulo Tercero («*De la responsabilité civile*»), Sección I («*Des conditions de la responsabilité*»), bajo el epígrafe § 3 («*Du fait des biens*»). En cuanto al artículo 1473, se incardina, dentro del mismo Libro y Capítulo, en la Sección II («*De certains cas d'exonération de responsabilité*»).

¹⁰⁹ Sobre las peculiaridades del *common law* en general, cfr. SÉROUSSI, Roland: *Introducción al Derecho inglés y norteamericano*, Barcelona, 1998. Sobre los rasgos de ese sistema en Canadá, cfr. ORELLANA RONCERO, Virginia: «El *common law* en Canadá: la regla del precedente», en MITJANS, Esther, y CASTELLÀ, Josep M. (coords.): *Canadá: introducción al sistema político y jurídico*, Barcelona, 2001, pp. 329 ss.

¹¹⁰ Con todo, hay que puntualizar que, pese al aludido contraste entre el *civil* y el *common law*, derivado sobre todo del valor vinculante del precedente judicial en este último sistema, han existido desde siempre intentos de aproximación entre ambos. Conviene consultar a este respecto el trabajo de GLENN, Patrick: «The common law in Canada», en 74 [1995] *The Canadian Bar Review*, pp. 261 ss. Así, indica GLENN que, cuando, en el siglo XIX, se intentó racionalizar dicho sistema –tratando de abstraerlo de la mera decisión del caso concreto y de dotar de un sustrato racional a las decisiones judiciales– los jueces anglosajones volvieron los ojos a la doctrina europea continental y, particularmente, a las construcciones de Robert Joseph POTHIER (1699-1772): «*Stare decisis emerged at a unique moment in the history of the common law tradition... The content of the new, substantive common law had to be discovered, or created. In England and the U.S.A this was done through heavy reliance on Pothier and other continental writers, and through a miraculous conversion of old pleading rules into substantive prescriptions*» (cfr. GLENN, p. 268).

Si bien POTHIER es conocido entre los civilistas europeos por su decisivo ascendente sobre los artífices del CC francés de 1804, particularmente en materia de obligaciones, nuestro trabajo ha de permitir comprobar asimismo la influencia de algunas de sus afirmaciones en la responsabilidad civil impuesta al fabricante y al vendedor profesional por el CcQ (*vid. infra* nuestro epígrafe III, 2.2.1. La extensión contra el fabricante de la garantía por vicios ocultos).

common law en materia de responsabilidad civil del fabricante. Tal coincidencia ¹¹¹ se explica porque –como se pondrá aquí de relieve– tanto el CcQ como las decisiones canadienses del *common law* beben a este respecto de una fuente común: la jurisprudencia de los Estados Unidos, que, en materia de responsabilidad por productos, ha sentado –como sabemos– unas pautas hasta cierto punto universales ¹¹².

Ese papel pionero de los Estados Unidos se deja sentir incluso en el Québec ¹¹³, por mucho que el legislador quebequés afirme en el «Comentario» oficial al artículo 1468 CcQ que sus preceptos es-

¹¹¹ «*In the field of products liability, common and civil law are not far apart*» (cfr. KESSLER, Friedrich: *Products Liability*, en *The Yale Law Journal*, 1967, vol. 76, pp. 887 ss., y, en esp., p. 937). Para el Derecho canadiense, corrobora la proximidad entre el Derecho civil quebequés y el *common law* en materia de responsabilidad del fabricante la obra de TANCELIN y GARDNER (cfr. TANCELIN, Maurice, y GARDNER, Daniel: *Jurisprudence commentée sur les obligations*, Montréal, 1999; *vid.* a este respecto las pp. 528 y 530). Además, esa similitud de principios y reglas entre ambos sistemas se ve confirmada por el hecho de que, no pocas veces, las decisiones del Tribunal Supremo del Canadá se fundamentan invocando simultáneamente reglas legales, doctrina y decisiones de inspiración continental y decisiones judiciales anglosajonas (*vid.* así, p. ej., la sentencia de 1 de febrero de 1944 del Tribunal Supremo de Canadá, relativa al asunto *The London & Lancashire Guarantee & Accident Company of Canada v. La Compagnie F. X. Drolet*, [1944] *Recueil de la Jurisprudence de la Cour Suprême* [en adelante, R.C.S.], pp. 82 y s.s., y, sobre todo, la célebre sentencia del mismo Tribunal, de 11 de octubre de 1921, recaída en el asunto *Ross v. Dunstall/Emery* [1921] R.C.S., pp. 393 ss., que luego comentaremos en nuestro epígrafe III, 2.2.1).

¹¹² Sobre el papel impulsor que, en materia de responsabilidad por productos, desempeñó la jurisprudencia de los Estados Unidos en el contexto del *Welfare State*, cfr. *supra* nuestro epígrafe II. La responsabilidad civil del fabricante en Norteamérica y allí, en particular, las notas 7 y 8.

¹¹³ James DENNIS confirma la influencia de la jurisprudencia estadounidense en la regulación legal del Québec: «*The manufacturer's liability development in the United States has heavily influenced products liability law... and left a distinct impression upon the articles of the Civil Code of Quebec*» (cfr. DENNIS, James: «Basic Principles of Manufacturer's Liability under the Civil Code of Quebec», en *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville, 1991, pp. 403 ss., y, en especial, p. 403).

Sin ir más lejos, tal influencia se explica a la vista del flujo de productos entre Québec y Estados Unidos: a principios de los años 90, casi el 75% de las exportaciones de Québec se dirigieron a los Estados Unidos, procediendo, además, de ellos el 44% de sus importaciones, mientras que las procedentes de Europa representaron sólo el 25,5%. Puede consultarse en cuanto a tales datos ROCHER, François: «Le Québec en Amérique du Nord: la stratégie continentale», en GAGNON, Alain-G.: *Québec: État et société*, Montréal, 1994, pp. 461 ss., y, en especial, pp. 462-464. Más recientemente, puede hallarse análoga constatación en un trabajo de Claude MASSE, quien maneja cifras próximas a las de ROCHER (cfr. MASSE, Claude: «The positive experience of the Civil Code of Quebec in the North America common law environment», en McQUEEN, Héctor L.; VAQUER, Antoni, y ESPIAU ESPIAU, Santiago (eds.): *Regional Private Laws and Codification in Europe*, Cambridge, 2003, pp. 260 ss., y, en especial, p. 265).

tán inspirados en una Directiva europea¹¹⁴, la Directiva 1985/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos¹¹⁵. En realidad, precisamente porque se inspira en esa Directiva, está impregnado el Derecho quebequés de la influencia norteamericana, ya que el propio legislador europeo se inspiró para disciplinar la responsabilidad del fabricante en el Derecho estadounidense, por haber sido éste —cuando menos, en el momento del *Restatement 2d On Torts*— el más progresista sobre la materia¹¹⁶.

Conviene, pues, partir de la ya advertida proximidad entre el *civil* y el *common law* en materia de responsabilidad por productos, dado que, además de una misma influencia (la de la jurisprudencia estadounidense), ambos sistemas comparten premisas y objetivos, lo que nos va a permitir un examen conjunto de la responsabilidad del fabricante en el Derecho de Québec y en el *common law* canadiense.

2.1 Las reglas de la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos

En Canadá, la necesidad de articular un régimen especial de responsabilidad para los daños causados por productos inseguros parte de una premisa que ya conocemos: el hecho de que, al propiciar el maquinismo y la industrialización la intervención de fuerzas que el hombre no controla¹¹⁷, haya que contar con la po-

¹¹⁴ La influencia de la citada Directiva europea se reconoce en el «Comentario» oficial al CcQ, emanado de su Ministerio de Justicia (cfr. *Commentaires du Ministre de la Justice*, cit., comentario del art. 1468, p. 897).

¹¹⁵ *Diario Oficial de la Comunidad Europea*, núm. L 210, de 7 de agosto de 1985.

¹¹⁶ Cfr. *supra* epígrafe II. La responsabilidad civil del fabricante en Norteamérica.

¹¹⁷ En el *common law* canadiense, así lo reconocen sentencias como la recaída en el asunto *Buchan v. Ortho Pharmaceutical Canada Ltd.* (vid. la sentencia de 17 de enero de 1986 del Tribunal de Apelación de Ontario, [1986] *Dominion Law Reports*, 4th Series, pp. 658 ss.), que se ocupa del accidente vascular (embolia) sufrido por una paciente tratada con anticonceptivos orales: «*In the present state of human knowledge, many drugs are clearly incapable of being made totally safe for their intended or ordinary use, even though they have been properly manufactured and are not impure or defective...*». En el *droit civil* y para un caso aún más frecuente, como es el de la explosión fortuita de botellas conteniendo bebidas carbónicas, lo reconoce asimismo una sentencia del Tribunal Superior de Québec, la recaída el 16 de enero de 1954 en el asunto *Belanger v. Coca-cola* (cfr. [1954] *Rapports Judiciaires de Québec*, pp. 158 ss.): «... *les précautions les plus rigoureuses n'empêchent pas toujours les accidents... Ce sont des êtres humains qui font fonctionner les machines automatiques... Le bon fonctionnement de ces machines dépend de l'habileté, du jugement, de la mémoire et*

sibilidad de productos defectuosos (y, consiguientemente, dañosos) dentro de una serie, sin que tales defectos puedan llegar a ser imputados a la específica conducta de un agente concreto. A la vez, como en el caso de los Estados Unidos, se comprueba cómo los tribunales han ido haciendo suyo el objetivo de garantizar en la medida de lo posible la indemnidad del dañado, sea éste el consumidor del producto o incluso un mero *bystander* o *simple passant*¹¹⁸.

No obstante, pese a la identidad de premisas, no coinciden los mecanismos aplicados, básicamente por la reticencia de los tribunales canadienses a declarar que debe hacerse al fabricante

des conditions physiques et mentales des préposés. Ces qualifications varient d'un individu à l'autre et peuvent même varier d'un jour à l'autre chez le même individu. L'organisme humain n'est pas infallible».

¹¹⁸ Sobre la necesidad de llegar a proteger frente a los productos inseguros también al mero *bystander* o «*simple passant*», vid. el ya citado (*supra* nota 106) *Comentario del Ministro de Justicia al CcQ* (cfr. comentario al art. 1468 CcQu, p. 897): «*Ce régime [la responsabilité extracontractuelle en matière de produits non sécuritaires] est établi au profit des tiers, utilisateur ou simple passant, qui ne bénéficient pas d'un lien contractuel avec le fabricant... leur permettant de fonder leur recours sur la garantie de qualité des biens...*».

En la jurisprudencia, es sintomática de una protección sin reservas al *bystander* la decisión de 10 de enero de 1996 relativa al asunto *Gagnon c. Ratté* (cfr. [1996] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 766 ss.), donde el Tribunal Superior de Québec otorga protección frente al distribuidor del producto (a quien equipara al fabricante; cfr. art. 1468.2 CcQ) a Raymond Gagnon, herido por la explosión de un barril conteniendo residuos de un producto altamente inflamable que estaba siendo manipulado por su vecino. Pese a que el accidente fue provocado por las indebidas condiciones de conservación y manipulación del barril por su usuario (Jacques Ratté), el Tribunal consideró a éste sólo parcialmente responsable del daño e imputó la principal responsabilidad al distribuidor-fabricante, considerando que éste no podía ignorar «*les dangers inhérents aux produits qu'elle [la compañía distribuidora] achetait ou aux déchets dangereux qu'elle générerait. Elle est responsable d'avoir illégalement et sciemment mis des déchets dangereux à la disposition du public*».

No es, en cambio, significativa de la protección o no al mero *bystander* la sentencia relativa al asunto *Vanek et al. v. The Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd. et al.* (sentencia del Tribunal de Apelación de Ontario, de 7 de diciembre de 1999; cfr. 48 *Ontario Reports, 3d Series*, pp. 228 ss.), donde se deniega la protección a los padres de la víctima (una menor levemente indispuesta por el consumo de un zumo donde se encontraron restos de gasolina), no por el hecho de ser *bystanders*, sino por lo absurdo de su reclamación: los padres demandaron al fabricante por el daño psíquico que sufrían todavía un año después del incidente, reducido a que su hija, que no llegó a ser hospitalizada, tuvo que ausentarse del colegio y permanecer en observación unas horas. La infundada pretensión (que, en nuestro ordenamiento, seguramente hubiese sido rechazada *ab limine*; cfr. art. 247.2 LEC) fue desestimada por el Tribunal argumentando, como parece natural, lo siguiente: «*Before a defendant will be held in breach of duty to a bystander he must have exposed him or her to a situation in which it is reasonable foreseeable that a person of reasonable robustness and fortitude would be likely to suffer psychiatric injury... In becoming obsessed with the incident, E's parents were not acting like the average concerned parent. They lacked the reasonable fortitude and robustness that the law expects of all its citizens...*».

responsable *aun sin culpa* o negligencia. Curiosamente, incluso algunas decisiones judiciales que hacen suya la tesis norteamericana de que el fabricante debe actuar como asegurador del daño inherente a la producción industrial y como redistribuidor social de su coste mediante un recargo en el precio de venta al público de sus productos¹¹⁹, no consiguen desvincular tal argumento de justicia distributiva o social de otros más propios de una justicia correctiva o de mera resolución del caso concreto, como lo es la invocación de la *culpa* o imprudencia del fabricante.

A este respecto, resulta bien significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá, de 27 de agosto de 1973, relativa al asunto *Rivtow Marine v. Washington Iron Works*¹²⁰: «*The liability rests upon a conviction that manufacturers should bear the risk of injury to consumers or users of their products when such products are carelessly manufactured because the manufacturers create the risk in the carrying on of their enterprises, and they will be more likely to safeguard the members of the public to whom their products are marketed if they must stand behind them as safe products to consum or to use. They are better able to insure against such risks, and the cost of insurance, as a business expense, can be*

¹¹⁹ Como se ha visto (*supra* epígrafe II, 2.2), ese recargo corresponde al coste que al fabricante le supone el seguro de responsabilidad civil que ha de contratar para hacer frente a su responsabilidad hacia los usuarios de sus productos.

¹²⁰ Cfr. 1974 R.C.S., pp. 1189 ss.

Mientras que algunas otras decisiones asumen asimismo esa tesis de la función aseguradora (y, a la vez, preventiva de futuros daños) de la responsabilidad empresarial (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de Canadá, de 26 de enero de 1995, relativa al asunto *Winnipeg Condominium Corp. No. 36 v. Bird Construction Co. Ltd. et al.*, [1995] 1 R.C.S., pp. 85 ss.), la rechaza, en cambio, contundentemente una sentencia del Tribunal Superior de la provincia de British Columbia, de 4 de enero de 1993, relativa al litigio *Stiles v. Becket* (recogida en *22 Carswell's Practice Cases, 3d Series*, pp. 145 ss.): «*The law does not require a manufacturer to produce articles which are accident proof, or incapable of doing harm. The manufacturer is not 'an insurer' of anyone who suffers injury while using, or misusing* the product... By this standard, a manufacturer would be liable for all injuries arising from the use of its product, no matter how dangerous, foolish or careless the use was*. That is not the law in Canada*».

* La negrita es mía. A mi entender, el rechazo de la transcrita sentencia a la tesis de la función aseguradora y socialmente redistributiva del daño que corresponde al fabricante no puede desvincularse de las específicas circunstancias del caso enjuiciado: la demanda interpuesta por el actor, *Cody Stiles*, quien sufrió lesiones graves e irreversibles conduciendo un vehículo de la marca *Honda* (codemandada), era de viabilidad, cuando menos, dudosa, dada la conducción temeraria de la propia víctima. Resulta, pues, lógica la declaración del Tribunal de que no puede convertirse al fabricante en asegurador del usuario imprudente o sumamente descuidado. Téngase en cuenta, además, que, incluso en el sistema de responsabilidad objetiva o aun sin culpa, la culpa o imprudencia del propio perjudicado es causa de exoneración o aminoración de la responsabilidad del agente del daño.

spread with less pain among the buying public than would be the case if an injured consumer or user was saddled with the entire loss that befalls him».

Es más, tanto en el *common law* como en el *droit civil* canadiense, menudean las decisiones judiciales que, aún más abiertamente, basan la responsabilidad del fabricante en una imputación de culpa o negligencia, si bien parten de una presunción de culpa que es el fabricante quien ha de rebatir¹²¹.

En esa renuencia de los tribunales canadienses a abandonar el patrón clásico de la *culpa*, pesan antes razones socio-económicas que jurídicas. En efecto, hay que pensar que la situación social de las víctimas de accidentes industriales es, en Canadá, harto diferente de la que pueden llegar a padecer en Estados Unidos. Allí, la ausencia de un sistema de seguridad social o de asistencia médica gratuita¹²² induce a los tribunales a hacer funcionar la responsabilidad del fabricante como un subrogado de la seguridad social¹²³, procurando que sea él en todo caso quien haya de soportar el coste de las lesiones sufridas por la *víctima* del producto¹²⁴.

En vista, pues, de esa diversa situación socio-económica, los tribunales de Canadá no parecen decidir bajo la presión de una eventual situación desesperada de la víctima del daño. De una

¹²¹ Así, por ejemplo, *Buchan v. Ortho Pharmaceutical Canada Ltd.* (cit. *supra* nota 117), según la cual «*products liability law [is] based on negligence*». Para el Derecho civil de Québec, *vid. Boréal Assurances Inc. c. A-1 Rent-A-Tool Inc. et autres* (Tribunal Superior de Québec, 8 de enero de 1995; cfr. [1995] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 914 ss.), según la cual «*La demanderesse n'est pas tenue de démontrer que le mécanisme de la valve est mal conçu ou qu'il est de fabrication défectueux: c'est à Sherwood Gas [fabricante demandado] de répousser la présomption de responsabilité...*». Y, asimismo, *Allendale Mutual Insurance Company c. British Steel Canada Inc.* (*id.* Tribunal Superior de Québec, 21 de noviembre de 1997; cfr. [1998] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 108 ss.), que alude a una «*presumption of fault and responsibility created in its favour [en favor del demandante] by law*».

¹²² Cfr. *supra* nota 11.

¹²³ «*[T]he courts begin to operate as a weak surrogate for a fully-functioning public health care system*» (*vid.* la reseña de Reuben HASSON a la obra de Geraint G. HOWELLS: *Product Liability, Insurance and the Pharmaceutical Industry*, en [1993] 21 *Canadian Business Law Journal*, pp. 459 y, en esp., p. 459).

¹²⁴ De hecho, incluso alguna de las sentencias americanas consultadas reconoce la influencia que ese contexto de desasistencia pública de los perjudicados puede ejercer sobre los tribunales estadounidenses: «*Until Americans have a comprehensive scheme of social insurance courts must resolve by a balancing process the head-on collision between the need for adequate recovery and viable enterprises*» (así, la decisión de 20 de octubre de 1967 del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el 5.º Circuito, relativa al asunto *Helene Curtis Industries Inc. v. Edd and Marjorie Ann Pruitt*; cfr. 385 [1967] *Federal Reporter, 2d Series*, pp. 841 ss.).

parte, porque Canadá es un Estado con parámetros de asistencia pública equiparables a los de la Europa occidental ¹²⁵. De otra, porque esa cobertura social pública ¹²⁶ se ve completada por los seguros privados de responsabilidad civil con que, frecuentemente, se protegen a sí mismos los particulares. Por tanto, muy a menudo también, quien reclama al fabricante del producto defectuoso no es el particular perjudicado por aquél, sino la compañía aseguradora que ha indemnizado al sujeto dañado por el producto ¹²⁷. Ello significa que, muchas veces, el litigio se sustancia entre dos empresarios (el fabricante del producto y la aseguradora del perjudicado, de poder económico igual o superior al de aquél) y no –como se ha visto para Estados Unidos– entre un empresario y un particular, que, de no ser declarado responsable el fabricante, se vería abocado a soportar el coste de unos daños personales y patrimoniales que pueden desestabilizar su economía.

Por así decirlo, por ser, en general, menos acuciante en Canadá la situación de los perjudicados, existe menor necesidad de forzar o, cuando menos, mostrar desapego hacia las reglas y principios tradicionales. Ahora bien, pese a ese mantenimiento formal del sistema de imputación por *culpa*, las sentencias canadienses no llegan a resultados hartamente diversos de los constatados en la jurisprudencia estadounidense y puede decirse que, por medios indirectos, acaban tratando al empresario con un rigor parangonable al aplicado por aquélla.

Así, en primer lugar, se comprueba que los niveles de diligencia o cuidado impuestos al fabricante son tan elevados que, prácticamente, se le hace responsable de cualquier resultado. En realidad, no pocas veces, el razonamiento de las decisiones consultadas es el inverso: se deduce la culpa o negligencia del resultado dañoso, afirmándose que, si éste se ha producido sin que haya podido establecerse cómo o por qué tuvo lugar, es porque el

¹²⁵ Vid. el cuadro comparativo de gasto social en los países de la OCDE que proporciona Antonia MAIONI, donde el nivel de Canadá se encuentra, p. ej., más cerca del de Alemania que del de Estados Unidos (cfr. MAIONI, Antonia: «The Welfare State and Canadian Society», en ANASTASI, BONANNO y RIZZO [coords.]: *The Canadian Vision, La vision canadienne*, Villa San Giovanni, 1996, pp. 27 ss. y, en especial, p. 38).

¹²⁶ «Canadians have available to them a network of medical, health, and social security programs which reduce the need to litigate» (cfr. THOMAS, Bruce A., y THEALL, Lawrence G.: *loc. cit.*, p. 314).

¹²⁷ En casi dos tercios de las sentencias canadienses que he consultado, la demandante era una compañía aseguradora, subrogada en las acciones de su asegurado contra el fabricante.

fabricante no aplicó el suficiente cuidado en la elaboración del producto¹²⁸. Tal línea argumental, designada en los tribunales anglosajones con el aforismo *res ipsa loquitur* (esto es, «la[s] cosa[s] habla[n] por sí mismas»)¹²⁹, supone –cuando menos, en el ámbito de la responsabilidad por productos– establecer una *responsabilidad por el resultado*¹³⁰ que, como es bien sabido, es el equivalen-

¹²⁸ Encontramos esa línea argumental tanto en decisiones del *common* como del *civil law*, sobre todo en las relativas al hallazgo de cuerpos extraños en botellas de refrescos. Cfr. *Shandloff v. City Dairy* (cfr. la decisión de 13 de noviembre de 1936, del Tribunal de Apelación de Ontario, recopilada en [1936] *Ontario Reports*, pp. 579 ss.): «*The utmost care was used but that care was apparently not sufficient. It does not appear by positive evidence how the broken glass found its way into this particular bottle, although... the Dairy Company intended its mode of manufacture to be 'fool proof', and installed and designed, as far as it could, a perfect plant, but that plant evidently did not 'work according to plan'*». En el *droit civil*, varias decisiones relativas a asuntos análogos al de *Shandloff* incurrían asimismo en la aludida deducción de negligencia del fabricante por la sola producción del resultado dañoso. Vid. así *Cohen v. Coca-Cola, Ltd.* (Tribunal Supremo de Canadá, 23 de mayo de 1967, recogida en [1967] R.C.S., pp. 469 ss.): «*In my opinion evidence which was accepted by the learned trial judge created a presumption of fact... that the explosion of the bottle which caused injury to appellant was due to a defect for which respondent was responsible and that the latter failed to rebut that presumption*». Todavía más decididamente, incurrir en la indicada deducción de negligencia en base al resultado dañoso una anterior decisión del Tribunal Supremo de Canadá, la relativa al asunto *Bélanger v. Coca-Cola Ltd.* (cfr. [1954] R.C.S., pp. 158 ss.): «*La défense prétend que ces bouteilles sont lavées, nettoyées et inspectées avec tellement de soin et de précaution qu'il est absolument impossible qu'il y reste le moindre corps solide étranger quelconque... Et pourtant –e pur si muove– on a trouvé toutes sortes des choses dans les bouteilles de liqueur Coca-Cola, ce qui prouve que les précautions les plus rigoureuses n'empêchent pas toujours les accidents...*».

¹²⁹ «*Res ipsa loquitur is a rule of evidence by which the plaintiff, because he cannot explain how the accident happened, asks the court to make a prima facie finding of negligence, which the defendant then has an opportunity to rebut*» (así, OLIVO, Laurence M.: *Introduction to Law in Canada*, North York, 2000, pp. 242 ss.).

Sobre el origen de la aludida regla procesal, puede verse el trabajo de NAVARRO MICHEL, Mónica: «Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario», [2003] 56, III *Anuario de Derecho civil*, pp. 1197 ss. Según la citada autora, la regla fue formulada e incluso bautizada por una sentencia británica de 1863 del Tribunal del *Exchequer* (*Byrne v. Boadle*; cfr. [1863] 159 *Eng. Rep.*, pp. 299 ss.), alcanzando poco después, en 1865, una formulación más acabada en otra decisión judicial de la Cámara de los Lores (*Scott v. London & St. Katherine Docks Co.*; cfr. [1865] 159 *Eng. Rep.*, pp. 665 ss.).

¹³⁰ Demuestran que la aplicación de la presunción *res ipsa loquitur* determina la imputación al fabricante de accidentes que, sin su intervención, resultan inexplicables sentencias tales como *Hollis v. Dow Corning Corporation*, emanada del Tribunal Supremo de Canadá el 21 de diciembre de 1995 (cfr. [1995] 4 R.C.S., pp. 634 ss.), que imputa a un fabricante de prótesis mamarias la ruptura interna de las mismas en el cuerpo de la paciente intervenida, sin que pudiera llegar a establecerse la causa de la referida ruptura. En sentido análogo, la decisión *E. W. Timmouth et alii c. General Motors du Canada*, emanada en 1988 (sin fecha) del Tribunal Provincial de Québec (cfr. [1988] *Recueil de jurisprudence du Québec*, pp. 1982 ss.) imputa a *General Motors* el hecho «anormal e inusual» del incendio de un vehículo relativamente nuevo y bien conservado por su propietario.

te fáctico de la responsabilidad objetiva¹³¹, cuando –como ocurre en los tribunales canadienses– no se quiere prescindir abierta y formalmente del sistema de imputación por *culpa*.

Parece, pues, que la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* equivale a instaurar *de facto* un sistema de responsabilidad objetiva. Así lo demuestra ya no sólo el hecho de que la carga probatoria del perjudicado se ciña a demostrar que sufrió el daño con ocasión del consumo del producto, liberándosele entonces de probar la negligencia del fabricante¹³², sino, sobre todo, el hecho de que los tribunales canadienses no permitan al fabricante imputado destruir la presunción de culpa y exonerarse de su responsabilidad probando en el caso concreto que sí obró con el suficiente cuidado¹³³. Si, como afirman textualmente algunas decisiones judiciales¹³⁴, el sistema de imputación fuese la *culpa*, siempre habría de permitirse al fabricante quedar exonerado aportando prueba de su diligencia. Sin embargo, en ninguno de los casos consultados se da curso a dicha causa de exoneración.

Bien al contrario, según hemos podido comprobar, la única vía de exoneración que se deja abierta al fabricante es la demostración de la incidencia de algún hecho externo que trunque el nexo causal entre el proceso de fabricación del producto y el daño¹³⁵. Más concretamente, sólo se admiten como causas de exo-

¹³¹ «Res ipsa has been reconfigured from a rule of negligence liability into a de facto form of strict liability» (así, KEATING: *loc. cit.*, p. 1297). En el mismo sentido, refiriéndose además específicamente a la responsabilidad por productos, KESSLER: *loc. cit.*, p. 938; WERTHEIMER: *loc. cit.*, p. 1190; EHRENZWEIG: «Negligence without fault» (cit. en la Bibliografía), p. 1432, y, sobre todo, la ya citada «Nota» (sin firma) de la (1964) *Columbia Law Review*, pp. 921 y 937.

¹³² A este respecto, *vid.* por todas la sentencia relativa al asunto *Arendale v. Canada Bread*, dictada por el Tribunal de Apelación de Ontario el 17 de febrero de 1941; cfr. [1941] 2 *Dominion Law Reports*, pp. 41 ss.): «The plaintiff eating bread from a loaf manufactured by the defendant had her mouth injured by glass. I think it sufficiently proved that this glass was in the bread made by the defendant».

¹³³ «... [T]he issue of reasonable care, in the sense of fault free conduct of the manufacturer... is not relevant and is not even admissible» (así, CRAWFORD, William E.: «Manufacturer's Liability under the Proposed Revision of the Civil Code of Quebec», en *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des Journées Louisianaises de l'Institut Canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville, 1991, pp. 417 ss. y, en especial, p. 422).

¹³⁴ *Vid.* las decisiones citadas *supra* en la nota 121.

¹³⁵ *Id.* *Arendale v. Canada Bread*, cit. en la nota 132: «[I]f the ultimate consumer is injured by the presence of such deleterious substance he is entitled to damages unless the manufacturer proves that it was there introduced by some agency other than his own –in other words he must prove that this deleterious article did not obtain entrance through his act or negligence but that of some other. The onus is on the manufacturer so to prove...». En el mismo sentido, cfr. la ya citada decisión *Boréal Assurances Inc. c. A-1 Rent-A-Tool Inc.* (cfr. *supra* nota 121), que, tras reconocer la apli-

neración las tres que son tradicionales en los sistemas de responsabilidad objetiva¹³⁶: el hecho de un tercero¹³⁷, la culpa o impru-

cación de la regla *res ipsa loquitur* también en la jurisprudencia quebequesa, describe su funcionamiento del siguiente modo: «*Cette présomption de fait, et tant de fois rappelée sous de titre de res ipsa loquitur, est celle décrite dans l'arrêt Parent c. La-pointe, soit: Quand dans le cours normal des choses, un événement ne doit pas se produire, mais arrive tout de même, et cause un dommage à autrui... alors c'est à l'auteur démontrer qu'il y a une cause étrangère... Si celui qui avait le contrôle de la chose réussit à établir à satisfaction de la Cour, l'existence du fait extrinsèque, il aura droit au bénéfice de l'exonération*».

¹³⁶ En el *common law*, el mérito de haber enunciado esas tres causas de exoneración se atribuye a una sententia considerada asimismo pionera en el reconocimiento de la posibilidad de una *responsabilidad objetiva* o *aun sin culpa*. Se trata de la relativa al asunto *Rylands v. Fletcher*, emanada el 17 de julio de 1868 de la Cámara de los Lores británica, en su función de tribunal de apelación (cfr. [1868] III *Law Reports, House of Lords*, pp. 330 ss.). Sobre el valor de esta decisión para el Derecho de daños en general, cfr. OLIVO: *op. cit.*, pp. 246 a 247, y WADDAMS, S. M.: *Products Liability*, Toronto, 1980, pp. 133-134.

¹³⁷ En efecto, en varias de las sentencias consultadas, se exonera al fabricante por considerarse que la intervención de un tercero trunca el nexo causal entre el proceso de producción o comercialización del producto y el daño que éste causa. En la mayoría de tales decisiones, el hecho del tercero consiste en la introducción del producto en el mercado sin la autorización del fabricante. Así lo evidencia —además del ya comentado asunto *Gagnon c. Ratté* (cfr. *supra* nota 118)— el caso *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, donde el fabricante de un tinte capilar demandado por la alergia sufrida por la usuaria del producto pudo exonerarse demostrando que, pese a haber comercializado el producto sólo para un uso profesional y con expresa prohibición a sus distribuidores de revenderlo a particulares, fue indebidamente revendido a la usuaria dañada por un distribuidor no autorizado (la sentencia, de 27 de mayo de 1974, del Tribunal Supremo de Canadá se encuentra recopilada en [1975] 2 *RCS*, pp. 236 ss.). En otras ocasiones, la intervención del tercero consiste en una incorrecta instalación (cfr. la Sentencia de 7 de agosto de 1995 del Tribunal de Apelación de Québec [1995 *Recueil en Resp. et Ass.*, pp. 627 ss.], relativa al asunto *Le Group Commerce Compagnie d'Assurances c. G.T.E. Sylvania Canada Ltée.*) o manipulación del producto una vez ha salido ya de manos del fabricante (así, en el caso *Onil Corriveau c. Unicoop et autres*, decisión de 31 de diciembre de 1994 del Tribunal Superior de Québec que imputa la responsabilidad del grave accidente sufrido por el agricultor que manipulaba una trilladora, no a su fabricante, sino a la cooperativa agrícola que había modificado artesanalmente el aparato, dotándolo de movilidad, pero sin proveerlo de un mecanismo de frenado; cfr. [1994] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 915 ss.). Por fin, la virtualidad del hecho de un tercero resulta particularmente significativa en aquellos casos en que, por valorarse su intervención como causa directamente eficiente del accidente, queda en segundo término el eventual defecto de fabricación o concepción del producto. A estos efectos, resulta ilustrativo el caso *Aline Caron c. Bic Société Mutuelle d'Assurance et Génin*, resuelto el 15 de mayo de 1991 por el Tribunal Superior de Québec (cfr. [1991] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 542 ss.). En el citado asunto, la demanda se dirige contra el importador de un aparato de *fondue* que se volcó en el transcurso de una comida familiar, causando graves quemaduras a uno de los comensales; pese a la probable deficiente concepción del aparato, incapaz de sostenerse convenientemente sobre su soporte, el tribunal relevó de responsabilidad a su importador (*Génin*), por considerar que el accidente nunca se hubiera producido de no haber sido golpeado accidentalmente por otro de los comensales: «*Quant à la responsabilité de Génin, on ne peut prétendre à un défaut de fabrication car, n'eût été ce geste maladroit, l'accident ne serait pas survenu. Il n'y a donc pas de causalité directe entre l'instabilité du caquelon et le fait qu'il se soit renversé*».

dencia del propio perjudicado¹³⁸ y la fuerza mayor¹³⁹, además de la excepción específicamente articulada para la responsabilidad por productos defectuosos: la *state of the art defense* o excepción por *riesgos del desarrollo*¹⁴⁰.

Si bien es verdad que, en cuanto a la apreciación de esta última excepción, los tribunales canadienses pueden llegar a ser tan poco rigurosos con el fabricante como sus homólogos de los Estados Unidos, permitiéndole –igual que aquéllos– exonerarse mediante la mera demostración de que un determinado avance o perfeccionamiento técnico que hubiera evitado el accidente tampoco había sido incorporado todavía por el resto de los empresarios del sector¹⁴¹, no ocurre lo mismo con las restantes circunstancias exone-

¹³⁸ Sobre la posible exoneración del fabricante en base a la culpa del propio perjudicado, consistente en un mal uso del producto, cfr. la decisión de 19 de enero de 1990 del Tribunal de Apelación de Québec relativa al asunto *Mulco Inc. c. La Garantie, Compagnie d'Assurance de l'Amérique du Nord* ([1990] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 69 ss.): «*En somme, pour se dégager des conséquences de sa faute, Mulco [fabricante demandado] devait démontrer que l'usager assumait les risques et lui-même commettait la faute causale en utilisant le produit suivant une procédure incorrecte et qu'il savait dangereuse...*».

¹³⁹ «*There are several defences available under Rylands v. Fletcher. The defendant is relieved of liability if the escape [de la sustancia o producto que causa el daño] is the result of an act of God; that is, an extraordinary, natural event which could not be foreseen or protected against. It is also a defence if the escape of the object was the result of the unforeseeable, intentional or negligent act of the plaintiff or of a third party*» (así, OLIVO: *op. cit.*, p. 247).

Obsérvese que esas tres causas de exoneración (fuerza mayor y hecho de un tercero o de la propia víctima), clásicas de la responsabilidad objetiva a partir de *Rylands*, han sido acogidas –seguramente por influencia norteamericana– por la propia Directiva europea 1985/374/CEE sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. En efecto, el texto europeo las incorpora, siquiera sea en su Preámbulo (Cdo. 8.º), para autorizar a los Estados miembros de la UE a reducir o suprimir la responsabilidad del fabricante cuando concurren. A su vez, por influencia de tal Directiva (sobre su influencia en el CC quebequés, *vid. supra* epígrafe III, 2 y allí las notas 112 a 116), también el CcQ ha hecho suyas tales causas de exoneración (cfr. arts. 1470 y 1473 CcQ). Conviene resaltar que –en consonancia con lo que indicamos en el texto –ni la Directiva ni el CcQ permiten, en cambio, operar como causa de exoneración a la prueba de la propia diligencia aportada por el fabricante. *Vid.* así el *Comentario* oficial al CcQ, emanado del Ministerio de Justicia quebequés: «*[L]e défendeur ne pourra, alors, se dégager de responsabilité qu'en invoquant la force majeure (art. 1470) ou les causes d'exonération que prévoit l'art. 1473 [intervención del propio perjudicado y riesgos del desarrollo]*» (cfr. *Commentaires du Ministre de la Justice*, comentario al art. 1469, p. 898).

¹⁴⁰ Sobre el juego de esa causa de exoneración en la jurisprudencia estadounidense, cfr. *supra* epígrafe II, 2.3. Las dudas suscitadas por la tesis de la responsabilidad objetiva del fabricante.

¹⁴¹ Sobre la incorrecta identificación entre los *riesgos del desarrollo* (*state of the art*) y el *uso industrial* en el Derecho de los Estados Unidos (tanto en el *Restatement 3d* como en algunas decisiones judiciales), cfr. *supra* nuestro epígrafe II, 2.3. Las dudas suscitadas por la tesis de la responsabilidad objetiva del fabricante y, en particular, la nota 71. En Canadá, incurren en la misma inexacta identificación prácticamente

ratorias y, en particular, con la apreciación de la *culpa de la víctima*, ya que la valoración de la conducta de esta última acostumbra a ser tan laxa o indulgente, que acaba invalidando la posible exoneración o aminoración de la responsabilidad del fabricante en base a una concurrente *culpa* o imprudencia del propio perjudicado¹⁴².

El expuesto sistema, *formalmente* de imputación por *culpa* y *virtualmente* de responsabilidad *objetiva*, se aplica indistintamente a los defectos de *fabricación* y a los de *diseño* o *concepción* del producto¹⁴³. A diferencia, pues, de lo indicado para Estados Unidos¹⁴⁴, ni los tribunales canadienses ni, especialmente, el CcQ (art. 1469) y su jurisprudencia aplican un régimen diverso de imputación al fabricante en función de esas dos categorías de *defecto*¹⁴⁵.

Es más, siguiendo a la ya mencionada Directiva europea, el legislador quebequés presupone el carácter *objetivo* de la responsa-

todas las sentencias relativas a esa excepción o causa de exoneración del fabricante, ya que todas ellas le permiten liberarse de responsabilidad cuando, aun existiendo y siendo ya accesibles dispositivos que hubiesen podido incrementar la seguridad del producto, éstos no habían sido tampoco incorporados por el común de los fabricantes del sector. En este sentido, cfr. *The London & Lancashire Guarantee & Accident Company of Canada c. La Compagnie F.X. Drolet*, decisión del Tribunal Supremo de Canadá de 1 de febrero de 1944 ([1944] R.C.S., pp. 82 ss.), relativa al accidente causado por un ascensor que, pese a haber podido ser perfeccionado con amortiguadores de acero, continuaba utilizando los de hierro habituales en el momento de su instalación. De modo análogo resolvió el 21 de noviembre de 1988 una sentencia del Tribunal Superior de Québec, que exime al fabricante de un panel eléctrico del incendio causado por el mismo, por haber sido fabricado el panel de acuerdo con «las normas entonces aplicables» (cfr. *J.A. Madill et autres c. C.E.B. Cie. et autres*, en [1989] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 87 ss.).

¹⁴² A este respecto, resulta significativo el caso *Compagnie d'Assurance Missisquoi c. Lise Rousseau*, resuelto el 14 de julio de 1997 por el Tribunal Superior de Québec (cfr. [1997] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 738 ss.), relativo al incendio en un inmueble, causado por una vela de soporte inestable; del coste del siniestro se hizo cargo la compañía aseguradora del fabricante de las velas, intentando posteriormente tal aseguradora resarcirse de ese coste dirigiéndose en vía de regreso contra la propietaria del inmueble incendiado, a quien quiso hacer responsable del siniestro. Pues bien, pese a las dudas sobre la causa del incendio, que tanto pudo haber sido causado por la vela defectuosamente concebida como por un cigarrillo mal apagado por un hijo menor de edad de la propietaria (*Lise Rousseau*), el Tribunal mantuvo la imputación del fabricante, considerándolo único responsable del accidente en base a la defectuosa concepción de la vela y a la falta de información sobre sus peligros.

¹⁴³ La distinción entre defectos de *fabricación*, *diseño* e *información* la introducíamos *supra* en nuestro epígrafe II, 2.3 Las dudas suscitadas por la tesis de la responsabilidad objetiva del fabricante.

¹⁴⁴ *Id. supra* nuestro epígrafe II, 2.3. Las dudas suscitadas por la tesis de la responsabilidad objetiva del fabricante.

¹⁴⁵ Recuértese que, como indicábamos *supra* en el citado epígrafe II, 2.3, la tendencia jurisprudencial acogida en el *Restatement 3d* propugnaba hacer responder *objetivamente* al fabricante sólo en el caso de los defectos de *fabricación* o ejecución del producto, mientras que, en el caso de los defectos de *diseño* o *concepción*, el *Restatement 3d* proponía –por las razones que allí se indican– la reinstauración del tradicional sistema de responsabilidad sólo por *culpa*.

bilidad del fabricante, sea cual fuere la causa de la inseguridad del producto ¹⁴⁶, por mucho que –como hemos ido señalando– los tribunales del Québec sean tan remisos como los restantes tribunales canadienses a la hora de reconocer abierta y textualmente que el fabricante debe responder *aun sin culpa* ¹⁴⁷.

Sí se aplica, en cambio, un régimen singular a los *defectos de información*, para los que se ha mantenido el sistema tradicional de imputación sólo *por culpa* ¹⁴⁸. A este respecto, resulta ilustrativo de la actitud general del Derecho canadiense frente a este tipo de defectos el artículo 1473 CcQ, cuyo segundo párrafo permite al fabricante quedar exonerado si demuestra no haber sido negligente en cuanto a su deber de información hacia el público usuario de sus productos ¹⁴⁹. Por tanto, mientras que respecto a las dos anteriores categorías de defecto (los de *fabricación* y los de *concepción* o *diseño* del producto), la responsabilidad del fabricante es –como se ha visto hasta ahora– encubiertamente *objetiva*, por no permitirse al fabricante aportar prueba de su cuidado o diligencia ¹⁵⁰, cuando la imputación que se le realiza es, en cambio, por defectos de *información* sí se le permite exonerarse de responsabilidad demostrando haber cumplido correctamente su deber de información ¹⁵¹.

¹⁴⁶ En efecto, tras acoger en el artículo 1469 de su CC la ya conocida tripartición entre defectos de *fabricación*, *concepción* e *información* (sobre el origen de tal clasificación, cfr. *supra* notas 50 y 51), el legislador quebequés declara, en el *Comentario* oficial a dicho Código (al que cabe asignar, como mínimo, el valor de instrumento de interpretación auténtica que le reconoce la sentencia de 10 de julio de 1997 del Tribunal Supremo de Canadá, relativa al asunto *City of Verdun v. Gilles Doré*, cit. *supra* en nuestra nota 106), que «*Il ne s'agit donc pas d'une responsabilité fondée sur la seule faute du défendeur, mais d'une responsabilité fondée aussi sur la simple constatation d'un fait objectif: l'insuffisance de la sécurité du bien eu égard aux attentes légitimes du public*».

¹⁴⁷ Así lo anticipó CRAWFORD (*loc. cit.*, pp. 422-423), para quien la efectividad del intento del CcQ de introducir la responsabilidad objetiva del fabricante (cfr. *supra* nota anterior) habría de depender, en última instancia, de la voluntad de los tribunales de Québec de concretar ese propósito del legislador: «*It appears to me that the current proposed provisions for the Québec Code set up a structure of strict liability for the manufacturer... but it would be for judicial interpretation to furnish this thought*».

¹⁴⁸ Recuérdese que, en cuanto a esa clase de defectos, también el *Restatement 3d* de 1997 hace responsable al fabricante sólo por culpa (cfr. notas 50, 69 y 70).

¹⁴⁹ Cfr. artículo 1473.2 CcQ: «*[I]l [le fabricant, distributeur ou fournisseur] d'un bien meuble n'est pas tenu, non plus, de réparer le préjudice s'il prouve... qu'il n'a pas été négligent dans son devoir d'information lorsqu'il a eu connaissance de l'existence de ce défaut*».

¹⁵⁰ Cfr. *supra* nota 139.

¹⁵¹ Entre otras, exoneran al fabricante por haber informado convenientemente sobre los riesgos inherentes a su producto sentencias tales como la ya citada *Trudel c. Clairol* (cfr. *supra* nota 137), relativa al daño sufrido por la usuaria de un tinte capilar alérgica a su composición: «... *dans l'emballage de chaque bouteille destinée à être vendue au gran public, on trouve non seulement les directives nécessaires sur la*

Ahora bien, en contrapartida, los tribunales canadienses manifiestan un acendrado rigor a la hora de entender cumplido el indicado deber. En primer lugar, porque, incluso en aquellos casos en que la actividad o preparación profesional del usuario del producto hubiera debido permitirle prever los riesgos inherentes al mismo y, posiblemente por ello también, evitarlos, los tribunales obligan aun así al fabricante a consignarlos con una exhaustividad que, a veces, no conoce límites. A este respecto, es significativa la sentencia, de 1971, del Tribunal Supremo de Canadá, relativa al asunto *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.*¹⁵², ponderada por la ulterior jurisprudencia canadiense (tanto del *civil* como del *common law*) como doctrina de general aplicación en materia de *defectos de información*¹⁵³.

Esa decisión del Tribunal Supremo –relativa al incendio suscitado en la vivienda del ingeniero Edison Lambert por los vapores emanados de un producto impermeabilizador, que, mientras era

façon de procéder a l'épreuve voulue pour depister une allergie ou hypersensibilité, mais aussi un mode d'emploi qui indique comment procéder pour obtenir la teinte désirée et des résultats satisfaisants». También la sentencia de 23 de marzo de 1998, del Tribunal «de créditos menores» de Québec (*Cour du Québec, Petites créances*), relativa al asunto *Cécilia Létournéau c. Imperial Tobacco Ltée.*, eximió al fabricante, aunque ya no sólo por haber observado su deber de información sobre los específicos riesgos del tabaco, sino por concurrir, además, en el caso enjuiciado la culpa de la propia perjudicada, probadamente incapaz de superar su adicción al tabaco.

¹⁵² Cfr. sentencia de 20 de diciembre de 1971 del Tribunal Supremo de Canadá, en [1972] R.C.S., pp. 568 ss.

¹⁵³ Entre otras, atribuyen valor de precedente a esa decisión sentencias tales como las relativas a los asuntos *Le Group Commerce Compagnie d'Assurances c. G.T.E. Sylvania Canada Ltée.* (cfr. Sentencia de 7 de enero de 1995 del Tribunal de Apelación de Québec, [1995] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 626 ss.); *Compagnie d'Assurance Wellington c. Canadian Adhesives Ltd.* (sentencia de 14 de mayo de 1997 de la *Cour du Québec, Chambre Civile*; *id.*, [1997], *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 635 ss.), y *Mulco Inc. c. La Garantie, Compagnie de l'Assurance de l'Amérique du Nord* (cfr. sentencia de 19 de enero de 1990 del Tribunal de Apelación de Québec (recopilada en [1990] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 69 ss.).

Hay que destacar que, en dos de las decisiones citadas (*Le Group Commerce c. G.T.E. Sylvania* y *Mulco Inc. c. La Garantie*), el usuario perjudicado era, al igual que en *Lambert v. Lastoplex*, un sujeto cuya formación profesional hubiera debido permitirle un conocimiento del producto y, por tanto, también un cuidado al usarlo superiores a los de un consumidor ordinario. Aun así, aplicando al fabricante el *standard* o nivel de exigencia sentado por la Sentencia del Tribunal Supremo relativa al caso *Lambert*, las indicadas decisiones quebequesas mantuvieron incólume el deber de información del fabricante, sin atenuarlo en atención a la conducta quizá imprudente del propio perjudicado: «*Si on n'a pas reproché à Lambert qui était ingénieur professionnel de ne pas avoir éteint les veilleuses alimentées au gaz naturel, comment peut-on en tenir rigueur à l'assuré de la demanderesse qui ne possédait que certaines connaissances en matière de construction, sans oublier que l'étiquette dans le cas Lambert était plus explicite que celle qui nous intéresse dans la présente cause*» (así, la citada sentencia *Compagnie d'Assurance Wellington c. Canadian Adhesives Ltd.*).

aplicado, se inflamó al entrar en contacto con la luz piloto de un calentador– hizo enteramente responsable del incendio al fabricante del producto, pese a llevar éste incorporadas reiteradas advertencias sobre su elevada inflamabilidad y recomendar incluso a sus consumidores la conveniencia de apagar cualquier llama piloto o dispositivo capaz de producir chispas próximo al lugar de aplicación del producto¹⁵⁴. Es más, además de considerar infringido el preceptivo deber de información del fabricante pese a tan precisas advertencias, el Tribunal Supremo declinó incluso atenuar su responsabilidad apreciando una concurrente *culpa o negligencia* de Lambert, quien, como ingeniero, hubiera debido anticipar la elevada inflamabilidad del producto y adoptar precauciones superiores a las exigibles a un consumidor inexperto.

En segundo lugar, el ya apuntado rigor de los tribunales canadienses a la hora de fiscalizar el deber de información del fabricante hacia el público consumidor de sus productos consiste en configurarlo como un deber, ya no sólo continuado, sino, además, de duración indefinida, hasta el punto de que sólo se considera que ha informado diligentemente a los usuarios aquel fabricante que, sea cual fuere el tiempo transcurrido desde que introdujo el pro-

¹⁵⁴ Vid. así las detalladas advertencias que acompañaban al producto fabricado por el demandado *Lastoplex*: «DANGER-FLAMMABLE, DO NOT SMOKE. ADEQUATE VENTILATION TO THE OUTSIDE MUST BE PROVIDED. ALL SPARK PRODUCING DEVICES AND OPEN FLAMES (FURNACES, ALL PILOT LIGHTS, SPARK-PRODUCING SWITCHES, ETC.), MUST BE ELIMINATED, IN OR NEAR WORKING AREA».

Pese a las transcritas advertencias y, sobre todo, pese a la especial preparación del ingeniero *Lambert*, el Tribunal Supremo rehusó apreciar una eventual «culpa concurrente» (*contributory negligence*) del propio perjudicado, considerando la supuesta infracción por el fabricante de su *deber de información* como única causa eficiente del incendio: «*the manufacturer, knowing of their hazardous nature, has a duty to specify the attendant dangers, which it must be taken to appreciate in a detail not known to the ordinary consumer or user... The required explicitness of the warning will, of course, vary with the danger likely to be encountered in the ordinary use of the product... A home owner preparing to use that lacquer sealer could not be reasonably expected to realize by reading the three cautions that the product when applied as directed gives off vapours to such a degree as likely to create a risk of fire from a spark or from a pilot light in another part of the basement area... The question of the special knowledge of the male appellant [Lambert] was argued in this Court as going to the duty of the respondent [Lastoplex] to him and not to his contributory negligence... [A]s a professional engineer, he knew from his experience that a lacquer sealer was inflammable and gave off vapours, and hence knew that it was dangerous to work with the product near a flame. This, however, does not go far enough to warrant a conclusion that the respondent, having regard to the cautions on the labels, had discharged its duty to the male appellant... Nor do I think there is any warrant for finding –and this would go only to contributory negligence– that he ought to have known or foreseen that failure to turn off the pilot lights would probably result in harm to himself or his property from his use of the lacquer sealer in the adjoining area...».*

ducto en el mercado y, por tanto, desde que pudo perder el control sobre él¹⁵⁵, ha puesto a disposición de aquéllos los conocimientos sobrevenidamente adquiridos sobre su peligrosidad o falta de seguridad.

Es más, ocurre en ocasiones, que, a efectos de información, ni siquiera la *state of the art defense* (o excepción por *riesgos del desarrollo*) sirve siempre para exonerar al fabricante¹⁵⁶.

Así lo evidencian decisiones tales como la relativa al asunto *Nicholson v. John Deere Ltd.*, emanada en 1986 del Tribunal Superior de Ontario¹⁵⁷, que mantuvo la imputación al fabricante por falta de información, pese a haber demostrado éste ya no sólo que el estado del conocimiento técnico vigente en el momento de la puesta en circulación del producto le impedía llegar a conocer los riesgos inherentes a su defectuoso diseño, sino, sobre todo, pese a haber probado el considerable esfuerzo realizado tras la comercialización del producto para poner en conocimiento del mayor número posible de adquirentes y usuarios del mismo los riesgos inherentes a su defectuosa concepción. Sin embargo –tal y como veíamos que suelen hacer los jueces canadienses tratándose de defectos de *fabricación y diseño*–, el Tribunal optó en este caso por establecer una *responsabilidad por el resultado*, considerando que, si la sucesiva cam-

¹⁵⁵ Así lo corrobora la ya citada (cfr. *supra* nota 130) decisión de 1995 del Tribunal Supremo canadiense relativa al asunto *Hollis c. Dow Corning Corp.*: «*Il s'agit là d'une obligation constante, qui oblige les fabricants à prévenir les utilisateurs non seulement des dangers connus au moment de la vente, mais également de ceux qui sont découverts après l'achat et la livraison du produit... L'obligation de mise en garde vient corriger le déséquilibre des connaissances entre le fabricant et les consommateurs en prévenant ces derniers de l'existence d'un danger et en leur permettant de prendre des décisions éclairées concernant l'utilisation sécuritaire du produit... Il est par conséquent raisonnable d'exiger que les fabricants divulguent aux consommateurs des renseignements clairs, complets et à jour concernant les risques inhérents à l'utilisation normale de leurs produits. Une norme élevée en matière de divulgation protège la santé publique et n'impose pas aux fabricants un fardeau onéreux.*»

¹⁵⁶ Para Québec, así lo reconoce explícitamente el propio legislador, quien admite que el CcQ es más riguroso que la Directiva europea, que ha sido su modelo, al aplicar la excepción por *riesgos del desarrollo* a los *defectos de información*: «... *Quant au second alinéa [del art. 1473]... il permet au fabricant, distributeur ou fournisseur de se dégager de sa responsabilité, s'il prouve que l'état des connaissances, scientifiques, techniques ou autres, au moment de la mise en circulation du bien, ne permettait pas de déceler l'existence de défaut de sécurité; mais il ajoute à cette directive, en exigeant que le fabricant, distributeur ou fournisseur du bien démontre, en outre, ne pas avoir été négligent dans son devoir d'information lorsque, le cas échéant, le défaut de sécurité du bien est venu à sa connaissance*» (cfr. *Commentaires du Ministre*, cit., comentario al artículo 1473, p. 902).

¹⁵⁷ Dicha decisión, de 19 de diciembre de 1986, del Tribunal Superior de Ontario ([1986] 58 *Ontario Reports*, 2d Series, pp. 53 ss.) fue posteriormente confirmada, el 7 de febrero de 1989, por el Tribunal de Apelación de la misma Provincia ([1989] 68 *Ontario Reports*, 2d Series, pp. 191 y ss).

pañía de información organizada por el fabricante para advertir sobre la ulteriormente descubierta peligrosidad del producto no había alcanzado al perjudicado y demandante *Nicholson*¹⁵⁸, es que el esfuerzo informativo de aquél no fue suficiente¹⁵⁹.

Finalmente, el último aspecto de ese rigor judicial también respecto a los *defectos de información* es la apreciación restrictiva que en Canadá se hace de la *learned intermediary rule*, regla del *common law* que, en la jurisprudencia de los Estados Unidos, sirve para atenuar la responsabilidad del fabricante por falta de información o, incluso, eximirle de ella respecto a los productos que –como los medicamentos que sólo pueden dispensarse con receta médica– requieren supervisión experta¹⁶⁰. En efecto, en el caso de

¹⁵⁸ El producto –un cortacésped defectuosamente diseñado, dada la excesiva proximidad del dispositivo de encendido al depósito de gasolina– provocó el incendio y la total destrucción de la vivienda del matrimonio *Nicholson*.

¹⁵⁹ A juzgar por el relato de hechos probados de la citada decisión, el esfuerzo informativo del fabricante *John Deere Ltd.* fue, cuando menos, notable, puesto que, desde el mismo momento en que tuvo constancia de la elevada siniestralidad del producto, insertó anuncios en prensa, informó a sus distribuidores territoriales (poniendo, además, a su disposición un dispositivo que podía atenuar el riesgo de accidente), indujo a los vendedores a informar sobre el defecto a eventuales clientes e, incluso, dirigió cartas individuales a los adquirentes «de primera mano» del cortacésped, si bien todo ello se reveló insuficiente para evitar el accidente sufrido por *Nicholson*, quien era un adquirente sucesivo o «de segunda mano» del producto en cuestión. Siendo así, el juez llegó a la conclusión de que el esfuerzo en cuestión no fue suficiente: «*A manufacturer does not have the right to manufacture an inherently dangerous article when a method exists of manufacturing the same article without risk of harm. No amount of or degree of specificity of warning will exonerate him from liability if he does. At a minimum, however, the manufacturer in this case, assuming that full knowledge, actual or imputed, of the serious potential risk of harm reached him only some years after his product was marketed, had a duty to devise a program that left nothing to chance... The newspaper advertisements could not be relied upon to reach but a small portion of the potential victims. All of John Deere's efforts brought home the problem to a mere 15 per cent of owners... I hold John Deere liable for negligence in knowingly manufacturing the unit following a faulty design. Alternatively, the efforts to warn were deficient in that the means chosen were doomed to failure with respect to the vast majority of users*».

¹⁶⁰ En los Estados Unidos, una de las decisiones paradigmáticas sobre esa particular regla de los defectos de información es la recaída en el asunto *Reyes v. Wyeth Laboratories*, emanada el 31 de julio de 1974 del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos (*United States Court of Appeals, Fifth Circuit*; la sentencia se encuentra recogida en 498 *Federal Reporter, 2d Series*, pp. 1264 ss.). La decisión –suscitada por haber contraído poliomelitis una menor vacunada con una vacuna elaborada por el citado laboratorio–, pese a reconocer la vigencia de la *learned intermediary rule*, no la consideró aplicable al caso enjuiciado, por entender que la aludida regla sólo puede ser aplicada cuando media una atención médica individualizada, atención que no existió en el caso *Reyes*, por haber sido administrada la vacuna en el curso de una campaña municipal de vacunación masiva: «*Pharmaceutical companies have duty to warn ultimate purchasers of dangers inherent in patent drugs sold over the counter, but in selling prescription drugs need only warn prescribing physician, who acts as learned intermediary between manufacturer and consumer... [W]here no individualized medical*

los productos técnicamente sofisticados y de los que no son susceptibles de utilización directa por el consumidor, por poder ser sólo usados previa instalación, prescripción o administración de expertos o bajo su supervisión, queda el fabricante relevado de su deber de informar sobre sus riesgos al público consumidor, siempre y cuando haya advertido convenientemente a tales expertos ¹⁶¹.

Pues bien, hemos constatado que las decisiones canadienses relativas a esa específica regla de los defectos de información, o bien tienden a exceptuarla puntualmente para cada particular clase de producto ¹⁶², o bien, de modo más general, sólo permiten la exone-

judgement intervenes between the manufacturer of a prescription drug and the ultimate consumer, it is the responsibility of the manufacturer to see that warnings reach the consumer, either by giving warning itself or by obligating the purchaser to give warning».

En Canadá se hacen eco de la referida doctrina sentencias tales como *Trudel c. Clairol*, relativa a un tinte capilar comercializado sólo para ser aplicado por profesionales (cfr. *supra* nota 137), *Le Group Commerce c. G.T.E. Sylvania* (*id.*, nota 137), que consideró que el fabricante de unos fusibles no debía información a sus destinatarios finales, sino sólo a los electricistas que habían de instalarlos, y las también citadas anteriormente *Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* (*vid. supra* nota 117) y *Hollis c. Dow Corning Corporation* (cfr. *supra* nota 130), ambas relativas a productos farmacéuticos y sanitarios precisados de intervención y asesoramiento médico.

¹⁶¹ Para una síntesis de la regla, cfr. la ya citada (*supra* nota 130) decisión de 1995 del Tribunal Supremo de Canadá, relativa al asunto *Hollis c. Dow Corning Corp.*: «*La règle de l'«intermédiaire compétent» s'applique lorsqu'une inspection intermédiaire du produit est prévisible parce qu'il s'agit d'un produit à forte teneur technique ou que la confiance du consommateur repose principalement sur le jugement d'un «intermédiaire compétent» et non sur le fabricant. En pareil cas, il peut ne pas être nécessaire de mettre en garde le consommateur final, et le fabricant peut s'acquitter de son obligation à son égard en avertissant l'intermédiaire compétent des risques inhérents à l'utilisation du produit. De façon générale, la règle s'applique soit dans le cas d'un produit à forte teneur technique, destiné à être utilisé uniquement sous la surveillance d'experts, soit dans le cas d'un produit tel qu'il n'est pas réaliste de penser que le consommateur recevra une mise en garde directe du fabricant avant de l'utiliser. La règle, qui est essentiellement une application des principes en common law de l'examen intermédiaire et de la cause intermédiaire, est une exception à l'obligation générale du fabricant de mettre le consommateur en garde...».*

¹⁶² Así, por ejemplo, en el caso *Buchan* (cfr. *supra* nota 117), el Tribunal consideró que la regla del «intermediario competente o instruido», generalmente aplicable a los medicamentos que sólo pueden ser dispensados con receta, debía considerarse exceptuada en el caso de las píldoras anticonceptivas (causantes del accidente vascular sufrido por la afectada *P.J. Buchan*), por entender que, puesto que la elección de uno u otro método contraceptivo, además de involucrar el arbitrio médico, afecta a la vida personal de la mujer que lo requiere, es preciso que el fabricante informe de sus potenciales riesgos no sólo a los facultativos, sino asimismo a quienes van a ser consumidoras de esa específica clase de medicamentos: «*The selection of a method of preventing unwanted pregnancy in the case of a healthy woman is a matter, not of medical treatment, but of personal choice, and it is not unreasonable that notice of a serious potential hazard to users of oral contraceptives could influence her selection of another method of birth control... Manufacturers of this drug should be obliged to satisfy the general common law duty to warn the ultimate consumer as well as prescribing physicians».*

ración del fabricante si se demuestra que el nivel de información proporcionado al intermediario experto era exactamente el mismo que en cada momento tuvo a su disposición el propio fabricante ¹⁶³.

En definitiva, el expuesto régimen de los defectos de *información* ¹⁶⁴ corrobora las conclusiones ya avanzadas para los de *fabricación* y *diseño* ¹⁶⁵: pese al empeño de los tribunales en mantener formalmente que la imputación al fabricante sólo puede ser por *culpa*, el grado de *diligencia* o *cuidado* que se le exige es tan elevado y el rigor al apreciar sus posibles causas de exoneración tan acentuado, que, prácticamente, llega a hacérsele responsable de cualquier resultado. Siendo así, nuestro diagnóstico sobre el régimen aplicado a la responsabilidad por productos en Canadá coincide con el formulado por uno de los pocos especialistas canadienses sobre la materia: «*although negligence is relied upon in theory, our courts, in these products liability cases are in fact imposing virtually strict liability*» ¹⁶⁶.

2.2 La responsabilidad contractual del fabricante de productos inseguros en el Derecho civil de Québec

2.2.1 LA EXTENSIÓN CONTRA EL FABRICANTE DE LA GARANTÍA CONTRACTUAL POR VICIOS OCULTOS DE LA COSA VENDIDA

Una vez analizada la concepción de la responsabilidad del fabricante que comparten el *civil* y el *common law* canadienses, el examen de la cuestión sólo puede resultar completo abordando un aspecto adicional que la misma presenta en el Derecho civil de Québec. En efecto, el Derecho civil quebequés ofrece a determi-

¹⁶³ «[O]n ne peut dire que le fabricant s'est acquitté de son obligation envers le consommateur que lorsque le degré de connaissance de l'intermédiaire se rapproche de celui du fabricant. Permettre aux fabricants d'invoquer le bénéfice de la règle dans les cas où ils n'ont pas mis pleinement les médecins en garde saperait le fondement même de l'obligation de mise en garde, qui consiste à faire en sorte que le consommateur soit pleinement informé de tous les risques...» (así, el Tribunal Supremo de Canadá en la ya citada decisión de 1995 sobre el caso *Hollis c. Dow Corning Corp.*; cfr. *supra* nota 130).

¹⁶⁴ Caracterizado, en síntesis, por el deber de informar exhaustivamente incluso a quienes, por su preparación profesional, debieran conocer los riesgos del producto, por la duración indefinida del referido deber y por el rigor judicial al apreciar las causas de exoneración específicas de esa clase de defectos (la llamada excepción del «intermediario instruido» o «competente»).

¹⁶⁵ Cuyo régimen determina –como se ha ido viendo a lo largo del epígrafe– que, prácticamente, pueda imputarse al fabricante cualquier resultado dañoso, tanto por la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* como por no permitírsele invocar como causa de exoneración haber actuado con la suficiente diligencia o cuidado.

¹⁶⁶ Cfr. WADDAMS: *op. cit.*, p. 63, nota 227.

nadas categorías de perjudicados por un producto defectuoso (sus adquirentes y sucesivos adquirentes; cfr. art. 1730 CcQ y art. 53, párrafo último, de la *Loi de la protection du consommateur*)¹⁶⁷ un recurso alternativo a la responsabilidad *extracontractual* del fabricante que no existe ni en el Derecho anglosajón ni en el Derecho civil de la Europa continental, permitiendo que muchas demandas por daños derivados de productos defectuosos puedan resolverse en el Québec por la vía de una reclamación *ex contractu*.

Esa alternativa es la posible extensión de la garantía *contractual* por vicios o defectos de la cosa vendida contra el fabricante de la misma, dado que dichas reglas cubren tanto sus defectos de *calidad* como los de *seguridad*¹⁶⁸. A este respecto, la singularidad del Derecho quebequés radica en permitir la reclamación contra el fabricante en ejecución de la garantía por vicios de la cosa vendida aun no existiendo relación contractual alguna entre el comprador o adquirente perjudicado y el fabricante de la cosa causante del daño.

Comúnmente, el mérito de esa extensión de la garantía por vicios ocultos incluso contra el fabricante suele atribuirse a una célebre decisión emanada en 1979 del Tribunal Supremo de Canadá, relativa al asunto *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*¹⁶⁹. Esa sentencia permitió al comprador de un automóvil (*Leo Kravitz*) dirigir su reclamación por vicios ocultos contra el fabricante o primer vendedor del mismo y, aun no mediando entre ellos vínculo contractual alguno, condenó al fabricante en garantía: fue *General Motors* quien tuvo que restituir íntegramente a *Kravitz* el precio pagado por el automóvil. Pese a que dicho importe rebasaba, lógicamente¹⁷⁰, al que, en su día, había percibido el fabricante de su parte contractual o adquirente inmediato (el concesionario o distribuidor autorizado de la marca), el Tribunal condenó al fa-

¹⁶⁷ La citada Ley quebequesa de protección del consumidor (en adelante, LPC) data de 1978, pero se encuentra en vigor desde el 30 de abril de 1980 (cfr. MASSE, Claude: «Le droit de la protection du consommateur et le Code Civil du Québec», en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (coord.): *El Québec: un model de Dret comparat*, Barcelona, 2001, pp. 57 ss. y, en especial, p. 58).

¹⁶⁸ Así lo indicábamos *supra* en nuestra nota 13, donde puntualizábamos que todo defecto o falta de *seguridad* de un producto puede ser valorado simultáneamente como vicio o defecto de *calidad*, por ser el producto inseguro incapaz de satisfacer las expectativas del comprador. Además, para el Derecho quebequés, lo reconoce asimismo Raymond LANGLOIS: «... [T]outes les situations visées par la garantie de *sécurité* se trouvent couvertes aussi par la garantie pour vices cachés ou dite de *qualité*» (cfr. *loc. cit.*, p. 391).

¹⁶⁹ La decisión, que data de 23 de enero de 1979, se encuentra recopilada en [1979] 1 R.C.S., pp. 790 ss.

¹⁷⁰ Ni que decir tiene que, para cualquier producto, el precio pagado por el distribuidor intermedio al fabricante siempre es inferior a su precio de venta al público.

bricante del automóvil por el todo, entendiendo que la diferencia entre ambos precios (el pagado por el intermediario al fabricante y el precio de venta al público) la debía *General Motors* a *Kravitz* en concepto de daños y perjuicios.

Al margen de la resolución del caso enjuiciado, interesa retener el fundamento jurídico de la referida decisión. Atendiendo a ella, la extensión del deber de garantía más allá de las partes contratantes se basa en la inherencia de tal deber (y del correlativo derecho a obtenerlo) a la propia cosa vendida, considerándose que constituye un accesorio de la misma. Siendo así, podrá reclamar la prestación de garantía quien sea en cada momento propietario de la cosa, mientras que, desde el punto de vista pasivo, puede ser destinatario de la reclamación incluso su primer vendedor, puesto que, en última instancia, fue la primera venta la que hizo nacer el derecho de garantía del que luego se prevale un subadquirente o adquirente ulterior¹⁷¹.

Tanto la llamada «*regla de Kravitz*» (esto es, la transmisibilidad incluso *inter vivos* y a título particular de determinados derechos nacidos de un contrato) como su fundamento (la calificación de tales derechos como accesorio de la cosa objeto del contrato) han sido codificados por el CcQ, el cual los incorpora ya no sólo como norma propia de la compraventa (cfr. art. 1730 CcQ), sino elevándolos a la categoría de regla general aplicable a todo contrato (cfr. art. 1442 CcQ: «*Les droits des parties à un contrat sont transmis à leur ayants cause à titre particulier s'ils constituent l'accessoire d'un bien qui leur est transmis ou s'ils lui sont intimement liés*»).

Ahora bien, en realidad, dicha regla es bien anterior tanto al CcQ de 1991 como a la propia decisión *Kravitz* de 1979¹⁷². Así, la

¹⁷¹ Cfr. la ya citada decisión *Kravitz*, de 1979: «*Si en général un contrat ne lie que les parties contractantes, l'on semble par contre avoir toujours reconnu qu'il est des droits qui se rattachent si étroitement à une chose qu'ils ne peuvent bénéficier qu'au propriétaire de cette chose. A la lumière de ce principe de la transmission des droits qui s'identifient avec la chose ou en constituent l'accessoire, il faut dire que la garantie des vices cachés est due, non pas seulement à l'acquéreur immédiat, mais également à tout acquéreur subséquent de la chose. Le sous-acquéreur peut donc agir directement contre le premier vendeur tant en résiliation qu'en dommages. Mais la résiliation dont il s'agit est celle de la première vente puisque c'est elle qui donne naissance à la garantie dont se prévaut le sous-acquéreur. Le prix que le premier vendeur doit restituer est donc celui de la première vente, c'est à dire celui qu'il a reçu. Quant à la différence entre le prix de la première vente (prix de gros) et le prix de la deuxième vente (prix de détail), elle est comprise dans les dommages-intérêts dus aux termes de l'art. 1527 CC*».

¹⁷² Pese a ello, el *Comentario* oficial al CcQ insiste en atribuir la paternidad de la regla a la decisión *Kravitz*; vid. así el comentario al artículo 1442: «*L'article est de droit nouveau, mais il codifie une règle reconnue par la jurisprudence, notamment depuis le jugement rendu par la Cour Suprême dans l'arrêt General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz...*» (cfr. *Commentaires du Ministre de la Justice*, cit., tomo I, p. 875).

misma había sido aplicada ya en Québec a principios del siglo XX –todavía bajo la vigencia del CcBC de 1865¹⁷³–, por otra Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá, de 1921, decisión que, aunque aislada en su tiempo, se reveló posteriormente de gran valor doctrinal, incluso en Francia¹⁷⁴, por haber sabido recoger y aplicar reglas del *droit civil* que ni siquiera el propio CC francés de 1804 supo o pudo incorporar. Esa decisión judicial en cuestión es la relativa al asunto *Ross v. Dunstall/Emery*¹⁷⁵.

A nuestro entender, el mérito de dicha decisión obedece, como mínimo, a las siguientes razones:

– De una parte, haber sido, en realidad, la primera sentencia que reconoció y explicó esa ya aludida extensión del deber de garantía en contra del fabricante y a favor de los subadquirentes de la cosa vendida¹⁷⁶.

– En segundo lugar, es todavía más destacable un mérito, donde sí es, en cambio, unánimemente reconocido el valor de *Ross v. Dunstall/Emery* como precedente judicial. En efecto, a dicha decisión del Tribunal Supremo canadiense se debe haber sabido soslayar uno de los principales inconvenientes de las regulaciones europeas del saneamiento por vicios¹⁷⁷: la imposibilidad para el comprador de obtener la reparación de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del vicio o defecto de la cosa vendida en los casos en que no consigue demostrar el dolo o *mala fe* del vendedor

¹⁷³ Nos referimos al anterior *Code civil du Bas Canada*, cit. en nuestro epígrafe III, 1.

¹⁷⁴ En efecto, acredita la repercusión en Francia de la indicada decisión un trabajo de René DEMOGUE: («De l'obligation du vendeur à raison des inconvénients de la chose et de la responsabilité délictuelle entre contractants. À propos d'un arrêt de la Cour Suprême du Canada»), publicado en [1923] *Revue Trimestrielle de Droit civil*, pp. 645 ss.

¹⁷⁵ Se trata de la sentencia de 11 de octubre de 1921 del Tribunal Supremo de Canadá, recaída en el asunto *Ross v. Dunstall/Emery* ([1921] R.C.S., pp. 393 ss.). En el litigio, se discutía la responsabilidad del fabricante y vendedor (*Ross*, demandado y luego apelante) de un rifle de caza defectuosamente diseñado frente a *Emery*, quien lo había comprado directamente a *Ross*, y frente a *Dunstall*, que lo había adquirido a una armería. Ambos actores (*Emery* y *Dunstall*) sufrieron lesiones corporales de consideración como consecuencia del uso del rifle, ya que, por carecer éste de los más elementales mecanismos de seguridad (podía ser disparado aun con el cargador abierto), se convertía en un arma letal para sus propios usuarios.

¹⁷⁶ Así, según la decisión citada, «*the responsibility of the manufacturer where he has himself sold to the plaintiff, either directly or through an agent, for injuries occasioned to the purchaser by hidden effects in the thing sold is clearly covered by Arts. 1522 and 1527 CC. [A]nd this presumption applies in favour of sub-purchasers as well as the original vendees*».

¹⁷⁷ Vid. *supra* nuestro epígrafe II, 2.1. La superación de la exigencia de *privity of contract*.

(esto es, su previo conocimiento del vicio oculto). Ni que decir tiene que, cuando el vicio de la cosa vendida consiste precisamente en su peligrosidad o falta de seguridad, la ausencia de dicha prueba deja al comprador perjudicado particularmente indefenso.

Tal y como ya dejó sentado esa decisión de 1921, en Québec no ha existido ni existe el indicado inconveniente, por cuanto ya el anterior CcBC (art. 1527.2)¹⁷⁸ –y ahora también el artículo 1728 CcQ¹⁷⁹ y el artículo 53.3 de la *Loi de la protection du consommateur*– establecía una presunción indestructible de conocimiento del defecto en contra de determinadas categorías de vendedores que «no pueden ignorar» el defecto (cfr. art. 1728 CcQ). Según la citada sentencia y cuantas la siguen posteriormente, son tales sujetos el vendedor fabricante y el vendedor profesional o experto en la clase de género al que pertenece la cosa vendida.

Por ser irrefutable, más que ante una presunción, nos encontramos ante una imputación o imposición legal de conocimiento del defecto decretada en contra de quienes, por razón de su profesión u oficio, no pueden permitirse –ni, por ello, probar– haberlo desconocido: «*The mere dealer is generally allowed to rebut the legal presumption of knowledge by showing that in fact it was impossible for him to discover the defect, but the manufacturer is not listened to when he pleads ignorance of the defect, for he is held to have guaranteed the product created by him as free from latent defect... Consequently, it is not material in these cases to discuss the nature of the presumption, either juris tantum or juris et de jure, mentioned by article 1527. If ignorance of a latent defect is in itself a fault, in the case of the manufacturer who sells a thing manufactured by him, it becomes unnecessary to determine whether the presumption of knowledge of this defect can be rebutted by him, for, even if he could rebut it and establish his ignorance, he would nevertheless be in fault...*»¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Cfr. artículo 1527 CcBC: «*Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix, de tous les dommages-intérêts soufferts par l'acheteur*».

«*Il est tenu de la même manière dans tous les cas où il est légalement présumé connaître les vices de la chose*».

¹⁷⁹ Cfr. artículo 1728 CcQ: «*Si le vendeur connaissait le vice caché **ou ne pouvait l'ignorer***, il est tenu outre la restitution du prix, de tous les dommages-intérêts soufferts par l'acheteur*».

* La negrita es mía.

¹⁸⁰ Se transcribe la aludida sentencia de 1921, cuyos razonamientos han sido luego seguidos por muchas otras, que, al igual que ella, tampoco permiten al fabricante o productor de la cosa vendida rebatir o destruir esa presunción legal de conocimiento de sus defectos. *Vid.* así una decisión de 12 de noviembre de 1997, del Tribunal Su-

Pero, sobre todo, hay que tener en cuenta que la citada decisión de 1921 no se limita a derogar, circunstancialmente o al servicio del caso concreto, reglas tan elementales de la contratación como la de la *relatividad de los contratos* –al permitir tanto al comprador como al subadquirente dirigirse contra el fabricante, introductor en el mercado del producto inseguro– y la *presunción de buena fe* –presumiendo, en contra de dicha regla general, el dolo o mala fe del vendedor–.

Al contrario, el Tribunal Supremo de Canadá decreta la inaplicación de tales reglas con una sólida justificación: la que le proporcionan otros principios del *droit civil* igualmente atendibles y en su momento expuestos por uno de los civilistas europeos más influyentes, tanto en el *civil* como en el *common law*. Nos referimos a Robert Joseph Pothier (1699-1772), principal inspirador tanto de las reglas sobre obligaciones y contratos del CC francés como de algunos insignes intentos (esencialmente, los de William Blackstone)¹⁸¹ de racionalizar y sistematizar el *common law*¹⁸².

perior de Québec, relativa al asunto *Concasseeur de Beauce Inc. c. W.S. Tyler Canada et alii* (cfr. [1997] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 1075 ss.): «Or le vendeur professionnel et le fabricant ont l'obligation de dénoncer les vices cachés de la chose qu'ils vendent. L'état actuel du droit ne permet plus au fabricant ni au vendeur de mettre systématiquement de côté la garantie des vices cachés ou d'en restreindre les effets au détriment de l'acheteur occasionnel... Elles [défenderesses] sont présumées connaître les défauts de la chose vendue. Elles ne se sont pas libérées de la présomption qui pèse sur elles et leur faute a été clairement établie...» (vid. en el mismo sentido las decisiones *E. W. Timmouth c. General Motors du Canada Ltée.*, emanada en 1988 [sin fecha] del Tribunal Provincial de Québec [1988 *Recueil de Jurisprudence du Québec*, pp. 1982 ss.], y *Boréal Assurances Inc. c. A-1 Rent-A-Tool Inc.*, dictada el 8 de enero de 1995 por el Tribunal Superior de Québec [1995 *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 914 ss.]).

De la misma jurisprudencia, resulta que no debe aplicarse, en cambio, la expuesta presunción legal de conocimiento del defecto cuando el vendedor no es un experto o especialista en la cosa vendida. Así lo declara, p. ej., una Sentencia de 9 de julio de 1992 del Tribunal de Apelación de Québec, relativa al asunto *Veranda Industries Inc. c. Beaver Lumber Co.*: «Tenir automatiquement un vendeur responsable envers un consommateur à chaque fois qu'un produit s'avère défectueux, sans tenir compte de la distinction entre un vendeur ordinaire et un vendeur spécialisé, équivaut à faire du vendeur l'assureur du consommateur» (cfr. [1992] *Recueil de Jurisprudence du Québec*, pp. 1763 ss.).

¹⁸¹ A Sir William BLACKSTONE (1723-1780) se debe, mediante su *teoría declarativa de la ley* («*declaratory theory of law*»), el principal esfuerzo por racionalizar el *common law*, abstrayéndolo de la mera decisión del caso concreto. Según BLACKSTONE, los jueces no crean la ley, sino que se limitan a declarar la ley natural y divina que existe por sí misma (sobre este debate teórico en el seno del *common law*, resulta de inestimable ayuda el ya citado trabajo de Patrick GLENN: «The common law in Canada», publicado en [1995] 74 *The Canadian Bar Review*, pp. 261 ss.; vid., en especial, pp. 264 a 268).

¹⁸² Sobre la influencia de Robert Joseph POTHIER en el *common law*, vid. *supra* nuestra nota 110.

Pues bien –tal y como reconoce el Tribunal Supremo canadiense en esa decisión de 1921– fue el propio Pothier, en su *Traçado del contrato de venta*, quien señaló el camino a seguir a este respecto. De una parte, porque fue él quien incluyó el derecho del comprador a la garantía por vicios de la cosa vendida en la categoría de derechos tan inherentes a la cosa, que se transmiten con ella como uno más de sus accesorios¹⁸³. De otra, porque, basándose también en la autoridad de Pothier¹⁸⁴, decidió el legislador quebequés (en el art. 1527,2 CcBC) que la elemental presunción de buena fe no puede operar a favor de sujetos cuya ignorancia entraña –por la profesión pública que hacen de su comercio o indus-

¹⁸³ «... [C]ar la vente, qu'il m'en a faite, ne doit pas profiter au tonnelier [vendedor profesional] qui est en faute, et le décharger de son obligation; et ce particulier, qui me les a revendus, est censé m'avoir cédé, avec ces tonneaux, tous ses droits par rapport auxdits tonneaux. Mais si j'exerce les droits de mon vendeur contre le tonnelier, je ne pourrai demander à mon vendeur la restitution du prix» (cfr. POTHIER, Robert Joseph: *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, París, 1827, tomo 2.º [Traité du contrat de vente, Partie II, Chapitre I, núm. 217, p. 99]).

¹⁸⁴ A su vez, dicha presunción indestructible de conocimiento del defecto en contra del fabricante y del vendedor experto en el género vendido la formuló POTHIER basándose en la autoridad del Digesto: «Il y a un cas auquel le vendeur, quand même il aurait ignoré absolument le vice de la chose vendue est néanmoins tenu de la réparation du tort que ce vice a causé à l'acheteur dans ses autres biens; c'est le cas auquel le vendeur est un ouvrier ou un marchand qui vend des ouvrages de son art, ou du commerce dont il fait profession... La raison est qu'un ouvrier, par la profession de son art, spondet peritiam artis. Il se rend, envers tous ceux qui contractent avec lui, responsable de la bonté de ses ouvrages pour l'usage auquel ils sont naturellement destinés. Son impéritie ou défaut de connaissance dans tout ce qui concerne son art, est une faute qui lui est imputée... Imperitia culpa annumeratur (l. 132, D. «De regulis iuris»)». Il en est de même du marchand fabricant... Par la profession publique qu'il fait de son commerce, il se rend responsable de la bonté des marchandises qu'il débite pour l'usage auquel elles sont destinées...» (así, en *Traité du contrat de vente*, cit., núm. 214, p. 98, e, igualmente, en su *Traité des Obligations*, Barcelona, 1974 [reimpresión de la ed. París, 1825], *Partie I, Chapitre II*, núm. 163, p. 184]).

Pese a la general influencia de POTHIER sobre la regulación de las obligaciones y contratos del CC francés, no llegó éste, en cambio, a incorporar la referida presunción legal en contra del vendedor fabricante o experto en la cosa vendida. No obstante, tal y como apuntó el legislador quebequés durante los trabajos preparatorios del CcBC, pese a no haberse formulado expresamente en el texto del correspondiente precepto francés (art. 1645 CC francés), la regla no es extraña a ese código, pudiendo considerarse, cuando menos, implícita en su espíritu: «L'article... contient une addition à l'expression de la règle sur la responsabilité telle qu'énoncée dans l'article 1645 Code Napoléon, quoiqu'elle ne le soit peut-être pas à son interprétation...» (cfr. *Code civil du Bas Canada, Quatrième et Cinquième Rapports des Commissaires chargés de codifier les lois du Bas Canada en matières civiles*, s. l., 1865, p. 15).

Por lo demás, queda asimismo confirmada la vigencia de la llamada «regla de Pothier» en otros Derechos de tradición francesa: «La règle, suivant des nuances légèrement différentes, est encore observée d'ailleurs dans toutes les juridictions de tradition française, dont la France, la Belgique et la Louisiane» (así, EDWARDS, Jeffrey: *La garantie de qualité du vendeur en Droit Québécois*, Montréal, 1998; cfr. p. 280).

* La negrita es mía.

tria y por su condición de expertos en la cosa vendida— ya de por sí *culpa* o negligencia¹⁸⁵. Así lo reconoce, en definitiva, la Sentencia de 1921: «*The authors, and chiefly Pothier (Vente, nos. 212 and following, Obligations, no. 163), explain that the seller is legally presumed to know the defects when the thing sold is one in which the seller usually deals, or one manufactured by him... [T]he manufacturer... spondet peritiam artis, and as Pothier observes, his ignorance of the defect in the thing manufactured by him is in itself a fault, Imperitia culpa enumeratur*», añadiendo la misma decisión: «*There is good authority for the proposition that this contractual... responsibility extends to sub-purchasers of his products from merchants to whom the manufacturer has supplied them whether directly or through the intervention of wholesale dealers*».

2.2.2 EL EVENTUAL CONCURSO DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL CONTRA EL FABRICANTE DEL PRODUCTO INSEGURO

La posible extensión contra el fabricante de una reclamación contractual de garantía puede determinar, en el Derecho quebequés (desde la sentencia *Kravitz* o, más exactamente, desde el caso *Ross*)¹⁸⁶, un eventual concurso de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual a favor del perjudicado por el producto defectuoso, siempre y cuando sea éste un comprador o un ulterior adquirente del producto. Tratándose, en cambio, de un mero usuario o de un *bystander*¹⁸⁷, no puede suscitarse la aludida acumulación ya que, por hallarse tales sujetos al margen de cual-

¹⁸⁵ Tal y como indica EDWARDS (*op. cit.*, p. 281), «*la création de la présomption de connaissance a donc été précédée d'une constatation préalable de la nécessité tant commerciale que sociale d'atténuer, à l'égard de certains vendeurs professionnels, l'immunité conférée par la garantie romaine au vendeur ignorant... L'immunité générale du vendeur ignorant au regard des dommages-intérêts constituait donc un modus vendi juridique acceptable, voire idéal, à l'époque romaine où la vie et l'économie restaient généralement terriennes et peu développées. Cependant, elle se montre incompatible avec les attentes commerciales et sociales d'une société moderne à l'économie industrialisée...*». Por contra, en esa moderna sociedad industrializada, «*les moyens financiers importants des vendeurs marchands militaient... en faveur d'un accroissement de leur responsabilité pour la qualité du bien vendu. L'immunité de la plupart des vendeurs professionnels pour les dommages causés par leurs biens défectueux fut éventuellement perçue comme un avantage exorbitant*» (*id.*, EDWARDS, p. 279).

¹⁸⁶ Cfr. *supra* epígrafe anterior.

¹⁸⁷ Designación que, como ya sabemos, se aplica al individuo fortuitamente afectado por la onda expansiva un producto dañoso que ni siquiera está usando (cfr. *supra* notas 4 y 118 y epígrafe II, 2.1).

quier cadena contractual –como la que, siquiera sea remotamente, sí existe entre el fabricante, introductor de la cosa en el mercado, y un subadquirente de la misma–, sólo podrán dar curso a su reclamación contra el fabricante a través de las acciones de responsabilidad extracontractual contempladas en los artículos 1468 ss. CcQ¹⁸⁸.

Por contra, fuera de esos dos últimos casos en que el único recurso del perjudicado (usuario o *bystander*) es una acción extracontractual de responsabilidad civil por los daños sufridos, sí se plantea el aludido concurso de acciones de índole contractual y extracontractual, debiendo resolverse entonces si queda a elección del comprador o del subadquirente dañado por el producto defectuoso optar por la clase de remedio que más le convenga.

Pues bien, una vez más, la decisión finalmente adoptada por el CcQ a este respecto ha estado marcada por la evolución jurisprudencial.

Así, en un primer momento, representado –también en este punto– por la ya conocida decisión *Ross*, de 1921¹⁸⁹, la jurisprudencia confirió al comprador o adquirente perjudicado una libérrima opción entre la reclamación contractual en garantía y la acción de responsabilidad extracontractual por los daños causados por la cosa defectuosa. Esa línea jurisprudencial se mantuvo –en sentencias del Tribunal Supremo de Canadá tan señeras como las relativas a los asuntos *Wabasso*, de 1981¹⁹⁰, y *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, de 1989¹⁹¹– prácticamente hasta la promulgación

¹⁸⁸ El *Comentario* oficial al CcQ confirma esa diversa situación, a efectos de reclamación al fabricante, del mero usuario y del *bystander* (o «*simple passant*») respecto al comprador y al subadquirente del producto defectuoso: «*Les règles posées par l'article [art. 1468 CcQ], complétées par celles des articles 1469 et 1473, ont pour effet d'instituer un véritable régime autonome et impératif de responsabilité extracontractuelle en matière des produits non sécuritaires. Ce régime est établi au profit des tiers, utilisateur ou simple passant, qui ne bénéficient pas d'un lien contractuel avec le fabricant**, le distributeur ou le fournisseur leur permettant de fonder leur recours sur la *garantie de qualité des biens** (articles 1726 à 1731), à titre d'*acquéreur ou d'ayant cause à titre particulier de l'acquéreur** (article 1442)» (cfr. *Commentaires du Ministre de la Justice* cit., com. del art. 1468 CcQ, p. 897).

* La negrita es mía.

¹⁸⁹ «*[H]is action [la del apelante] can stand, notwithstanding the contractual relations between the parties... And I cannot assent to the broad proposition that where the relations between the parties are contractual there cannot also be an action ex delicto in favour of one of them*» (cfr. la ya citada decisión del Tribunal Supremo de Canadá de 11 de octubre de 1921).

¹⁹⁰ Cfr. sentencia de 22 de junio de 1981 del Tribunal Supremo de Canadá (1981 1 RCS, pp. 578 ss.).

¹⁹¹ Cfr. sentencia de 8 de junio de 1989 del Tribunal Supremo de Canadá (1989 1 RCS, pp. 1554 ss.): «*Lorsqu'on allègue l'existence d'un défaut ou d'un danger caché*

del CcQ en 1991, el cual –guiado por la doctrina– la rechazó frontalmente en su artículo 1458.2¹⁹². Tal rechazo pretende evitar que la referida opción pueda ser utilizada por el contratante supuestamente perjudicado como pretexto para eludir la aplicación de las reglas contractuales en los casos en que su reclamación fundada en el contrato tenga escasas posibilidades de prosperar (arg. *ex art.* 1458.2 CcQ: «... *se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables*»), sometiendo así al otro contratante a una injusta incertidumbre¹⁹³.

Siendo así, cuando el perjudicado por el defecto o falta de seguridad de un producto es un comprador o un ulterior adquirente del mismo, su reclamación de reparación sólo puede ser la contractual de garantía. Teóricamente, dicho régimen presenta para el perjudicado ventajas de las que carece la reclamación extracontractual de responsabilidad civil. La primera de ellas consiste en el vínculo de solidaridad que, siendo la acción en garantía, establece la ley entre los legitimados pasivos o destinatarios de la reclamación (art. 1730 CcQ)¹⁹⁴, mientras que, en el caso de la acción de reparación de índole extracontractual, la responsabilidad es sólo

dans la chose vendue, l'action n'est pas nécessairement fondée sur la garantie contre les défauts cachés prévue aux art. 1522 et suiv. CcBC et par conséquent contractuelle. Le demandeur qui est partie à un contrat peut choisir de poursuivre le défendeur sur la base du contrat ou d'un quasi-délit, pourvu, bien entendu, que les faits constituent une faute délictuelle autant que contractuelle».

¹⁹² Artículo 1458 CcQ: «*Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés*».

«*Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables*».

¹⁹³ Cfr. *Commentaires du Ministre cit.*, comentario al artículo 1458 CcQ, p. 888: «*Une telle possibilité d'option... comporte le risque de créer des injustices à l'égard de l'une ou de l'autre des parties contractantes qui, ne pouvant s'appuyer sur le respect des règles du contrat ni sur l'application des règles de la responsabilité contractuelle, demeure dans un état d'incertitude constant quant à sa situation...*».

¹⁹⁴ Así lo ejemplifican, entre muchas otras, la Sentencia de 27 de mayo de 1991 del Tribunal de Apelación de Québec, relativa al asunto *Demers c. General Motors of Canada Ltd.* (cfr. 43 *Quebec Appeal Cases*, pp. 240 ss.), que hizo solidariamente responsables al vendedor y al fabricante de los daños causados por un camión defectuoso, así como la Sentencia de 1988 del Tribunal Provincial de Québec sobre el asunto *E. W. Tinmouth et alii c. General Motors du Canada Ltée. et alii* (cfr. [1988] *Recueil de Jurisprudence du Québec*, pp. 1982 ss.), que, análogamente a la anteriormente citada, estableció que «*Ni le manufacturier ni le concessionnaire peuvent invoquer l'ignorance de ce défaut. Comme ils n'ont pas réussi à repousser la présomption en établissant que le vice est attribuable au fait d'un tiers ou est survenu par cas fortuit, ils son tenus solidairement responsables des dommages*».

mancomunada o parcial (art. 1478 CcQ)¹⁹⁵, en función del grado de participación en la causación del daño que el juzgador impute a cada uno de los demandados¹⁹⁶.

La segunda particularidad del régimen contractual aporta aún superiores ventajas al comprador o adquirente perjudicado. Se trata de la ya examinada «regla de Pothier»¹⁹⁷ o presunción inderrotable de conocimiento del defecto establecida por la ley en contra del fabricante y del vendedor profesional (art. 1728.2 CcQ). Es más, el rigor de la referida presunción legal es tal que, siendo el perjudicado un adquirente del producto en quien concurra la cualidad de *consumidor*, ni siquiera se permitiría al fabricante demandado desvirtuarla invocando en su auxilio la causa de exoneración que, ordinariamente –incluso cuando se le demanda con apoyo en las reglas contractuales de la garantía–¹⁹⁸, le brindan los llamados *riesgos del desarrollo*, excepción que no podrá hacer valer cuando le reclame un consumidor. Ello obedece a que la presunción de conocimiento del defecto que –a imagen y semejanza del artículo 1728.2 CcQ– establece el artículo 53.3 de la *Loi de la protection du consommateur*¹⁹⁹ es tan absoluta que ni siquiera cede ante la imposibilidad científica o técnica de detectar la falta de seguridad del producto²⁰⁰ en el momento de introducirlo en el mercado²⁰¹.

¹⁹⁵ Cfr. artículo 1478.2 CcQ: «*Lorsque le préjudice est causé par plusieurs personnes, la responsabilité se partage entre elles en proportion de la gravité de leur faute respective*».

¹⁹⁶ Así lo demuestran tanto la ya citada sentencia de 1995 del Tribunal Superior de Québec, relativa al asunto *Boréal Ass. Inc. c. A-1 Rent-A-Tool Inc.*, como la también citada Sentencia de 1992 del Tribunal de Apelación de Québec sobre el litigio *Veranda Industries Inc. c. Beaver Lumber Company et alii*, que distribuyeron cuotas o porcentajes de responsabilidad entre los fabricantes demandados; así, según la última de estas decisiones, «*les appelantes Véranda Industries Inc. (Veranda) et 141690 Canada Inc. (Edmaq) ont toutes deux été tenues responsables du dommage à titre de concepteur et de fabricant, dans une proportion respective de 45% et 55%*».

¹⁹⁷ *Vid. supra* nuestro anterior epígrafe.

¹⁹⁸ Son JOBIN y DESLAURIERS (*Obligations et Contrats*, cit., p. 172) quienes consideran que, pese a estar regulada en sede de responsabilidad extracontractual (art. 1473,2 CcQ), la excepción por *riesgos del desarrollo* es también aplicable en el ámbito de la garantía contractual.

¹⁹⁹ Cfr. artículo 53,3 LPC: «*Ni le commerçant, ni le fabricant ne peuvent alléguer le fait qu'ils ignoraient ce vice ou ce défaut*».

²⁰⁰ «*[I]l est prescrit que ni le fabricant ni le commerçant ne sont admis à prétendre qu'ils ne connaissaient pas le vice (art. 53, al. 3 L.p.c.). Une présomption absolue de connaissance du vice pèse donc sur le fabricant et le commerçant*» (cfr. JOBIN y DESLAURIERS: *op. cit.*, p. 179).

²⁰¹ Como hemos señalado en el epígrafe anterior, ello confirmaría que, más que ante una mera presunción, estamos ante una imputación legal de conocimiento del defecto al fabricante y al vendedor profesional.

Resulta, pues, que, al menos en este punto, la protección en el Derecho quebequés del adquirente en quien concurra la cualidad de consumidor carece de parangón en el Derecho comparado.

Ahora bien, pese a las reseñados beneficios de la reclamación contractual frente a la extracontractual, existen casos en que tanto al contratante como al subadquirente perjudicados pudiera convenirles hacer valer contra el fabricante la acción delictual regulada en los artículos 1468 ss. CcQ. Así puede ocurrir tanto cuando la viabilidad de la reclamación contractual sea escasa o, cuando menos, dudosa, o bien cuando la aplicación de las reglas contractuales (p. ej., una cláusula contractual de elección de fuero competente o de ley aplicable al contrato) imponga al reclamante la sumisión a un tribunal o a un Derecho extranjero menos favorable que el del Québec²⁰².

Pues bien, pese a que –como ya se ha indicado–, para el legislador quebequés, ninguno de esos intereses particulares resulta atendible ni justifica excluir la aplicación de las reglas contractuales (art. 1458.2 CcQ), existe al menos un caso para el que la opinión más autorizada propugna que se flexibilice la expuesta regla de la prohibición de opción entre la reclamación contractual y la delictual: se trata del caso en que la reclamación contractual del subadquirente del producto defectuoso contra el fabricante no pueda prosperar por verse afectada por causas impeditivas o extintivas de la acción derivadas de la previa relación entre el fabricante y su adquirente inmediato.

Así, puesto que –por acoger la ya examinada regla de *Kravitz*²⁰³– la facultad del subadquirente de la cosa de dirigirse contra el fabricante la basa el CcQ (arts. 1442 y 1730 CcQ) en considerar el derecho de garantía del comprador inmediato frente al fabricante como un accesorio de la cosa vendida que se transmite con ella, las causas que impidan el nacimiento de tal derecho necesariamente privarán –en base al principio *nemo in aliud plus ius transferre potest quam se ipse habet*– de él al subadquirente. Concretamente, no podrá éste dirigir una reclamación de garantía contra el fabricante por lo menos en dos casos: cuando el contrato que me-

²⁰² Así, en los casos de las ya citadas decisiones *Wabasso* y *Air Canada c. McDonnell Douglas* (*supra* notas 190 y 191), la admisión de la acción delictual, pese a la existencia de vínculos contractuales entre las partes litigantes, permitió mantener la jurisdicción de los tribunales canadienses sobre el asunto, por haberse producido el daño en Canadá, mientras que, de haber optado el actor por la reclamación contractual de garantía, el litigio hubiera debido sustanciarse en los Estados Unidos, por haberse sometido los contratantes a los tribunales de dicho Estado.

²⁰³ *Vid. supra* nuestro anterior epígrafe.

dió entre aquél y su adquirente inmediato contenga cláusulas de exclusión de la responsabilidad por vicios ocultos de la cosa, o bien cuando el vicio o defecto de ésta ni siquiera pudiera considerarse oculto (art. 1726.2 CcQ), sino, por el contrario, aparente, por haber sido bien conocido por el comprador, quien, pese a ello, enajenó la cosa al subadquirente silenciando su existencia.

Pues bien, pensando precisamente en la indefensión del ulterior adquirente de la cosa en tales situaciones, se propugna —además de haberlo admitido ya alguna jurisprudencia²⁰⁴— que se mantenga, al menos para aquél, la facultad de optar entre la acción contractual de garantía y la extracontractual para exigir al fabricante la reparación del daño derivado del producto. Al fin y al cabo —se dice—, la prohibición de optar entre ambos recursos la ciñe literalmente el artículo 1458,2 a los «contratantes». Pero, sobre todo, no se ve razón para que, a estos efectos, queden equiparados a ellos esas otras personas respecto a quienes, sólo mediante una ficción, ha llegado a establecer la ley una relación contractual²⁰⁵.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, Richard L.: «A Critique of American Tort Law» (originariamente publicado en [1981] *British Journal of Law and Society*, pp. 199 ss.), recopilado en MAC NEIL, SARGENT y DAWSON (eds.): *Introduction to private law relationships*, North York, 1995, pp. 405 ss.
- ALCOVER GARAU, Guillermo: *La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al Derecho español*, Madrid, 1990.
- ÁLVARO, Alexander: «Why Property Rights were excluded from the Canadian Charter of Rights and Freedoms», en MAC NEIL, M. J., SARGENT, N. y DAWSON, T. B. (eds.): *Introduction to private law relationships*, North York, 1995, pp. 220 ss.
- AMERICAN LAW INSTITUTE (ed.): *Restatement of the law, Second, On Torts*, St. Paul (Minnesota), 1965.
- : *Restatement Third, Torts: Products Liability*, St. Paul (Minnesota), 1998.
- BOHLEN, Francis H.: «The Basis of Affirmative Obligations in the Law of Torts», en (1905) *The American Law Register*, pp. 209 ss., 273 ss. y 337 ss.

²⁰⁴ Vid. así la sentencia de 8 de febrero de 1995 de la Sección de Créditos Menores del Tribunal de Québec (*Cour du Québec, Petites Créances*), que reconoce la legitimación del comprador o adquirente último de un vehículo para dirigirse contra el fabricante apoyándose indistintamente en la garantía de calidad derivada de los artículos 1726, 1729 y 1730 CcQ o en su responsabilidad por el defecto de fabricación e información con base en los artículos 1468, 1469 y 1473 CcQ. (cfr. *Ancil c. Constant*, recopilada en [1995] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, p. 580).

²⁰⁵ Sobre la necesidad de exceptuar la regla del artículo 1458,2 CcQ en favor del subadquirente o ulterior adquirente de la cosa vendida, cfr. JOBIN, Pierre-Gabriel: *La vente*, Cowansville, 2001, pp. 233-235.

- BRIGGS, Asa: término «*Welfare State*», en *The Dictionary of the History of Ideas*, accesible en la dirección electrónica etext.lib.virginia.edu/DicHist/dict.html.
- CALABRESI, Guido: *The cost of accidents. A Legal and Economic Analysis*, Chelsea (Michigan), 1970.
- : «The Decision for Accidents: An Approach to Non-Fault Allocation of Costs», en Mac NEIL y otros [eds.]: *Introduction to Private Law Relationships*, North York (Ontario), 1995 (2.^a ed.), pp. 515 ss.
- COMMENTAIRES DU MINISTRE DE LA JUSTICE: *Le Code civil du Québec*, Louiseville, 1993, tomo I.
- COMISIÓN EUROPEA: *Libro verde sobre La responsabilidad civil por productos defectuosos* (COM [1999] 396 final, de 28 de julio de 1999).
- CRAWFORD, William E.: «Manufacturer's Liability under the Proposed Revision of the Civil Code of Quebec», en *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut Canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville (Québec), 1991, pp. 417 ss.
- DEMOGUE, René: «De la obligation du vendeur à raison des inconvénients de la chose et de la responsabilité délictuelle entre contractants. À propos d'un arrêt de la Cour Suprême du Canada» (1923) *Revue Trimestrielle de Droit civil*, pp. 645 ss.
- DENNIS, James: «Basic Principles of Manufacturer's Liability under the Civil Code of Quebec», en *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut Canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville (Québec), 1991, pp. 403 ss.
- EDGE, Dean F.: *Product Liability Law in Canada*, Toronto y Vancouver, 2000.
- EDWARDS, Jeffrey: *La garantie de qualité du vendeur en Droit Québécois*, Montréal, 1998.
- EHRENZWEIG, Albert A.: «Negligence without fault», (1966) 54 *California Law Review*, pp. 1422 ss.
- GAGLIARDO, Domenico: «The First Kansas Workmens' Compensation Law», en (1940) 9, núm. 4 *Kansas Historical Quarterly*, pp. 384-397, accesible en la dirección electrónica http://www.kancoll.org/khq/1940/40_4_gagliardo.htm.
- GARANT, Patrice: «Vie, liberté, sécurité et justice fondamentale», en BEAUDOUIN, Gerald A., y MENDES, Errol P. (eds.): *Charte Canadienne des Droits et Libertés*, Montréal, 1996, pp. 417 ss.
- GLENN, Patrick: «The common law in Canada» (1995) 74 *The Canadian Bar Review*, pp. 261 ss.
- HASSON, Reuben H.: reseña del libro de Geraint G. HOWELLS (ed.) *Product Liability, Insurance and the Pharmaceutical Industry: An Angloamerican Comparison* (1993) 21 *Canadian Business Law Journal*, pp. 459 ss.
- HELLER, Stephen: «Manufacturer's Liability for Defective Products» (1969) 15 *McGill Law Journal*, pp. 142 ss.
- HIEBERT, Jane L.: «Los efectos de la Carta de Derechos y Libertades en la política canadiense», en MITJANS, Esther, y CASTELLÀ, Josep M. (coords.): *Canadá: Introducción al sistema político y jurídico*, Barcelona, 2001, pp. 195 ss.
- HOGG, Peter W.: *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, 1997.
- HOWIE, John, y SANGER, Ladd: «Failure to warn: The difference between strict liability and negligence from a plaintiff's perspective», accesible en la dirección electrónica <http://www.howie-sweeney.com/news/speeches/failureto-warn.html>.
- JAMES, Fleming: «Products Liability», 34 (1955-56) *Texas Law Review*, pp. 44 y ss.

- JOBIN, Pierre-Gabriel, y DESLAURIERS, Jacques: capítulo sobre la *compraventa*, en *Obligations et Contrats, Collection de Droit Ivon Blais Inc.* (ed.), 1997, pp. 149 ss.
- JOBIN, Pierre-Gabriel: *La vente*, Cowansville, 2001.
- KEETON, Werdner Page: «Products Liability-The expansion of Fraud, Negligence and Strict Tort Liability» (1966) 64 *Michigan Law Review*, pp. 1350 ss.
- KEATING, Gregory C.: «The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability», en (2001) 54 *Vanderbilt Law Review*, pp. 1285 ss.
- KLAR, Lewis N.: *Tort Law*, Scarborough, 1996
- KESSLER, Friedrich: «Products Liability» (1967) 76 *The Yale Law Journal*, pp. 887 ss.
- LANDES, William M., y POSNER, Richard A.: «A positive economic analysis of products liability», en (1985-86) 14-15 *Journal of Legal Studies*, pp. 535 ss.
- LANGLOIS, Raynold: «La responsabilité du fabricant en droit civil québécois: d'aujourd'hui à demain», en *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut Canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville (Québec), 1991, pp. 379 ss.
- LINDEN, Allen M.: *Canadian Tort Law*, Markham (Ontario), 2001.
- LORENZ, Werner: «Länderbericht und rechtsvergleichende Betrachtung zur Haftung des Warenherstellers», en *Arbeiten zur Rechtsvergleichung*, Frankfurt/Main y Berlín, 1966, núm. 28.
- MAIONI, Antonia: «The Welfare State and Canadian Society», en ANASTASI, BONNANO y RIZZO (coords.): *The canadian vision. La vision canadienne*, Vila San Giovanni, 1996, pp. 27 ss.
- MASSE, Claude: «La responsabilité du fabricant: responsabilité stricte, négligence ou indemnisation sans égard à la faute? (Le contexte du libre-échange)», en *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut Canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville (Québec), 1991, pp. 301 ss.
- : capítulo sobre la *responsabilidad del fabricante y del vendedor profesional*, en *Responsabilité, Collection de Droit, Ivon Blais Inc.* (ed.), 1997, pp. 59 ss.
- : «Le droit de la protection du consommateur et le Code Civil du Québec», en ARROYO AMAYUELAS, Esther (coord.): *El Québec: un model de dret comparat*, Barcelona, 2001, pp. 57 ss.
- : «The positive experience of the Civil Code of Quebec in the North America common law environment», en McQUEEN, Hector L.; VAQUER, Antoni, y ESPIAU ESPIAU, Santiago (eds.): *Regional Private Laws and Codification in Europe*, Cambridge, 2003, pp. 260 y ss.
- MINISTERIO DE JUSTICIA: «Memoria que acompaña al Proyecto de Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», en SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (ed.): *Documentación preparada por el Congreso de los Diputados para la tramitación del Proyecto de Ley*, Documentación núm. 112, enero 1994, pp. 195-212.
- MONTREUIL, Pierre, y BOUCHARD, Robert: *Le droit, la personne et les affaires*, Montréal, 1999 (2.^a ed.).
- NADER, Ralph, y PAGE, Joseph A.: «Automobile Design and the Judicial Process» (1967) 55 *California Law Review*, pp. 645 ss.
- NAVARRO MICHEL, Mónica: «Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario» [2003], 56, *III Anuario de Derecho civil*, pp. 1197 ss.
- NOTA SIN FIRMA: «Strict products liability and the bystander» (1964) 64 *Columbia Law Review*, pp. 916 ss.

- OLIVO, Laurence M.: *Introduction to Law in Canada*, North York, 2000.
- ORELLANA RONCERO, Virginia: «El common law en Canadá: la regla del precedente», en MITJANS, Esther, y CASTELLÀ, Josep M. (coords.): *Canadá: Introducción al sistema político y jurídico*, Barcelona, 2001, pp. 329 ss.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990.
- PAYNE, Andrew L. [ed.]: «Products Liability: an update on the law», en <http://www.howie-sweeney.com> (fecha de consulta: 5 de marzo de 2004).
- POTHIER, Robert Joseph: *Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, París, 1827, tomo 2.º (*Traité du contrat de vente*).
- : *Traité des obligations*, Barcelona, 1974 (reimpresión de la ed. París, 1825).
- PRIEST, George L.: «The invention of enterprise liability: a critical history of the intellectual foundations of modern tort law», en (1986) 14-15 *Journal of Legal Studies*, pp. 461 ss.
- PRODUCT LIABILITY REFORM ACT OF 1997. REPORT OF THE [U.S. SENATE] COMMITTEE ON COMMERCE, SCIENCE AND TRANSPORTATION ON S. 648, TOGETHER WITH MINORITY VIEWS, Report 105-32, 105th Congress, 1st Session (19 de junio de 1997).
- PROSSER, William Lloyd: «The assault upon the citadel (Strict liability to the consumer)», en 69 (1960) *The Yale Law Journal*, pp. 1099 ss.
- PROSSER, William Lloyd, y KEETON, Werdner Page: *On the law of torts*, St. Paul (Minn.), 1984 (5.^a ed.).
- ROCHER, François: «Le Québec en Amérique du Nord: la stratégie continentale», en GAGNON, Alain-G.: *Québec: État et Société*, Montréal, 1994, pp. 461 ss.
- ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel: *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, y FELÍU SOLÉ, Josep: *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Madrid-Barcelona, 1999.
- SCHWARTZ, Gary T.: «Foreword: understanding Products Liability» (1979) 67 *California Law Review*, pp. 435 ss.
- SÉROUSSI, Roland: *Introducción al Derecho inglés y norteamericano*, Barcelona, 1998.
- SOLOMON, Robert M.; FELDTHUSEN, Bruce P., y KOSTAL, R. W.: *Cases and materials on the law of torts*, Barrie, 1996.
- TANCELIN, Maurice, y GARDNER, Daniel: *Jurisprudence commentée sur les obligations*, Montréal, 1999.
- THOMAS, Bruce A., y THEALL, Lawrence G.: «Product Liability and Innovation: A Canadian Perspective», en (1994-95) 20-21 *Canada-United States Law Journal*, pp. 313 ss.
- WADDAMS, S. M.: *Products Liability*, Toronto, 1980.
- WHALEN, Christopher: «Victory at hand for GOP Tort Reform?», en *Insight on the News*, <http://www.insightmag.com> (fecha de consulta: 16 de marzo de 2004).
- WERTHEIMER, Ellen: «Unknowable dangers and the death of strict products liability: the empire strikes back», en (1992) 60 *University of Cincinnati Law Review*, pp. 1183 ss.
- WOEHLING, José: «La crise constitutionnelle et le réaménagement des rapports entre le Québec et le Canada anglais», en (1993) 7-8 *The Charter, Federalism and the Constitution, International Journal of Legal Studies*, pp. 9 ss.

Relación de sentencias

REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA

- Winterbottom v. Wright*, 6 de junio de 1842, *Exchequer Court* ([1842] *The English Reports. Exchequer Division*, pp. 402 ss.).
- Rylands v. Fletcher*, 17 de julio de 1868, *House of Lords* ([1868] *3 Law Reports, House of Lords*, pp. 330 ss.).
- Donoghue (or M'Alister) v. Stevenson*, 26 de mayo de 1932, *House of Lords* ([1932] *House of Lords. Appeal Cases*, pp. 562 ss.).

ESTADOS UNIDOS

- Thomas and wife v. Winchester*, julio de 1852 (sin fecha), *Court of Appeals of New York* (57 *American Decisions*, pp. 455 ss.).
- Lochner v. New York*, 17 de abril de 1905, *Supreme Court of the United States* ([1905] 198 *United States Supreme Court Reports*, pp. 45 ss.).
- Ketterer v. Armour & Co.*, 24 de septiembre de 1912, *District Court of the United States for the Southern District of New York* (200 *Federal Reporter*, pp. 322 ss.).
- MacPherson v. Buick Motor Co.*, 14 de marzo de 1916, *Court of Appeals of New York* (111 *Northeastern Reporter*, pp. 1050 ss.).
- West Coast Hotel Co. v. Parrish et al.*, 29 de marzo de 1937, *Supreme Court of the United States* ([1937] 300 *United States Supreme Court Reports*, pp. 379 ss.).
- Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, 5 de julio de 1944, *Supreme Court of California* (150 *Pacific Reporter, 2d Series*, pp. 436 ss.).
- Loch et uxor v. Confair*, 5 de enero de 1953, *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* ([1953] 346 *United States Reports*, pp. 15 ss.).
- Dalehite v. United States*, 8 de junio de 1953, *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* ([1953] 346 *United States Reports*, pp. 15 ss.).
- Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 24 de enero de 1962, *Supreme Court of California* (377 *Pacific Reporter, 2d Series*, pp. 897 ss.).
- Ruth H. Mitchell v. Horace G. Miller*, 13 de octubre de 1965, *Superior Court of Connecticut* (214 *Atlantic Reporter, 2d Series*, pp. 694 ss.).
- Piercefield v. Remington Arms Company*, 1 de marzo de 1965, *Supreme Court of Michigan* (133 *North Western Reporter, 2d Series*, pp. 129 ss.).
- Helene Curtis Industries, Inc. v. Pruitt*, 20 de octubre de 1967, *United States Court of Appeals, Fifth Circuit* (385 *Federal Reporter, 2d Series*, pp. 841 ss.).
- Epifanio Reyes v. Wyeth Laboratories*, 31 de julio de 1974, *United States Court of Appeals, Fifth Circuit* (498 *Federal Reporter, 2d Series*, pp. 1264 ss.).
- Martin Bruce et al. v. Martin-Marietta and Orzak Airlines*, 18 de mayo de 1976, *U. S. Court of Appeals, 10th. Circuit* (544 *Federal Reporter*, pp. 422 ss.).
- Barker v. Lull Engineering Company, Inc., et al.*, 16 de enero de 1978, *Supreme Court of California* (573 *Pacific Reporter, 2d Series*, pp. 443 ss.).
- Boatland of Houston, Inc., v. Valerie Bailey et al.*, 30 de julio de 1980, *Supreme Court of Texas* (609 *Southwestern Reporter, 2d Series*, pp. 743 ss.).
- Beshada v. Johns-Manville Products Corp.*, 7 de julio de 1982, *Supreme Court of New Jersey* (447 *Atlantic Reporter, 2d Series*, pp. 539 ss.).
- Anderson v. Owens-Illinois, Inc.*, 25 de agosto de 1986, *United States Court of Appeals for the First Circuit* ([1986] 799 *Federal Reporter, 2d Series*, pp. 1 ss.).

Kotler v. The American Tobacco Company, et al., 19 de diciembre de 1990, *United States Court of Appeals for the First Circuit* ([1990] 926 *Federal Reporter*, 2d Series, pp. 1217 ss.).

CANADÁ

Buckley v. Mott, 17 de diciembre de 1919, *Nova Scotia Supreme Court* (50 *Dominion Law Reports*, pp. 408 ss.).

Ross v. Dunstall and Emery, 11 de octubre de 1921, *Supreme Court of Canada* ([1921] *Recueil de la Jurisprudence de la Cour Suprême*, pp. 393 ss.).

Shandloff v. City Dairy Ltd. and Moscoe, 13 de noviembre de 1936, *Ontario Court of Appeal* ([1936] *Ontario Reports*, pp. 579 ss.).

Arendale v. Canada Bread Co Ltd., 17 de febrero de 1941, *Ontario Court of Appeal* ([1941] 2 *Dominion Law Reports*, pp. 41 ss.).

The London & Lancashire Guarantee & Accident Company of Canada v. La Compagnie F. X. Drolet, 1 de febrero de 1944, *Supreme Court of Canada* ([1944] *RCS*, pp. 82 ss.).

Belanger v. Coca-Cola, 16 de enero de 1952, *Cour Supérieure du Québec* ([1954] *Rapports Judiciaires de Québec*, pp. 158 ss.).

Cohen v. Coca-Cola Ltd., 23 de mayo de 1967, *Supreme Court of Canada* ([1967] *RCS*, pp. 469 ss.).

Attorney General Manitoba v. Manitoba Egg & Poultry Association et al., 28 de junio de 1971, *Supreme Court of Canada* ([1971] *RCS*, pp. 689 ss.).

Lambert v. Lastoplex, 20 de diciembre de 1971, *Supreme Court of Canada* ([1972] *RCS*, pp. 568 ss.).

Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works and Walkem Machinery & Equipment, 27 de agosto de 1973, *Supreme Court of Canada* ([1974] *RCS*, pp. 1189 ss.).

Trudel c. Clairol Inc. of Canada, 27 de mayo de 1974, *Supreme Court of Canada* ([1975] 2 *RCS*, pp. 236 ss.).

General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz, 23 de enero de 1979, *Supreme Court of Canada* ([1979] 1 *RCS*, pp. 790 ss.).

Wabasso Ltd. c. National Drying Machine Co., 22 de junio de 1981, *Supreme Court of Canada* ([1989] 1 *RCS*, pp. 578 ss.).

Buchan v. Ortho Pharmaceutical Canada Ltd., 17 de enero de 1986, *Ontario Court of Appeal* ([1986] *Dominion Law Reports*, 4th Series, pp. 658 ss.).

Nicholson v. John Deere Ltd., 19 de diciembre de 1987, *Ontario Supreme Court* ([1986] 58 *Ontario Reports 2d Series*, pp. 53 ss.); confirmada posteriormente por una decisión de 7 de febrero de 1989, *Ontario Court of Appeal* ([1989] 68 *Ontario Reports*, 2d Series, pp. 191 ss.).

R. v. Morgentaler, 28 de enero de 1988, *Supreme Court of Canada* ([1988] *RCS*, pp. 30 ss.).

E. W. Tinmouth et alii c. General Motors du Canada, 1988 (sin fecha), *Cour Provinciale de Québec* ([1988] *Recueil de jurisprudence du Québec*, pp. 1982 ss.).

J. A. Madill et autres c. C.E.B. Cie. et autres, 21 de noviembre de 1988, *Cour Supérieure du Québec* ([1989] *Recueil en responsabilité et Assurance*, pp. 87 y ss.).

Air Canada v. McDonnell Douglas Corp., 8 de junio de 1989, *Supreme Court of Canada* ([1989] 1 *RCS*, pp. 1554 ss.).

- Mulco Inc. c. La Garantie, Compagnie d'Assurance de l'Amérique du Nord*, 19 de enero de 1990, *Cour d'Appel de Québec* ([1990] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 69 ss.).
- Aline Caron c. Bic Société Mutuelle d'Assurance et Génin*, 15 de mayo de 1991, *Cour Supérieure du Québec* ([1991] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 542 ss.).
- Demers c. General Motors of Canada Ltd.*, 27 de mayo de 1991, *Cour d'Appel de Québec* (43 *Quebec Appeal Cases*, pp. 240 ss.).
- Veranda Industries Inc. c. Beaver Lumber Co.*, 9 de julio de 1992, *Cour d'Appel de Québec* ([1992] *Recueil de Jurisprudence du Québec*, pp. 1763 ss.).
- Stiles v. Becket*, 4 de enero de 1993, *British Columbia Supreme Court* (22 *Carswell's Practice Cases, 3d Series*, pp. 145 ss.).
- Onil Corriveau c. Unicoop et autres*, 31 de diciembre de 1994, *Cour Supérieure du Québec* ([1994] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 915 ss.).
- Boréal Assurances Inc. c. A-1 Rent-A-Tool Inc. et autres*, 8 de enero de 1995, *Cour Supérieure du Québec* ([1995] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 914 ss.).
- Ancil c. Constant*, 8 de febrero de 1995, *Cour du Québec, Petites Créances* ([1995] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, p. 580).
- Winnipeg Condominium Corp. No. 36 v. Bird Construction Co. Ltd. et al.*, 26 de enero de 1995, *Supreme Court of Canada* ([1995] 1 RCS, pp. 85 ss.).
- Le Group Commerce Compagnie d'Assurances c. G.T.E. Sylvania Canada Ltée.*, 7 de agosto de 1995, *Cour d'Appel de Québec* ([1995] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 627 ss.).
- Hollis v. Dow Corning Corporation*, 21 de diciembre de 1995, *Supreme Court of Canada* ([1995] 4 RCS, pp. 634 ss.).
- Gagnon c. Ratté*, 10 de enero de 1996, *Cour Supérieure du Québec* ([1996] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 766 ss.).
- Compagnie d'Assurance Wellington c. Canadian Adhesives Ltd.*, 14 de mayo de 1997, *Cour du Québec, Chambre Civile* ([1997] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 635 ss.).
- City of Verdun v. Gilles Doré*, 10 de julio de 1997, *Supreme Court of Canada* ([1997] 1 RCS, pp. 862 ss.).
- Compagnie d'Assurance Missisquoi c. Lise Rousseau*, 14 de julio de 1997, *Cour Supérieure du Québec* (cfr. [1997] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 738 ss.).
- Concasneur de Beauce Inc. c. W.S. Tyler Canada et alii*, 12 de noviembre de 1997, *Cour Supérieure du Québec* ([1997] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 1075 ss.).
- Allendale Mutual Insurance Company c. British Steel Canada Inc.*, 21 de noviembre de 1997, *Cour Supérieure du Québec* ([1998] *Recueil en Responsabilité et Assurance*, pp. 108 ss.).
- Cécilia Létournéau c. Imperial Tobacco Ltée.*, 23 de marzo de 1998, *Cour du Québec, Petites créances* (*Recueil de Jurisprudence de Québec*, pp. 1660 ss.).
- Vanek et al. v. The Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd. et al.*, 7 de diciembre de 1999, *Ontario Court of Appeal* (48 *Ontario Reports, 3d Series*, pp. 228 ss.).

El Derecho civil ante las nuevas técnicas de investigación genética. En particular, las pruebas de detección genética *

ESTHER GÓMEZ CALLE

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Previo.*—II. *Las pruebas de detección genética y la información que procuran.*—III. *La realización de las pruebas de detección genética y el derecho del afectado a conocer sus resultados o a no saberlos.*—IV. *El acceso de terceros a los datos obtenidos mediante las pruebas de detección genética y su utilización.*—V. *Un caso concreto: el seguro de vida y las pruebas de detección genética.*—VI. *Bibliografía.*

I. PREVIO

De las múltiples cuestiones jurídicas que suscita la genética humana y sus aplicaciones, quizá algunas de las de mayor interés desde el punto de vista del civilista sean las que se apuntan a continuación, reveladoras todas ellas de la fricción existente entre el uso de las técnicas genéticas y de la información que procuran, de un lado, y el reconocimiento de los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales amparados constitucionalmente, de otro:

* El presente trabajo constituye el texto de la conferencia pronunciada por su autora sobre «El Derecho Civil frente a las nuevas técnicas de investigación genética», en el marco de las II Jornadas Luso-Españolas, «Derecho y Genética: un reto de la sociedad del siglo XXI», el día 12 de noviembre de 2004, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

1. En cuanto determinadas pruebas genéticas, en concreto *las pruebas o análisis de ADN*, sirven para identificar a las personas con un alto índice de fiabilidad, son un útil instrumento en *los procesos de filiación para determinar la paternidad o maternidad*, estando su uso amparado por el artículo 39.2 *in fine*) CE y regulado en el artículo 767 LEC. El problema surge cuando el progenitor se niega a someterse a la correspondiente prueba biológica, surgiendo el conflicto entre el derecho a la integridad física del mismo, derivado de su dignidad personal, y el derecho del hijo a conocer su propio origen¹. En tal caso, nuestros tribunales han entendido que la negativa del progenitor a someterse a la prueba es insuperable (por lo que no se puede imponer coercitivamente), sin perjuicio de su consideración como un indicio que, en conjunción con otros elementos de prueba, pueda servir para determinar la paternidad²; valor indiciario que reconoció, *v. gr.*, la STC 7/1994, de 17 de enero, y que reconoce hoy el artículo 767.4 LEC (según el cual, «la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios»).

2. La *investigación, experimentación y manipulación genéticas* están siendo y serán fuente de indudables beneficios para el ser humano desde el punto de vista del diagnóstico y la terapia de múltiples enfermedades, pero también pueden suponer, si no se controla adecuadamente su desarrollo, una seria amenaza para determinados derechos fundamentales, y en especial para *la dignidad de la persona*. De ahí el interés mostrado por regular estas materias, tanto a nivel internacional como nacional. En el primer plano cabe citar el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y a la biomedicina) (en adelante, CDHB), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, ratificado por España el 20 de octubre de 1999 y en vigor en nuestro país desde el 1 de enero de 2000; a él hay que añadir, aunque su valor sea meramente programático, la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma y Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997 (en adelante, DUGDH). Entre las Leyes nacionales a tener en cuenta en este punto hay que citar

¹ Sobre la vinculación del derecho a conocer el propio origen con el derecho a la intimidad y el respeto a la dignidad de la persona, de un lado, y con el derecho a la salud, de otro, *vid.* ROCA I TRÍAS: «Adopción...», pp. 221 ss.

² Al respecto, Díez-PICAZO: «El genoma...», p. 104.

la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, LTRA), y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos y de sus células, tejidos u órganos (en adelante, LDUEF).

La DUGDH dedica una de sus secciones (la C, arts. 10 a 12) a las «investigaciones sobre el genoma humano», sentando ya el artículo 10 que ninguna de tales investigaciones puede «prevaler sobre el respeto a los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de los grupos humanos», a lo que el artículo 11 añade que no deben permitirse prácticas «contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos».

Así, tratándose de *investigación con personas vivas* debe partirse, como regla general, de la necesidad de consentimiento informado del sujeto que se somete al experimento, debiendo extremarse las cautelas cuando, siendo las afectadas personas sin capacidad para consentir, se permita a otras dar el consentimiento [*vid. art. 5.b) y e) DUGDH*]; también hay que concretar con exactitud las circunstancias que justifican el experimento y arbitrar mecanismos de control de las mismas, atendiendo siempre al valor superior de los derechos humanos y la dignidad humana; tales son las cuestiones reguladas en los artículos 16 y 17 CDHB. En cuanto a la *manipulación genética*, sus fines deben ser compatibles con esa dignidad, por lo que el artículo 13 CDHB sólo autoriza las intervenciones para modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas, y siempre que no se pretenda modificar el genoma de la descendencia.

Mas las investigaciones y manipulaciones genéticas también pueden llevarse a cabo *cuando el ser humano se halla aún en estado embrionario* (con lo que aludimos a preembriones, embriones y fetos)³, o sobre material biológico procedente del mismo. Así, la LTRA regula las intervenciones sobre preembriones, embriones y fetos vivos (arts. 12 y 13), y la investigación y experimentación con preembriones (arts. 14 a 17); y la LDUEF dedica su capítulo III (arts. 7 y 8) a la «investigación, experimentación y

³ Como es sabido, se trata en realidad de estadios distintos. Como se explica en la exposición de motivos de la LTRA, el *preembrión* es el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días después, cuando se implanta en el útero; a partir de ese momento cabe hablar de *embrión*, cuyo desarrollo se extiende unos dos meses y medio más; a los tres meses de la fecundación cabe hablar ya de *feto*, que cuenta con apariencia humana y unos órganos ya formados, que irán madurando paulatinamente.

tecnología genética» con embriones y fetos no viables o muertos [art. 2.e)]; en ambos casos se establecen los fines para cuya consecución se autorizan tales operaciones y los requisitos precisos para realizarlas⁴.

En este marco, son de destacar algunas medidas: *v. gr.*, «se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana» (art. 3 LTRA), como pudiera ser el de la experimentación, aspecto al que también alude explícitamente el artículo 18 CDHB cuando, tras exigir en su apartado 1 que la ley que admita la experimentación con embriones *in vitro* (en terminología de la LTRA, preembrión *in vitro*) debe garantizar una protección adecuada del embrión, prohíbe en su segundo apartado la constitución de embriones humanos con fines de experimentación. No se permite la alteración de las características genéticas que no sean patológicas o que busquen la selección de individuos o de la raza [arts. 13.3.d) y 15.2.b) LTRA; *vid.* también el art. 9.2.B.a LDUEF], en relación con lo cual se halla la sanción de la selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o

⁴ La LDUEF, además de exigir el consentimiento previo y por escrito de los donantes [art. 2.b)], proscribía la investigación con embriones y fetos no viables o muertos con fines comerciales [art. 2.d)].

Por su parte, el artículo 15 LTRA, además de supeditar la investigación o experimentación con preembriones al consentimiento escrito de las personas de las que proceden [apartado 1.a)], sólo la permite, si es con preembriones vivos, con fines diagnósticos, terapéuticos o preventivos [apartado 2.a)] para el propio preembrión; si es con otros fines, han de utilizarse preembriones no viables [art. 15.3.a)] o muertos (art. 17). En su redacción originaria, el artículo 11 LTRA preveía la crioconservación de los preembriones sobrantes de una fecundación *in vitro* por un máximo de 5 años, a expensas de que fueran solicitados por las parejas progenitoras o fueran donados a otras parejas; no se especificaba el destino de dichos preembriones una vez pasado ese plazo, lo que dio lugar a la existencia de un elevado número de ellos, sin que su destino se hallara regulado. Con el propósito de resolver el problema, y teniendo en cuenta además el interés científico de la investigación con preembriones, se promulgó la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que modificó los artículos 4 y 11 LTRA para intentar evitar la generación y acumulación de preembriones supernumerarios y reducir la tasa de embarazos múltiples. En su disposición final 1.^a regula, además, el destino de los preembriones crioconservados antes de la entrada en vigor de la Ley, dándose a las parejas progenitoras, o a la mujer en su caso, las siguientes opciones (*vid.* apartado 1): mantener la crioconservación hasta que le sean transferidos, donarlos a otras parejas (en cuyo caso se mantendrán crioconservados 5 años más, y si no son donados en ese plazo serán cedidos al Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa: *vid.* párrafo primero del apartado 2), descongelarlos consintiendo la utilización del material biológico obtenido con fines de investigación, que han de ser «de particular importancia» (apartado 4), o descongelarlos sin más. Esta Disposición final ha sido ya objeto de desarrollo reglamentario mediante el RD 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes.

terapéuticos no autorizados [art. 20.2.B.n) LTRA]; también el CDHB proscribire la selección de sexo, salvo cuando sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo (art. 14), después de establecer, como ya se vio, que las intervenciones sobre el genoma humano sólo pueden efectuarse por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas, y nunca para modificar el genoma de la descendencia (art. 13). Se prohíben, en fin, ciertos experimentos claramente atentatorios contra la dignidad humana, como, por ejemplo, los dirigidos a producir quimeras (fundiendo preembriones) o híbridos (por intercambio genético humano o recombinado con otras especies), o las fecundaciones entre gametos humanos y animales no autorizadas [art. 20.2.B.p), q) y r) LTRA]⁵.

3. Por último, *las pruebas de detección genética*, en cuanto suministran una información altamente sensible de la persona (y no sólo de ella, como veremos), relativa esencialmente –aunque tampoco en exclusiva– a su salud, suscita variadas cuestiones desde el punto de vista de la *dignidad de la persona* y de su *derecho a la intimidad*, y acerca de *la obtención y la utilización de los datos* que proporcionan. Es en esta cuestión en la que voy a centrarme a continuación.

II. LAS PRUEBAS DE DETECCIÓN GENÉTICA Y LA INFORMACIÓN QUE PROCURAN

1. Las pruebas de detección genética *permiten examinar el código genético completo de una persona para averiguar la presencia de determinados atributos*⁶, básicamente relativos a la salud, aunque, al parecer, no sólo, puesto que los científicos pretenden establecer la relación entre determinados genes y ciertas características de la persona (aptitudes, rasgos del carácter e incluso inclinaciones sexuales). En efecto, en lo tocante a los datos de salud tales pruebas no sólo permiten constatar *enfermedades ya existentes y manifiestas* al momento de verificarse aquéllas, sino que, además –y en ello radica una de sus características básicas–, tienen un importante valor predictivo –que irá aumentando con-

⁵ Se autoriza, por ejemplo, el llamado test del hámster, apto para evaluar la capacidad de fertilización de los espermatozoides humanos; *vid.* artículo 14.4 LTRA.

⁶ CAVOUKIAN: «La confidencialidad...», p. 56.

forme avance el estudio del genoma humano— en cuanto sirven para determinar la *predisposición genética* de una persona a padecer determinadas enfermedades, aunque, al momento de someterse a las pruebas, la persona en cuestión no tenga ningún síntoma de la afección. La fiabilidad de la predicción dependerá del tipo de enfermedad; concretamente, si ésta es monogénica o causada por un solo gen (como la hemofilia o el mal de Huntington), la presencia del mismo puede significar que con seguridad la persona en cuestión padecerá en el futuro la enfermedad, aunque no quepa concretar en qué momento se manifestará (se trata de enfermedades genéticas de manifestación tardía); también puede ocurrir que la persona sea simplemente *portadora del gen* responsable de la afección, de forma que, sin llegar a padecerla ella misma, pueda transmitirla a sus descendientes, siendo la probabilidad de que éstos padezcan la enfermedad mayor si ambos progenitores son portadores; si la enfermedad es plurigénica (como la hipertensión o algunos tipos de cáncer), al derivar de varios genes, elementos ambientales (alimentación, entorno, hábitos...) y otros factores (edad, sexo, etc.), el papel de la carga genética en la posible aparición de la patología es mucho más limitado.

Estas pruebas pueden llevarse a cabo no sólo en personas ya nacidas, sino también antes del nacimiento. La LTRA permite intervenir en el preembrión vivo *in vitro* para valorar su viabilidad o no, o detectar enfermedades hereditarias, a fin de desaconsejar su transferencia o, si es posible, a fin de tratarlas (art. 12.1) o impedir su transmisión (art. 13.1); se trata del diagnóstico preimplantatorio. El diagnóstico prenatal (sobre el feto) sirve para concretar la presencia en el feto de graves taras físicas o psíquicas al objeto, entre otras cosas, de poder abortar sin sanción penal (art. 417 bis, 1.3.^a ACP); a este respecto, el artículo 12.2 LTRA dispone que cualquier intervención en el feto vivo con fines diagnósticos «no es legítima si no tiene por objeto el bienestar del *nasciturus* y el fomento de su desarrollo, o si está amparada legalmente». Por cierto que la realización de estos diagnósticos y la deficiente facilitación de los datos obtenidos mediante ellos a los progenitores suscitan cuestiones muy interesantes desde el punto de vista de la responsabilidad civil del personal sanitario, aspecto en el que aquí no podemos entrar⁷.

⁷ Sobre esta cuestión *vid.*, por todos, MACÍA MORILLO: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales.* (Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*), actualmente en prensa en la ed. Tirant lo Blanch.

2. La información genética de que estamos tratando tiene unas *características especiales*, que la distinguen de los demás datos de salud de una persona⁸. A saber:

A) Ya se ha indicado su *valor predictivo*; también su carácter probabilístico o *falta de certeza* respecto de las llamadas enfermedades plurigénicas o multifactoriales: en relación con éstas, que un individuo tenga una predisposición genética a contraer una de dichas patologías no significa en absoluto que necesariamente vaya a contraerla en el futuro.

B) La información genética de una persona tiene un *carácter estructural*, en cuanto que la acompaña desde su origen y hasta su muerte. De ahí las siguientes notas:

a) *Su origen y características son ajenas a la voluntad del sujeto*, porque éste se ha limitado a heredarlas de sus progenitores. No es, por tanto, responsable de su dotación genética.

b) *Es permanente e inalterable*: no varía a lo largo de la vida de la persona, salvo que sufra mutaciones genéticas espontáneas o provocadas, sea por manipulación genética o por otros factores (como la exposición o contacto con determinadas sustancias, por ejemplo, radioactivas o químicas tóxicas), mutaciones cuyo alcance siempre será limitado.

c) *Es indestructible*: está presente en casi todas las células del organismo mientras está vivo y, normalmente, también después de muerto.

C) La información genética de cada individuo es *única* (salvo en el caso de los gemelos monocigóticos); pero, al mismo tiempo, dado que las características genéticas se heredan, es una información *afectante también a la familia biológica*.

3. Para la persona objeto de las pruebas de detección genética, la información que éstas procuran puede ser de gran utilidad. Le permiten, *v. gr.*, planificar la descendencia cuando se conoce el riesgo o la alta probabilidad de transmitirle una grave enfermedad, o buscar un entorno o adoptar unas pautas de vida que puedan reducir la probabilidad de acabar sufriendo una enfermedad plurigénica. Cuando se trata de una enfermedad monogénica de manifestación tardía, el eventual interés de la persona por conocerse afectado por la misma es más incierto; habrá

⁸ Al respecto, *vid.* ROMEO CASABONA: «El principio...», pp. 165 y 166, y SEOANE RODRÍGUEZ: «De la intimidad...», II, pp. 143 a 146.

quien esté interesado en la información para planificar mejor su futuro, y habrá quien prefiera seguir en la ignorancia, sobre todo si se trata de una enfermedad grave y sin curación. El afectado puede preferir esa misma ignorancia también en los dos primeros casos.

Sea como fuere, el problema jurídico fundamental que suscita la información genética de una persona es el de su *control, tanto en su obtención como en su utilización*. Una vez realizada la prueba de detección genética, aunque sea con el consentimiento del afectado, esa información ya existe, está disponible, y hay que dilucidar quién puede tener acceso a ella, si puede haber terceras personas legitimadas para exigirla o si su titular puede estar obligado a procurársela a terceros, cómo se puede utilizar y con qué fines. Con carácter previo es preciso concretar, además, los *presupuestos para la realización de este tipo de pruebas*. Y es que la información genética puede volverse contra intereses vitales de la persona si se utiliza fuera del ámbito sanitario y al servicio de fines distintos de la salud de la persona⁹; la amplitud y el carácter altamente sensible de la información que procuran las pruebas de detección genética sobre cuestiones muy íntimas de la persona e incluso de su familia explican que, de no controlarse adecuadamente su uso, exista el peligro, frecuentemente denunciado, de convertir al ser humano en un ser transparente¹⁰, «clasificable» conforme a sus datos genéticos y expuesto a todo tipo de discriminaciones con base en ellos¹¹. Recientemente, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, de la UNESCO, adoptada el 16 de octubre de 2003 (en adelante, DIDGH), se ha hecho eco de la singularidad de estos datos para establecer que «se debería prestar la debida atención al carácter sensible de los datos genéticos humanos e instituir un nivel de protección adecuado de esos datos y de las muestras biológicas» (art. 4 DIDGH). Nuestra LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), sin embargo, no ha atendido todavía a esta singularidad, de modo que los datos genéticos relativos a la salud quedan subsumidos en los datos de salud y sometidos a su régimen; y si bien es cierto que éstos se consideran datos especialmente protegidos (art. 7.3 LOPD), no obstante se considera nece-

⁹ Así, ABBING: «La información...», p. 37.

¹⁰ MALEM SEÑA: «Privacidad...», pp. 145 y 146.

¹¹ ROMEO CASABONA: «El principio...», pp. 166 y 167, y SEOANE RODRÍGUEZ: «De la intimidad...», II, pp. 152 y 153; también NIELSEN: «Pruebas...», pp. 80 y 81.

sario un tratamiento diferencial de los datos genéticos respecto de los demás datos de salud, que incremente la protección de aquéllos¹².

III. LA REALIZACIÓN DE LAS PRUEBAS DE DETECCIÓN GENÉTICA Y EL DERECHO DEL AFECTADO A CONOCER SUS RESULTADOS O A NO SABERLOS

1. Ante los riesgos que se acaban de apuntar parece necesario partir de dos reglas generales en cuanto a la realización de las pruebas de detección genética como vía para obtener este tipo de información:

1.^a Sólo los fines médicos justifican su realización.

2.^a Es imprescindible el consentimiento libre e informado de quien se somete a ellas (o, en su caso, de quien esté legitimado para decidir por él).

Ambas reglas aparecen consagradas en el CDHB, que admite restricciones legales respecto de las dos. La primera se plasma en el artículo 12¹³, relativo a las «pruebas genéticas predictivas», que dispone: «Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado»; por tanto, el *fin médico* puede ir referido tanto al concreto sujeto que se somete a la prueba como responder a un interés más general (de investigación). Como ya anticipaba, la regla (al igual que todas las del Convenio salvo las apuntadas en el art. 26.2 CDHB) admite ciertas restricciones al amparo del artículo 26.1 CDHB, que establece: «El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrá ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática,

¹² Así, v. gr., CAMPUZANO TOMÉ: «Noción...», pp. 395 y 396, ROMEO CASABONA: *Los genes...*, p. 68, y «El principio...», pp. 202 a 204, y SEOANE RODRÍGUEZ: «De la intimidad...», II, p. 156.

¹³ Artículo comentado por ROMEO CASABONA en «El principio...», pp. 174 ss.

para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas».

La regla del consentimiento, consecuencia obligada del respeto a la dignidad y la libertad de la persona¹⁴, así como a su integridad y a su intimidad (arts. 10.1, 15 y 18.1 CE), se encuentra plasmada en el artículo 5 CDHB, que no se refiere únicamente a la realización de pruebas genéticas predictivas, sino a cualquier «intervención en el ámbito de la sanidad», exigiendo para ella el consentimiento previo, libre e informado de la persona afectada; a las características de la información que ha de procurársele alude tanto el mismo artículo 5 en su apartado 2¹⁵, como el artículo 12 *in fine* CDHB, que específicamente respecto de las pruebas de detección genética exige «un asesoramiento genético adecuado»¹⁶. El consentimiento, además, es libremente revocable en cualquier momento (art. 5.3 CDHB).

El artículo 6 CDHB contempla los supuestos en que la persona afectada carezca de capacidad para consentir (menores o incapacitados), exigiendo entonces para llevar cabo la actuación, y sin perjuicio de la intervención que proceda dar en cada caso al directamente afectado, la autorización de su representante o «de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley» (apartados 2 y 3 del art. 6), quienes, además de tener que ser informados antes adecuadamente (art. 6.4), podrán retirar su autorización en cualquier momento «en interés de la persona afectada» (art. 6.5); con carácter general (y a salvo lo dispuesto en relación con la investigación científica y la extracción de órganos y tejidos para trasplantes) se exige, además, que la intervención redunde en beneficio directo del incapaz (art. 6.1)¹⁷.

¹⁴ Sobre el modo en que la realización de las pruebas genéticas afecta al principio de libertad consagrado en la Constitución, *vid.* RUIZ MIGUEL: «Los datos...», pp. 18 ss.

¹⁵ Según el cual, la persona afectada «deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y sus consecuencias».

¹⁶ Ofrecer asesoramiento genético para la realización de «pruebas genéticas que puedan tener consecuencias importantes para la salud de la persona» (entre las que sin duda se encuentran las predictivas) se considera un «imperativo ético» en el artículo 11 DIDGH.

¹⁷ También la DIDGH incide sobre este aspecto, al establecer que «en el terreno del diagnóstico y la asistencia sanitaria, sólo será éticamente aceptable, por regla general, practicar pruebas o cribados genéticos a los menores de edad o los adultos incapacitados para dar su consentimiento cuando de ahí se sigan consecuencias importantes para la salud de la persona y cuando ello responda a su interés superior» [art. 8.d)].

Tanto el artículo 5 como el 6 CDHB admiten restricciones legales conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 CDHB, ya transcrito. La misma idea se plasma en la DUGDH, que comienza exigiendo para cualquier investigación, tratamiento o diagnóstico relacionado con el genoma de un individuo el consentimiento previo, libre e informado del mismo o, si no está en condiciones de manifestarlo y siempre que se actúe con los fines previstos en el art. 5.e) DUGDH¹⁸, de la persona legitimada para ello [art. 5.b) DUGDH]; después, el artículo 9 DUGDH dispone que «sólo la legislación» puede limitar el principio del consentimiento, «de haber razones imperiosas para ello, y a reserva del estricto respeto del derecho internacional público y del derecho internacional relativo a los derechos humanos»¹⁹.

Pues bien, en relación con ello hay que tener en cuenta lo dispuesto por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP), que, al referirse en general a cualquier actuación en el ámbito de la sanidad, resulta de aplicación también al caso concreto que aquí interesa, el de la realización de pruebas de detección genética. La LAP sigue los postulados del CDHB y, según su propia exposición de motivos, aspira a completar y avanzar en los principios generales que, en la materia que regula, ya se plasaban en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Así, el artículo 2 LAP se dedica a consagrar unos principios generales, que se abren con esta declaración: «La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y documentación clínica» (apartado 1). En efecto, el respeto a la dignidad humana y a la autonomía de la voluntad en la obtención de dicha información se materializa en la exigencia, con carácter general, del consentimiento del afectado para «toda actuación en el ámbito de la sanidad» (art. 2.2 LAP); lo mismo que el CDHB, la LAP exige que tal consentimiento sea previo, libre e informado

¹⁸ Básicamente, el beneficio directo para la salud del afectado o, excepcionalmente, el beneficio de la salud de otras personas del mismo grupo de edad o que se hallen en las mismas condiciones genéticas que aquél, siempre que la investigación se efectúe en las condiciones previstas en la ley y sea compatible con la protección de los derechos humanos individuales.

¹⁹ RUIZ MIGUEL («Los datos...», pp. 27 a 29) justifica la vigencia del principio de legalidad en esta materia a partir de una interpretación sistemática de la Constitución.

(art. 8.1 LAP)²⁰, y reconoce su libre revocabilidad (art. 8.5 LAP). También se regula el consentimiento por representación respecto de incapacitados y menores de edad, entre otros (apartados 3 a 5 del art. 9 LAP). Con todo, y como admite el artículo 26.1 CDHB, el artículo 9.2 LAP prevé la posibilidad de llevar a cabo «intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente» sin su consentimiento en determinados casos, concretamente cuando existe riesgo para la salud pública por razones sanitarias establecidas por la Ley, o cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización.

La aplicabilidad de tales excepciones —especialmente la primera— en el ámbito de las pruebas de detección genética suscita alguna cuestión, dadas las peculiaridades que revisten dichas pruebas respecto de las intervenciones clínicas que pudieran considerarse clásicas o convencionales. En principio, no parece haber inconveniente para justificar el recurso a tales pruebas, aun sin consentimiento del afectado, en caso de *riesgo inmediato y grave para la salud del enfermo*, si mediante ellas es posible verificar un diagnóstico médico que permita adoptar las soluciones terapéuticas más adecuadas en el caso de que se trate; pero sí parece preciso tener en cuenta que ese recurso sólo estaría justificado cuando, a la vista de las concretas circunstancias del caso, la realización de las pruebas genéticas —en lugar de las no genéticas— debiera considerarse imprescindible o muy ventajosa desde el punto de vista médico; en otras palabras, si mediante pruebas clínicas convencionales pudieran obtenerse (o fuera previsible la obtención de) los mismos o similares resultados que con las genéticas, no estaría justificado el uso de éstas, dado el alcance y la especialidad de la información que las mismas procuran; el principio de proporcionalidad, en fin, legitimaría la utilización de unas u otras pruebas, según los casos.

En cuanto a la excepción referida al *riesgo para la salud pública por razones sanitarias establecidas legalmente*, no cabe ignorar que las enfermedades genéticas, que son las detectables por las pruebas que nos interesan, no pueden ser infecto-contagiosas, que es una de las circunstancias que podría justificar la existencia del citado riesgo. Cabría pensar en otro supuesto de eventual riesgo para la salud pública por razones sanitarias: imagínese un grupo

²⁰ Los aspectos a que debe referirse la información según el artículo 4.1 LAP coinciden con los apuntados en el artículo 5.2 CDHB.

social en el que se encuentre muy extendida una grave enfermedad de origen genético; ¿podría ello justificar la realización de pruebas de detección genética en la población en edad fértil, aun en contra de su voluntad, al efecto de tomar medidas que permitan prevenir la extensión de la enfermedad y su transmisión a los descendientes? En mi opinión, una medida legislativa en ese sentido sería injustificable por ser contraria a nuestros valores constitucionales y a los derechos de la persona amparados por la Constitución. Pero ¿qué ocurriría si el legislador, sin prescindir formalmente del requisito del consentimiento, viniera a forzar su otorgamiento impidiendo contraer matrimonio a quien no se haya sometido a las pruebas? El caso se ha dado en el seno de algunas comunidades afectadas por una mayor incidencia de un gen determinante de una enfermedad; en concreto es de interés el caso de Chipre, donde, habida cuenta el carácter endémico de una enfermedad hereditaria, la talasemia, se optó hace décadas por imponer un análisis genético a todos cuantos pensasen contraer matrimonio: sin acreditar haberse sometido al análisis no se expide el certificado prematrimonial necesario para obtener la licencia de matrimonio; hechas las pruebas, sus resultados sólo se dan a conocer al afectado, sin que condicionen en modo alguno la posibilidad de contraer matrimonio²¹. Es cierto que el análisis sólo se hace si el afectado lo consiente, pero también lo es que la expresión de este consentimiento se fuerza en la medida en que, si el sujeto no lo da y no se somete a la prueba genética, no podrá contraer matrimonio, por lo que podría cuestionarse que en tal caso haya siempre un consentimiento libre; de entenderse que no lo hay, habría que tener en cuenta que una posible excepción a la regla del consentimiento debería juzgarse siempre a la luz del principio de proporcionalidad entre lo que significa el sacrificio de la misma y las exigencias de salud pública, en consideración a las concretas circunstancias del caso²². De otra parte, la imposición de los tests genéticos como condición previa para contraer matrimonio suscita también pro-

²¹ Sobre el caso chipriota puede consultarse CASADO: «El conflicto...», pp. 33 ss., y CAVOUKIAN: «La confidencialidad...», p. 67.

Para un repaso de diversas legislaciones que exigen un examen médico antes de contraer matrimonio, *vid.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA: «Pruebas...», pp. 417 a 419.

²² En referencia al diagnóstico genético preconcepcivo, señala MACÍA MORILLO (*La responsabilidad...*, nota 94 del capítulo I) que en nuestro ordenamiento no existe obligación de someterse al mismo, ni siquiera en grupos de riesgo, ya que «las exigencias de salud pública no guardan proporción con la intromisión en la libertad e intimidad individual o familiar que tales diagnósticos conllevarían».

blemas desde el punto de vista del derecho de la persona a no conocer su propia condición genética²³, aspecto al que me refiero unas líneas más adelante; con todo, sería posible preservar ese derecho a no saber, al menos en parte, si la información facilitada al afectado se ciñera, a requerimiento suyo, a aquellos resultados que pudieran afectar a la descendencia, de manera que no llegara a conocer, si no lo deseara, los datos que sólo puedan afectar a él; el conflicto surgiría cuando la información obtenida, refiriéndose a él, también pudiera afectar a los descendientes; vuelvo a esta cuestión en las líneas que siguen.

2. Quien se somete a pruebas de detección genética tiene, en principio, derecho a ser informado de los resultados obtenidos, y también derecho a no ser informado de los mismos, si es que prefiere permanecer en la ignorancia. Nos hallamos ante una manifestación concreta de lo que, en términos más amplios, se conoce como el derecho de la persona a conocer o a no conocer la información obtenida sobre su salud, sea por el medio que sea. Estos derechos hallan su justificación en la dignidad humana²⁴ y se encuentran reconocidos tanto en el CDHB como en la LAP; y también, en su aplicación concreta a los exámenes genéticos, en la DUGDH²⁵.

Avanzando en lo dicho, el artículo 10 CDHB, después de consagrar los referidos derechos en su apartado 2, admite en el apartado 3 que la ley pueda establecer restricciones a los mismos excepcionalmente y en interés del paciente; a ellas habría que añadir, además, las restricciones toleradas por el artículo 26.1 del propio Convenio²⁶. En conexión con ello, la LAP, una vez declarados los

²³ Así también ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA: «Pruebas...», pp. 431, 432 y 436.

²⁴ Observa TAUPITZ («El derecho...», p. 178) que el derecho a no saber, como derecho de defensa de informaciones, no es el simple reverso de los derechos de información o la renuncia al ejercicio de tales derechos. En su opinión (*op. cit.*, pp. 164 y 165), «el derecho a no saber es una configuración parcial del *derecho de una persona a que sus manifestaciones de voluntad –también las dirigidas a la defensa– no sean vulneradas sin razón*»; es expresión del derecho de autodeterminación y «queda abarcado de modo mediato por la protección de la dignidad humana»; se trata, en fin –y sigo citando a TAUPITZ–, del «*derecho de la persona a “ser respetado como individuo autónomo y capaz de realizar decisiones voluntarias”*».

También se ha visto en el derecho a no saber una manifestación del derecho a la intimidad (*vid.* ROMEO CASABONA: *Los genes...*, p. 71).

²⁵ Según el artículo 5.c) DUGDH, «se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias».

²⁶ Sobre las citadas reglas del CDHB puede consultarse ALDAMA BAQUEDANO: «La protección...», pp. 143 ss.

derechos a que vengo refiriéndome (art. 4.1 LAP), regula el estado de necesidad terapéutica como límite del derecho a la información sanitaria (art. 5.4 LAP), hipótesis que en nuestro caso podría darse si la prueba genética predictiva pusiera de manifiesto la existencia de una enfermedad hereditaria de manifestación tardía grave e incurable. También el llamado derecho a no saber se considera limitado «por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso» (art. 9.1 LAP); probablemente la excepción debería entrar en juego, en el ámbito que nos interesa, por ejemplo, cuando la prueba predictiva detectara en el sujeto la existencia de una enfermedad grave transmisible a su descendencia (los terceros a que alude el art. 9.1 LAP), si es que el mismo se encuentra en condiciones de tenerla. La facultad de renunciar a la información opera con independencia de la regla del consentimiento previo, puesto que el hecho de que una persona esté dispuesta a someterse a determinada prueba, y por ello la consienta, no prejuzga que también quiera conocer sus resultados (*vid.* art. 9.1 *in fine* LAP).

IV. EL ACCESO DE TERCEROS A LOS DATOS OBTENIDOS MEDIANTE LAS PRUEBAS DE DETECCIÓN GENÉTICA Y SU UTILIZACIÓN

1. Los datos a que me estoy refiriendo pueden interesar, además de a la persona que ha sido objeto de las pruebas, a terceros. Pueden ser, por ejemplo, parientes suyos, en el caso de que las pruebas pongan de manifiesto una alta probabilidad de que alguno de ellos padezca la misma afección genética que la persona analizada; puede ser quien proyecta contraer matrimonio con dicha persona, cuando existan serias probabilidades de que la misma transmita enfermedades graves a su descendencia; el Estado, por diversas razones (por ejemplo, de salud pública o asistenciales); o personas que proyectan celebrar un contrato con quien se ha sometido a las pruebas, entre las que es habitual citar a los empleadores y a las compañías de seguros (a quienes puede interesar la información también después de haber contratado, mientras se desarrolla la relación contractual laboral o de seguro), pero a quienes cabría añadir otros, como, por ejemplo, las entidades bancarias antes de conceder un préstamo.

Frente a tales intereses, el titular de los datos estará normalmente interesado en preservar su intimidad y mantenerlos bajo su

control, tanto más cuanto el conocimiento de los mismos pueda ser fuente de un trato discriminatorio. Es tarea del ordenamiento jurídico contemplar y dar respuesta a los posibles conflictos de intereses.

2. Como ya sabemos, nuestro ordenamiento positivo no contempla específicamente la protección de los datos genéticos, de modo que es preciso recurrir a las reglas generales de protección de datos y a las que se refieren en particular a los datos de salud, pues de este tipo son la mayor parte de los que proporcionan las pruebas de detección genética (aunque con los rasgos especiales que se apuntaron). Con todo, *el punto de partida ha de ser la Constitución (además del CDHB, como veremos en seguida)*, en cuanto consagra la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1), proscribida toda discriminación por cualquier condición o circunstancia personal (art. 14) y garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1), también frente al uso de la informática (art. 18.4)²⁷. En varias de estas cuestiones incide también, en una referencia más concreta a los datos que aquí interesan, el CDHB (que, no se olvide, es Derecho vigente en nuestro país, y conforme al cual deben interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución: art. 10.2 CE); así, partiendo de la necesidad de garantizar el respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales de la persona en las aplicaciones de la biología y la medicina (art. 1.1), en su artículo 10.1 reconoce el derecho de toda persona «a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud»; y su artículo 11 «prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético», disposición que no admite restricción alguna (art. 26.2 CDHB)²⁸.

²⁷ Se ha defendido la posibilidad de deducir del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 CE un «derecho a la intimidad genética» estrechamente vinculado al principio de dignidad humana (así, RUIZ MIGUEL: «Las notas...», pp. 31 ss.).

²⁸ También la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (del año 2000) prohíbe en el artículo 21.1 toda discriminación por las características genéticas; esta norma se reproduce en el artículo 81.1 del proyecto de Constitución Europea, cuya Parte II recoge íntegramente la citada Carta.

En la misma prohibición abundan las dos Declaraciones de la UNESCO ya citadas; concretamente, el artículo 6 DUGDH (según el cual, «nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad») y el artículo 7.a) DIDGH (que dispone: «Debería hacerse todo lo posible por garantizar que los datos genéticos humanos y los datos proteómicos humanos no se utilicen con fines que discriminen, al tener por objeto o consecuencia la violación de los derechos humanos, de las libertades fundamentales o la dignidad humana de una persona, o que provoquen la estigmatización de una persona, una familia, un grupo o comunidades»).

En el marco constitucional hay que incardinar también el *derecho fundamental a la protección de datos personales*, acuñado por el TC en sus sentencias 290/2000 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre, consideradas como la culminación de la tutela iusfundamental de la intimidad, la esfera privada y los datos de carácter personal en la jurisprudencia del citado Tribunal²⁹; el nuevo derecho se apoya en el artículo 18.4 CE, corroborado por el artículo 10.2 CE, y la STC 292/2000 (FJ 7) lo delimita como sigue: «De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede ese tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin –sigue la sentencia–, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles ce-

²⁹ Sobre este punto, *vid.* el detallado estudio de SEOANE RODRÍGUEZ: «De la intimidad...», I, pp. 72 ss.

sionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o cancele»³⁰.

3. Pues bien, habida cuenta de los principios y de los derechos fundamentales expuestos, habrá que partir de *la regla del consentimiento*, libre e informado, como requisito para que terceros distintos del interesado puedan tener acceso a los datos resultantes de las pruebas de detección genética. Ello presupone la *confidencialidad de los datos*, también como regla general. Ninguna de estas reglas puede considerarse absoluta, del mismo modo que tampoco lo es el derecho a la intimidad, por lo que legalmente podrían establecerse excepciones justificadas. Por último, es imprescindible garantizar al titular de los datos los *derechos de acceso, rectificación y cancelación*. A continuación se desarrollan tales reglas (particularmente las dos primeras) y se expone su régimen a la luz, ante todo, de la vigente legislación española de protección de datos; completo el análisis con la consideración de las dos Declaraciones de la UNESCO que ya conocemos (DUGDH y DIDGH) y que atienden directamente a las cuestiones aquí tratadas³¹.

3.1 El consentimiento

3.1.1 La LOPD, cuando establece los principios de la protección de datos, dedica un precepto específico a los «datos especialmente protegidos» (art. 7), entre los cuales figuran los datos de

³⁰ De este modo, el derecho a la protección de datos personales se acerca al derecho de autodeterminación informativa desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal alemán como derivación de la idea de autodeterminación, y que faculta al individuo a decidir por sí solo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones relativas a la propia vida (a este respecto *vid.* SEOANE RODRÍGUEZ: «De la intimidad...», I, pp. 103 a 105).

³¹ Conviene indicar que la DIDGH contempla, de acuerdo con su artículo 1.c), la recolección, tratamiento, utilización y conservación de los datos genéticos humanos (además de los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas de las que dichos datos procedan), salvo cuando se trate de la investigación de delitos o de la determinación de parentesco [con todo, lo cierto es que luego sí contiene alguna disposición aplicable a esas materias: *vid.*, *v. gr.*, arts. 5.iii), 12 y 21.b) y c) DIDGH]; por tanto, comprende los datos obtenidos de las pruebas de detección genética. Su punto de partida es la *singularidad* de los datos genéticos humanos, cuyo carácter sensible aconseja «instituir un nivel de protección adecuado» (art. 4). De ahí que se concreten los únicos *finés* para los que los mismos pueden ser recabados y tratados (que son diagnóstico y asistencia sanitaria, investigación médica o científica, medicina forense, procedimientos civiles o penales u otras actuaciones legales, y cualesquiera otros fines compatibles con la DUGDH y el Derecho internacional relativo a los derechos humanos) (art. 5), y que se den ciertas pautas a observar en los *procedimientos* relativos a estos datos (art. 6).

salud; pues bien, de acuerdo con el artículo 7.3 LOPD, los mismos sólo pueden ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta *expresamente*. La regla es, pues, la necesidad de consentimiento; las excepciones deben ser establecidas por la ley y por razones de interés general.

La DIDGH asume este mismo planteamiento: el *consentimiento* (previo, libre, informado y expreso, por sí o por representante) se exige con carácter general, tanto para recolectar los datos genéticos de una persona como para su ulterior tratamiento, utilización y conservación [art. 8; *vid.* también art. 2.iii)]; con todo, se prevén *excepciones a la regla*, que anticipa ya con carácter general el artículo 8.a) («sólo debería imponer límites a este principio del consentimiento por razones poderosas el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos»), y de las que después se encuentran varios supuestos en el articulado [así, en los arts. 14.b), 16.a) y 22], a los que tendré ocasión de aludir en las líneas que siguen; con todo, interesa destacar ya que en todos los casos se insiste en los requisitos ya anticipados por el artículo 8.a), exigiéndose, para que el derecho interno pueda establecer la excepción, que existan razones «importantes» o «poderosas» (a veces, «de interés público») y que sean compatibles con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Tal consentimiento ha de ser, conforme al artículo 3.h) LOPD, *libre, inequívoco, específico e informado*. El *derecho a la información previa* se regula con carácter general en el artículo 5 LOPD, cuyo apartado 1 detalla su contenido; entre otros aspectos, habrá que poner en conocimiento del afectado la finalidad de la recogida de los datos³² y sus destinatarios, la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, así como la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

La DIDGH da algunas pautas acerca de la información debida a la persona cuyo consentimiento se pretende obtener para el tratamiento (entendido éste en sentido amplio) de sus datos genéticos. El artículo 6.d) DIDGH dispone que «por imperativo ético», la misma debe ser «clara, objetiva, suficiente y apropiada», y, además de otros pormenores necesarios, debe especificar la finalidad con

³² La relevancia de este aspecto de la información queda de manifiesto en el artículo 11.3 LOPD, que regula el previo consentimiento del interesado como requisito para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero; el precepto declara nulo tal consentimiento si la información facilitada al interesado no le permite conocer la finalidad a que se destinarán los datos o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar.

que se van a obtener, utilizar y conservar tales datos; también, «de ser preciso», los riesgos y consecuencias; y, por último, el derecho a revocar, libremente y sin consecuencias negativas, el consentimiento; a estos extremos añade el artículo 10 que, cuando se recolecten datos genéticos humanos con fines de investigación médica y científica, debería informarse a la persona de que tiene derecho a decidir ser o no informada de los resultados de la investigación.

Conforme al artículo 6.3 LOPD, el consentimiento para el tratamiento de los datos es *revocable* si existe causa justificada para ello; además carece de efectos retroactivos; también el artículo 11.4 LOPD declara revocable el consentimiento para la comunicación de datos a terceros, aunque sin exigir para ello justificación alguna. Se ha defendido que este último es el régimen que debería prevalecer en todo caso en relación con los datos genéticos, pues exigir una causa justificada para revocar supone una limitación excesiva a la facultad de consentir, lesiva del contenido esencial del derecho a la protección de datos genéticos³³. Y, en efecto, ésta es la línea que recomienda la DIDGH, que considera revocable sin más el consentimiento dado para el tratamiento de los propios datos genéticos; ello, a menos que los datos estén irreversiblemente disociados de la persona en cuestión (en cuyo caso su anonimato está garantizado); si no lo están, se establece que deberían tratarse conforme a los deseos del interesado o, de no ser posible tal cosa, deberían disociarse irreversiblemente o destruirse (art. 9).

3.1.2 Pasando a las *excepciones al principio del consentimiento*, ya vimos cómo el artículo 7.3 LOPD admite que los datos relativos a la salud de una persona pueden ser recabados, tratados y cedidos, aun sin el consentimiento del afectado, cuando así lo disponga la ley por razones de interés general. Pues bien, la propia LOPD prevé varias hipótesis en las que cabe prescindir de dicho consentimiento. La abundancia de tales excepciones, el excesivo alcance de alguna de ellas y la vaguedad e inconcreción de algunos de sus términos han sido blanco de diversas críticas³⁴, creo que justificadas; tanto más cuanto que, en tanto no sea modificada la normativa vigente, son de aplicación a los datos genéticos, cuya singularidad parece justificar una protección más elevada, en la que

³³ En este sentido, SEOANE RODRÍGUEZ: «De la intimidad...», II, p. 159.

³⁴ Como las que defiende SEOANE RODRÍGUEZ: «De la intimidad...», II, pp. 160 ss., a cuyo trabajo me remito para un análisis pormenorizado de las citadas excepciones, que yo me limitaré a apuntar en el texto.

las excepciones a la regla del consentimiento deberían ser muy restrictivas³⁵.

En síntesis, éstas son las excepciones previstas en la LOPD:

a) El apartado 6 del mismo artículo 7 LOPD contempla dos; permite que puedan ser objeto de tratamiento, entre otros datos especialmente protegidos, los de salud, cuando el mismo sea *necesario*, o bien para la prevención o el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o la gestión de servicios sanitarios, y siempre que dicho tratamiento de datos se realice por persona sujeta al secreto profesional u obligación equivalente (párrafo primero), o bien para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, si es que el afectado está física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento (párrafo segundo).

b) El artículo 11.2 LOPD prevé diversas excepciones al requisito del previo consentimiento del interesado *para la comunicación o cesión de datos a terceros*. Después de las de carácter general, el apartado f) apunta una (de carácter doble, en realidad) específicamente referida a los datos de salud: respecto de ellos, el consentimiento no se considera preciso cuando la cesión sea necesaria para solucionar una urgencia, o para realizar estudios epidemiológicos en los términos previstos en la legislación sobre sanidad. A esta misma legislación remite el artículo 8 LOPD, según el cual «sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión, las instituciones y centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad».

c) Por último, es de citar la norma de alcance general contenida en el artículo 4.2 LOPD, conforme a la cual «los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos». Interpretada *a contrario*, la norma autoriza el uso de los datos para *finalidades compatibles* con aquellas para las que se hubieran recogido (como las que se enuncian en el segundo inciso) sin necesidad de contar con el consentimiento del afectado. Esta regla ha

³⁵ Así también CAMPUZANO TOMÉ: «Noción...», p. 405, y SEOANE RODRÍGUEZ: «De la intimidad...», II, p. 156.

sido severamente criticada por contradecir la exigencia de determinación y explicitud de la finalidad para la que se han obtenido los datos³⁶. Sin embargo, la DIDGH parece venir a avalarla, en el concreto ámbito de los datos genéticos humanos, en el artículo 16.a); según el mismo, los datos de ese tipo que son recolectados con una de las finalidades del artículo 5 (que son las que la propia Declaración considera legítimas) «no deberían utilizarse con una finalidad distinta que sea incompatible con el consentimiento original, a menos que se haya obtenido el consentimiento... de la persona interesada..., o bien que el derecho interno disponga que la utilización propuesta responde a motivos importantes de interés público y es compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos»; la regla admite una interpretación *a contrario* similar a la del antes citado artículo 4.2 LOPD: cabe usar los datos con una finalidad distinta de la consentida si la misma es compatible con el consentimiento original, y sin necesidad de recabar un nuevo consentimiento; con todo, hay que tener en cuenta que, conforme a la DIDGH, el nuevo fin debería ser uno de los especificados con carácter general por el artículo 5 DIDGH como únicos fines para los que cabe el tratamiento de los datos genéticos humanos. De otro lado, es de subrayar que el artículo 16.a) DIDGH tolera, con ciertos condicionantes, que el derecho interno permita la utilización de los datos con un fin incompatible con el consentimiento original y sin necesidad de nuevo consentimiento del interesado.

La DIDGH admite otras excepciones al principio del consentimiento, aparte de las que acabo de apuntar. Así, el artículo 14 DIDGH comienza [apartado a)] incitando a los Estados a proteger la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona, una familia o un grupo identificable; pero inmediatamente admite la excepción, al añadir que los datos genéticos asociados con una persona identificable no deberían *ponerse a disposición de terceros* («en particular de empleadores, compañías de seguros, establecimientos de enseñanza y familiares»), salvo que se haya obtenido el consentimiento del afectado o –aun sin el mismo– «por una razón importante de interés público en los restringidos casos previstos en el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos» [apartado b) del citado art. 14]. Por último, el artículo 22 DIDGH, después de sentar que el consentimiento debería ser indispensable para *cruzar datos* genéticos humanos conservados a determinados fines médicos y de investigación, admite que el derecho interno pueda disponer lo contrario «por razones poderosas y compatibles con el derecho internacional relativo a los derechos humanos».

³⁶ En este sentido, SEOANE RODRÍGUEZ: «De la intimidad...», II, pp. 161 y 162.

3.2 La exigencia de consentimiento del afectado, con carácter general, para el acceso a sus datos de salud (incluidos los datos genéticos que aquí interesan) supone que los mismos se consideran, también en principio, *confidenciales*, por lo que cualquier persona que tenga acceso a ellos debe guardarlos en *secreto*. Por eso la LOPD establece en su artículo 10 la obligación al secreto profesional del responsable del fichero y de quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos, aun después de finalizar su relación con el titular o con el responsable del fichero. Deber de secreto al que, de acuerdo con el artículo 16.6 LAP, también está sujeto el personal sanitario cuando accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones. La misma LAP reconoce la confidencialidad de los datos de salud en su artículo 7.1, según el cual «toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley».

En el ámbito concreto que aquí interesa, tanto la DIDGH [art. 14.a), al que me acabo de referir en las líneas precedentes], como la DUGDH (art. 7) reclaman que se proteja la confidencialidad de los datos genéticos asociados con personas identificables. Pero, al mismo tiempo, ambas Declaraciones admiten que el derecho interno pueda establecer excepciones al principio de confidencialidad; así, el artículo 14.b) DIDGH, al que ya he aludido, y el artículo 9 DUGDH, según el cual «sólo la legislación» puede limitar dicho principio, «de haber razones imperiosas para ello, y a reserva del estricto respeto del derecho internacional público y del derecho internacional relativo a los derechos humanos».

A todos los profesionales sujetos al deber de secreto les sería aplicable, en su caso, el artículo 7.4 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LOH), que considera intromisión ilegítima la revelación de datos privados de una persona conocidos a través de la actividad profesional de quien los revela, a no ser que hubiese mediado consentimiento del afectado (o, si procede, de su representante), o estuviere autorizada por la ley, o predominara un interés histórico, científico o cultural relevante (arts. 2.2 y 8.1 LOH).

Por su propia razón de ser (el debido respeto a la intimidad de la persona), *la confidencialidad sólo tiene sentido si la persona a quien se refieren los datos es identificable*³⁷. Si los datos aparecen

³⁷ Vid. artículo 7 DUGDH y artículo 14.a) DIDGH.

disociados de la persona a la que pertenecen, su acceso por terceros ya no supone una amenaza a la intimidad de aquélla (así se explica lo dispuesto en el art. 11.6 LOPD y la innecesariedad del consentimiento del interesado para la comunicación de datos a un tercero que se efectúe previo procedimiento de disociación)³⁸. De ahí la preocupación del legislador por limitar en el tiempo la asociación de los datos con una persona identificable; así, del segundo párrafo del artículo 4.5 LOPD resulta que los datos sólo podrán ser conservados de forma que permita identificar al interesado durante el tiempo que ello sea necesario para los fines por los cuales fueron recabados o registrados; con todo, se admite que, por excepción, pueda decidirse el mantenimiento íntegro de los datos «atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos» (párrafo tercero del art. 4.5 LOPD). Moviada por idéntica preocupación, la LAP dispone en su artículo 16.3 que el acceso a la historia clínica de una persona con los fines fijados en el propio precepto (a saber, judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o docencia) obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, que deben separarse de los de carácter clínico-asistencial a fin de asegurar el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para que no se separen; se exceptúan determinados casos de investigación judicial, que a nuestros efectos no interesan, y se limita el acceso a la historia clínica a los específicos fines de cada caso. Finalmente, el artículo 17.2 LAP dispone que se trate «de forma que se evite en lo posible la identificación de las personas afectadas» la documentación clínica conservada a efectos judiciales o por razones epidemiológicas, de investigación, o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.

Vemos así plasmadas en nuestra legislación algunas de las pautas que la DIDGH da para preservar la confidencialidad de los datos genéticos humanos en particular; así, el artículo 14 DIDGH dispone que los mismos «no deberían conservarse de manera tal que sea posible identificar a la persona a quien correspondan por más tiempo del necesario para cumplir los fines con los que fueron recolectados o ulteriormente tratados» [apartado *e*]; cfr. con el art. 4.5.II LOPD]; que, por regla general, los datos genéticos humanos

³⁸ Con todo, que la información genética disociada no comporte problemas desde el punto de vista de la intimidad no significa que su utilización por terceros deje de suscitar cuestiones jurídicas, habida cuenta, como destaca CAMPUZANO TOMÉ («Notación...», pp. 394 y 395), del creciente valor comercial del material genético y los intereses privados existentes en torno al reconocimiento de derechos sobre la explotación económica del mismo y de la información que procura a través del sistema de patentes.

obtenidos con fines de investigación científica no deberían estar asociados con una persona identificable [apartado *c*]); y que los obtenidos con fines de investigación médica y científica sólo podrán seguir asociados con una persona identificable cuando ello sea necesario para llevar a cabo la investigación, y siempre que la confidencialidad de los datos quede protegida conforme al derecho interno [apartado *d*]).

La confidencialidad de los datos genéticos y el deber de secreto del personal sanitario puede entrar en *conflicto con el interés de los parientes consanguíneos* de quien se ha sometido a las pruebas genéticas en conocer los resultados de las mismas; así, *v. gr.*, si las pruebas detectaran la presencia del gen determinante de una enfermedad grave e incurable transmisible a la descendencia, y fuera probable que ciertos parientes del sujeto analizado tuvieran también ese gen en condiciones de transmitirlo, se comprenderá el sentido que puede tener facilitarles esa información antes de que tengan hijos; lo mismo podría decirse si se detectara una enfermedad hereditaria grave que probablemente vayan a padecer también algunos familiares en el futuro, cuando es posible tomar anticipadamente medidas preventivas para evitar la enfermedad o para paliar sus efectos. El problema surge cuando quien se ha hecho las pruebas se niega a comunicar sus resultados a aquellos familiares posiblemente afectados³⁹. Y es que, aunque los datos genéticos obtenidos sean *de la familia* desde el punto de vista biológico, no cabe duda que jurídicamente son datos estrictamente personales, lo que justifica la regla general que exige el consentimiento del titular de los datos para su transmisión a terceros⁴⁰. Así las cosas, parece que si el profesional opta por informar a los parientes sin el consentimiento del afectado, habrá que juzgar su actuación teniendo en cuenta las concretas circunstancias de cada caso y el principio de

³⁹ También puede suscitarse cuando ha hecho valer legítimamente su derecho a no conocer su propia información genética (respecto de enfermedades que puedan afectarle a él mismo y no a posibles descendientes), y la facilitación de los datos a los familiares haga previsible la vulneración de aquel derecho.

⁴⁰ En este sentido, *vid.* SOLA: «Privacidad...», pp. 186, 187 y 189. Entiende este autor, además, que la obligación de informar a la propia familia de los resultados de una prueba genética se incardina en la obligación de alimentos del artículo 142 CC, como algo indispensable para la asistencia médica, lo que le daría cobertura jurídica, elevándola del plano de los deberes meramente morales (*op. cit.*, pp. 187 y 188). Por mi parte, no creo que estemos ante una obligación de alimentos entre parientes, que está pensada para supuestos diferentes y no asimilables al que nos ocupa. Tampoco cree aplicable al caso el artículo 142 CC SEOANE RODRÍGUEZ («De la intimidad...», II, pp. 174 y 175), quien cree que sólo respecto de los hijos menores de edad o incapaces existe una obligación de informar a cargo de los titulares de la patria potestad, fundada en su obligación de actuar en beneficio del hijo (arts. 154 y 216 CC).

proporcionalidad, para determinar si la violación del deber de secreto y consiguiente vulneración del derecho a la intimidad del paciente estaban justificados; para ello sería preciso que la información a los familiares permitiera eludir un riesgo grave y real para su salud o la de una eventual descendencia⁴¹.

3.3. El Título III de la LOPD establece algunos derechos que son expresión del control que el titular de los datos puede seguir ejerciendo sobre ellos una vez que ya son objeto de tratamiento por un tercero: entre ellos interesa destacar a nuestros efectos el *derecho de información* (art. 14 LOPD), *de acceso* (arts. 4.6, 15 y 17 LOPD), *de rectificación y de cancelación* (arts. 16 y 17 LOPD).

El derecho de acceso es reconocido también en la DIDGH, según cuyo artículo 13 «nadie debería verse privado de acceso a sus propios datos genéticos o datos proteómicos, a menos que estén irreversiblemente disociados de la persona como fuente identificable de ellos o que el derecho interno imponga límites a dicho acceso por razones de salud u orden públicos o de seguridad nacional». También es de destacar que el artículo 15 DIDGH conmina a los encargados del tratamiento de los datos genéticos humanos a adoptar las medidas necesarias para garantizar la exactitud, fiabilidad, calidad y seguridad de esos datos (cfr. con apartados 3 y 4 del art. 4 LOPD).

V. UN CASO CONCRETO: EL SEGURO DE VIDA Y LAS PRUEBAS DE DETECCIÓN GENÉTICA

1. El caso de las compañías de seguros es uno de los que típicamente se citan cuando se habla de los terceros interesados en conocer la información que facilitan las pruebas de detección genética acerca de una persona. Aquí me centraré en el seguro de vida, por cuanto ilustra muy bien el conflicto de intereses que

⁴¹ En esta línea, ROMEO CASABONA (*Los genes...*, pp. 72 a 74) apunta el estado de necesidad como un criterio dirimente de estos conflictos; a estos efectos, entiende que «sería muy relevante que se demostrara que el conocimiento de los datos genéticos referentes a una persona determinada sería decisivo para poder diagnosticar precozmente si otra persona es portadora del gen deletéreo en cuestión y poder iniciar a continuación un tratamiento más o menos efectivo para prevenir, curar o paliar una enfermedad grave o retrasar su aparición. En el caso de enfermedades respecto a las que no se dispone en la actualidad un tratamiento efectivo o de medios para evitar o retrasar su aparición puede ser complejo demostrar el interés prevalente del derecho a la información de una persona frente al derecho a la intimidad de otra...» (*op. cit.*, pp. 73 y 74).

existe en torno a tal información entre particular y aseguradora, y también los abusos que pueden cometer tanto uno como otra en la utilización de la misma, cuando se halla disponible. Simplificadamente, cabría decir que a la compañía de seguros le interesa excluir o limitar determinados riesgos y, consecuentemente, conocer las predisposiciones patológicas de quienes quieren suscribir un seguro de vida, porque así podrían aceptar sólo a los clientes presumiblemente rentables y desechar a quienes representan un riesgo muy elevado de fallecer pronto (o aceptarlos sólo a cambio de primas muy elevadas); del otro lado, a quien quiere asegurarse le interesa preservar su intimidad⁴² y evitar el riesgo de ser discriminado, o de obtener peores condiciones al suscribir el seguro, precisamente por sus predisposiciones genéticas; incluso podría ocurrir que, conociendo la alta probabilidad de una muerte temprana, lo silenciará para poder suscribir una póliza a cambio de una prima normal⁴³.

El punto obligado de referencia en nuestro Derecho positivo es el artículo 10 LCS (al que hay que entender que remite el art. 89 LCS, específicamente referido al seguro de vida); del mismo resulta el deber del tomador del seguro de declarar al asegurador, antes de concluir el contrato, y de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, «todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo»⁴⁴. En los cuestionarios de seguros de vida es habitual incorporar preguntas sobre la salud del solicitante, incluidas las relativas a enfermedades padecidas por miembros próximos de la familia, con lo cual se busca información sobre posibles enfermedades hereditarias; y no es extraño que la aseguradora exija informes o reconocimientos médicos cuando la suma asegurada supera las cantidades consideradas normales. Pues bien, ¿podría el asegurador pedir información en el cuestionario sobre los resultados de las pruebas de detección genética a que se haya podido someter el solicitante del seguro?; y, yendo aún más lejos, ¿podría exigirle, como requisito previo indispensable para la suscripción del seguro, que se sometiera a dichas pruebas si es que no lo ha hecho nunca? El problema que se plantea es el de *los lí-*

⁴² MENÉNDEZ MENÉNDEZ: «El código...», p. 39.

⁴³ «Mientras los consumidores temen que las aseguradoras puedan utilizar las pruebas genéticas para negar la cobertura o invadir la intimidad de la persona, las aseguradoras temen que los consumidores puedan utilizar las pruebas genéticas para prever las necesidades de cobertura y aprovecharse indebidamente del sistema de seguros» (ACLI-HIAA [1991], p. 8, según cita tomada de BERBERICH: «¿Ampliación...», p. 76).

⁴⁴ Dicho deber recaerá sobre el asegurado cuando éste sea persona distinta del tomador del seguro, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7.II LCS.

mites del deber precontractual de declaración previsto en el artículo 10 LCS.

2. Comenzando por la última cuestión apuntada, la de *la exigibilidad de las pruebas*, a favor de una respuesta afirmativa (favorable a los intereses de las compañías de seguros) cabría dar las siguientes razones⁴⁵:

1.^a Para hacer un cálculo de la prima tan adecuado al riesgo como sea posible es preciso tomar en cuenta las causas que más contribuyen a explicar y pronosticar la habitualidad de los siniestros; tales causas son, en el seguro de vida, la edad, el sexo, la ocupación y riesgos especiales, así como el estado de salud⁴⁶.

2.^a Si se admite que las aseguradoras utilicen pruebas clínicas simples e historiales médicos y familiares del solicitante de un seguro de vida, medidas cuyo objetivo es hacer predicciones sobre la salud y la esperanza de vida del sujeto, debería tolerarse también que exigiera la realización de pruebas genéticas, que son más fiables en cuanto a tales predicciones⁴⁷.

3.^a Poder suscribir un seguro de vida no constituye el contenido de ningún derecho de la persona, luego la compañía que se niegue a asegurar a alguien por no someterse a las pruebas de detección genéticas (o, igualmente, después de conocer sus resultados) no está afectando ni le está privando de ningún derecho; tampoco le está poniendo en una situación de necesidad devastadora o intolerable⁴⁸.

En contra de tales argumentos podría decirse lo siguiente:

1.^o La viabilidad del sistema de seguro de vida sin las pruebas de que aquí se trata está acreditada por los años en que ha funcionado sin ellas⁴⁹; el análisis de riesgos ha sido posible y debe seguir siéndolo sin necesidad de conocer la información genética del asegurado. De otro lado, las compañías no pueden llevar sus previsiones tan lejos que eliminen el fundamento mismo del seguro: el riesgo⁵⁰.

⁴⁵ En general, en torno a los argumentos esgrimidos en esta cuestión en uno y otro sentido, *vid.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ: «El código...», pp. 39 a 42.

⁴⁶ Sobre este argumento, *vid.* BERBERICH: «¿Ampliación...», pp. 79 y 80.

⁴⁷ CAPRON: «Seguros...», p. 27.

⁴⁸ Acerca de este argumento *vid.* CAPRON: «Seguros...», p. 25, y YANES: «Seguros...», p. 175.

⁴⁹ Así, *v. gr.*, YANES: «Seguros...», p. 178, y OLIVEIRA: «Conocimiento...», p. 105, e «Implicaciones...», p. 84 ; también ABBING: «La información...», p. 51, quien deja a salvo el caso de selección adversa, al que se alude más adelante.

⁵⁰ OLIVEIRA: «Implicaciones...», p. 83.

2.º No es lo mismo permitir a la aseguradora que conozca el estado de salud *actual* del solicitante del seguro (mediante cuestionarios o pruebas médicas tradicionales), que permitirle que conozca las posibles enfermedades que en el futuro pueda desarrollar. En cuanto a los antecedentes familiares, hay que subrayar que éstos son habitualmente conocidos por el afectado, y que suelen constituir un mero indicio de que él mismo puede padecer más tarde una enfermedad ya manifestada en su familia; la información que dan las pruebas de detección genética, en cambio, es más fiable, en cuanto que pueden venir a confirmar la presencia en el individuo en cuestión del gen vinculado a una enfermedad (aunque el que ésta llegue a manifestarse pueda seguir siendo incierto); y, además, es una información de la que la persona no dispondría si no fuera por haberse sometido a las pruebas correspondientes, lo que es importante a los efectos que en seguida apuntaré.

3.º Es cierto que no hay un «derecho a suscribir un seguro de vida», y que ésta no es una necesidad imperiosa de la persona, pero la cuestión no es tanto ésta como si, en la fase previa a la celebración del contrato de seguro de vida, una de las partes puede exigirle legítimamente a la otra la información de que aquí se trata. Y probablemente el argumento decisivo para negarlo sea el respeto que merecen los derechos de la personalidad del solicitante del seguro⁵¹, particularmente el derecho a la intimidad, de un lado, y la dignidad de la persona y el principio de libre desarrollo de la personalidad, de otro.

Hay que recordar que la información que procuran las pruebas de detección genética es de las más íntimas de la persona, y no sólo eso, sino que, como vimos en su momento, reviste múltiples singularidades. Aparte de referirse también a la familia biológica del afectado, es una información que en buena medida se refiere a situaciones futuras (predisposiciones genéticas a ciertas patologías) y, con frecuencia, inciertas (pues, como se vio, tales predisposiciones no tienen por qué acabar materializándose en la manifestación de la enfermedad); a ello hay que añadir que la información no sólo puede resultarle completamente inútil a la persona, sino abiertamente perjudicial, si resulta que las patologías detectadas son incurables y graves. Por ello, es perfectamente legítimo que la persona no desee conocer tal información, deseo

⁵¹ Así, MENÉNDEZ MENÉNDEZ: «El código...», p. 41; *vid.* también ALMAJANO PABLOS: «Información...», pp. 60 ss., SEOANE RODRÍGUEZ: «De la intimidad...», II, p. 174, y YANES: «Seguros...», pp. 176 ss.

que habría que acatar por respeto a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad; páginas atrás ya aludí al derecho a no saber, y también ese derecho se vería vulnerado de admitirse que las compañías de seguros pudieran exigir, como condición previa a la suscripción del seguro de vida, que el solicitante se sometiera a las pruebas de detección genéticas, pues en tal caso aquél acabaría conociendo sus resultados, al menos en cuanto detectaran alguna posible enfermedad de cierta importancia, pues entonces la aseguradora rechazaría la solicitud o exigiría una prima superior para aceptarla⁵². Con ello se pone de manifiesto, además, el riesgo de que se instaure en el ámbito de los seguros la discriminación por causas genéticas⁵³; como señala Berberich⁵⁴, habría discriminación cuando la negativa a proporcionar la cobertura del seguro no se encuentre justificada por los hechos; así, por ejemplo y en mi opinión, cuando se basara en la detección de una mera predisposición genética a una enfermedad plurifactorial.

Por tanto, una interpretación de los artículos 10 y 89 LCS a la luz de los postulados constitucionales, particularmente de los artículos 10.1 y 18.1 CE, posiblemente permitiera ya sustentar la exigibilidad de dichas pruebas⁵⁵. Pero es que, además, contamos con las normas consagradas a este respecto en el CDHB. La regla decisiva en este punto no es la que exige el consentimiento previo del afectado para cualquier intervención en el ámbito de la sanidad (art. 5 CDHB); no cabe duda que a quien solicita un seguro de vida no puede someterse a pruebas de detección genéticas si él no lo consiente y que su negativa ha de ser respetada; la cuestión es si esa negativa comporta el incumplimiento del deber precontractual de declaración previsto en el artículo 10 LCS y, por tanto, legítima a la aseguradora para desechar sin más la solicitud de seguro; si se admite la exigibilidad de la prueba, sí estaría legitimada; pero si no se admite, la compañía tendrá que decidir prescindiendo

⁵² Así lo hace notar MENÉNDEZ MENÉNDEZ: «El código...», p. 40.

⁵³ Así, *v. gr.*, SEOANE RODRÍGUEZ: «De la intimidad...», II, p. 174; también, en términos más amplios y no circunscritos únicamente al seguro, NIELSEN: «Pruebas...», pp. 80 y 81.

En relación con esto se ha denunciado el peligro de que aparezcan en la sociedad grupos de personas marginadas por su condición genética (así, el grupo de los «inasegurables»), cuya atención acabaría recayendo sobre el conjunto de la sociedad y el Estado (*vid.* al respecto MENÉNDEZ MENÉNDEZ: «El código...», pp. 41 y 42; también OLIVEIRA: «Conocimiento...», p. 105, y NIELSEN: «Pruebas...», p. 80).

⁵⁴ «¿Ampliación...», p. 86.

⁵⁵ Así, MENÉNDEZ MENÉNDEZ: «El código...», pp. 42 y 43.

de los datos que tales pruebas procuran, y en ningún caso podría rechazar la solicitud de seguro basándose en que el interesado ha incumplido un deber precontractual. Volviendo al CDHB, creo que el artículo 12 ofrece un argumento decisivo en contra de la exigibilidad de las pruebas genéticas predictivas por parte de las compañías aseguradoras, al disponer que las mismas *sólo podrán hacerse con fines médicos o de investigación médica*⁵⁶, sin que concurra en el caso ninguna de las razones que, según el artículo 26.1 del mismo Convenio, pudiera autorizar una restricción a dicho principio. El CDHB también reconoce el derecho a no conocer la información obtenida sobre la propia salud (art. 10.2), sin que, de nuevo, ninguna de las posibles restricciones al mismo previstas en los artículos 10.3 y 26.1 CDHB resulte aplicable al caso que nos interesa; los preceptos que la LAP dedica a este derecho (arts. 4.1, 5.4 y 9.1) conducen a idéntico resultado⁵⁷. Por último, también la prohibición de cualquier discriminación por causas genéticas prevista expresamente en el artículo 11 CDHB podría entrar en juego en estos casos⁵⁸.

3. Resta por analizar una última cuestión, ya apuntada líneas atrás. Suponiendo que el solicitante del seguro se hubiera sometido, por la razón que fuere, a pruebas de detección genética, ¿estaría obligado a facilitar sus resultados a la compañía de seguros si la misma le preguntara al respecto en el cuestionario que le presenta antes de la celebración del contrato?; o, lo que es lo mismo, ¿entraría tal información dentro del deber precontractual de declaración previsto en los artículos 10 y 89 LCS? Si así fuera, la reserva o inexactitud del asegurado al cumplimentar el cuestionario, en relación con los datos obtenidos de dichas pruebas, desataría las rigurosas consecuencias que prevén los mismos artículos 10, párrafos segundo y tercero, y 89, párrafo primero, LCS, consecuencias que se agravan aún más si se aprecia dolo o culpa grave en el asegurado, alcanzando hasta la liberación del asegurador del pago de la prestación.

La cuestión se ha circunscrito⁵⁹, creo que con acierto, a los casos en que el asegurado conoce los resultados de las pruebas, dado que el artículo 10.I LCS concreta el objeto de su deber de

⁵⁶ Ésta es también la opinión de ROMEO CASABONA: *Los genes...*, p. 85, y «El principio...», pp. 176 y 201.

⁵⁷ Sobre el alcance de todas estas reglas me remito a lo que ya expuse más arriba en el epígrafe III.

⁵⁸ Así lo destaca ROMEO CASABONA: *Los genes...*, p. 85.

⁵⁹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ: «El código...», p. 45.

declaración a todas las circunstancias «por él conocidas» que puedan influir en la valoración del riesgo. A estos efectos parece que debe dar igual que no conozca los resultados porque los médicos se los hayan ocultado por razones humanitarias (art. 10.3 CDHB en relación con el art. 5.4 LAP: estado de necesidad terapéutico), o porque él mismo haya preferido no ser informado (arts. 10.2 CDHB y 4.1 LAP); en cualquier caso, parece claro que debe prevalecer la protección de los intereses de la persona y su derecho a no saber sobre el interés de la aseguradora. La cuestión planteada quedaría así circunscrita a si la aseguradora tiene derecho a preguntar por (y, correlativamente, si el solicitante tiene el deber de informarle de) los resultados de las pruebas genéticas que sean conocidos por el mismo. Desde luego, lo que es claro es que la aseguradora sólo puede hacerse con tal información mediando el consentimiento del afectado (art. 7.3 LOPD), pues ninguna de las excepciones previstas en nuestra legislación de protección de datos respecto de tal principio y de la confidencialidad de los datos relativos a la salud⁶⁰ resulta aplicable al caso que ahora nos ocupa.

El caso guarda importantes diferencias con el planteado con anterioridad; aquí no se trata de imponer al solicitante que se someta a unas pruebas que puede no querer hacerse o cuyos posibles resultados puede preferir ignorar; en el caso que ahora interesa, ya conoce esa información y el tema es si el principio de buena fe, fundamento del deber de declaración precontractual consagrado en los artículos 10 y 89 LCS, le obliga a ponerla en conocimiento del asegurador, o si dicho principio y el correlativo deber se hallan también aquí limitados en consideración a los derechos fundamentales de la persona y a las peculiaridades de la información genética⁶¹.

En favor del deber de informar se ha aducido que es precisa una distribución simétrica de la información sobre las circunstancias significativas tanto por parte del asegurador como por parte del solicitante, para poder evitar una selección adversa, esto es, para poder evitar que un solicitante que es inasegurable o que tiene

⁶⁰ *Vid., supra*, apartados 3.1 y 3.2 del epígrafe IV.

⁶¹ Otro argumento apuntado en contra del deber de informar es que si las aseguradoras pudieran exigir sin restricciones la información genética de que dispone una persona, ello podría disuadir a muchas de someterse a pruebas genéticas predictivas, con la consiguiente pérdida de las ventajas que las mismas pueden reportar a efectos de diagnóstico, terapia, planificación familiar, investigación, etc. (*vid.* al respecto ABBING: «La información...», p. 51).

riesgos superiores a la media trate de obtener una póliza de seguro de vida a una prima estándar⁶².

Precisamente para evitar los peligros de una selección adversa se han hecho diversas propuestas⁶³; así, tomar en cuenta la cuantía del seguro de vida y que se reconozca el deber de informar sobre los resultados de las pruebas genéticas sólo cuando la cantidad asegurada supere los valores habituales⁶⁴. O crear un fondo para financiar la cobertura del aseguramiento de personas con predisposiciones genéticas.

Para determinar si el solicitante de un seguro de vida debe o no declarar al asegurador lo que conoce por haberse sometido a pruebas de detección genética, parece necesario distinguir *según cuál sea la información obtenida*. En este sentido, no parece que una mera predisposición genética a una enfermedad plurigénica, cuya definitiva manifestación o no depende de otros muchos factores además de los genéticos, pueda justificar un tratamiento distinto de la solicitud por parte del asegurador; ese tratamiento distinto (sea para exigir una prima superior, sea para rechazar la solicitud) no estaría justificado y sería discriminatorio; por todo lo cual es razonable sostener que no hay obligación de declarar tales predisposiciones⁶⁵. Cuestión distinta es que el test genético haya puesto de

⁶² Así, en relación con el Derecho alemán, pero de forma igualmente aplicable al nuestro, BERBERICH: «¿Ampliación...», pp. 77, 88 y 89; con todo, señalaba este autor en su trabajo, publicado en 1994, que la opinión doctrinal dominante era favorable a la prevalencia del derecho de autodeterminación informativa frente al interés de las aseguradoras a reducir riesgos y costes, defendiéndose que los resultados de las pruebas genéticas no tienen que ser revelados (*op. cit.*, p. 89). En este punto es de subrayar que el sector de los seguros en Alemania acordó en 1988 una moratoria de duración indefinida en virtud de la cual se decidió, de un lado, no exigir la realización de tests genéticos como presupuesto para concertar un seguro de vida, y, de otro, renunciar a preguntar explícitamente por los resultados de eventuales tests genéticos antes de celebrar dicho contrato [Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (GDV), Deutsche Gesellschaft für Humangenetik e. V. (GfH) (1999): *Gedankenaustausch...*, B1].

⁶³ A las que alude, por ejemplo, ABBING: «La información...», pp. 51 y 52.

⁶⁴ A favor de esta medida se han pronunciado, *v. gr.*, OLIVEIRA en Portugal («Conocimiento...», p. 105, e «Implicaciones...», pp. 86 y 87, donde propone la utilización del mismo criterio –aunque complementado por otros– también en relación con la cuestión de la exigibilidad o no de las pruebas como requisito previo a la celebración del contrato), y ROTHSTEIN, en Estados Unidos («La regulación...», pp. 54 y 55).

⁶⁵ Quizá cabría incluso decir que, dada la incertidumbre que existe en torno a si la enfermedad llegará finalmente a manifestarse, no puede considerarse que las predisposiciones influyan en la valoración del riesgo, a los efectos de los artículos 10 y 89 LCS.

En comparación con otros datos cuya repercusión futura es también incierta, y sobre los que el asegurador puede recabar información en el cuestionario, como los relativos a hábitos o prácticas potencialmente nocivos o peligrosos (fumar, ingerir alcohol, practicar deportes de riesgo o conducir motos, por ejemplo), hay que subrayar que la persona no es responsable de sus genes, mientras que sí lo es de sus costumbres.

manifiesto la existencia de una enfermedad que el solicitante ya sufre cuando solicita el seguro, pues, desde luego, ha de informar sobre cuál es su estado de salud al momento de presentar su solicitud; que la enfermedad actual sea o no de origen genético, o que la misma haya sido diagnosticada mediante pruebas genéticas o mediante pruebas médicas de otro tipo, no afecta al contenido del deber de informar que impone la buena fe. Esta solución ha sido defendida entre nosotros por Menéndez Menéndez⁶⁶ y, en Portugal, por Oliveira⁶⁷.

Pero ¿qué decir respecto de las predisposiciones a enfermedades monogénicas graves y que afecten a las expectativas de vida, con cuya futura aparición deba contar el sujeto afectado aunque no pueda determinarse exactamente el momento en que se manifestará? Se ha defendido la extensión de la obligación de informar a aquellas dolencias genéticas que vayan a manifestarse en un breve lapso de tiempo⁶⁸. Y, en efecto, es cierto que cuanto más alejado se encuentre el momento de manifestación de la enfermedad respecto de aquel en que se solicita el seguro, menos nítida se ve la obligación de declarar la existencia de la predisposición, y

⁶⁶ «El código...», pp. 46 y 47. También se muestra partidario de un alcance limitado del deber de declarar ALMAJANO PABLOS («Información...», pp. 64 ss.), para quien el asegurado sólo tendría que informar de enfermedades preexistentes o de predisposiciones hereditarias conocidas a través de la información genética si las conociera también por algún medio clínico o médico distinto.

Por su parte, ROMEO CASABONA («El principio...», p. 200) sostiene que la predisposición a contraer una enfermedad «no debería ser un elemento suficiente para variar las condiciones generales del contrato», aunque poco después (*op. cit.*, p. 201) sostiene que el asegurado está obligado a facilitar los resultados de los análisis genéticos si el asegurador se lo solicita.

En cambio, parece negar en términos absolutos el deber de informar YANES («Seguros...», pp. 176 ss.), para quien el «derecho a no revelar» la propia condición genética deriva de la libertad de autodeterminación informativa, expresión a su vez del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE); también RUIZ MIGUEL: «Los datos...», pp. 50 y 51.

⁶⁷ «Conocimiento...», pp. 105 y 106, e «Implicaciones...», pp. 84, 85 y 87.

⁶⁸ Así, *v. gr.*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ («El código...», pp. 46 y 47) entiende que hay que informar de las enfermedades con cuya aparición en breve deba contar el asegurado, al comportar el inminente empeoramiento del estado actual de salud; en línea similar existe una recomendación de la Comisión de Investigación del Parlamento Alemán, conforme a la cual sólo habría que informar de las enfermedades genéticas que vayan a aparecer en un período limitado de tiempo (*vid.* al respecto ROMEO CASABONA: «El principio...», p. 200).

Por su parte, y sin aludir explícitamente al plazo en que se ponga de manifiesto la enfermedad, OLIVEIRA («Implicaciones...», p. 87) sostiene que la aseguradora siempre podrá alegar que, al celebrar el contrato, el candidato conocía datos relevantes en cuanto a su salud, debiendo demostrar a tal fin que el mismo ya sufriría las primeras manifestaciones de la dolencia o «tenía conciencia, a través de indicios seguros (historia familiar, exámenes anteriores), de que la manifestación de la dolencia era cierta y esperada» (la cursiva es mía).

mayor es la probabilidad de que otras contingencias distintas de aquélla afecten a la salud o a la vida del asegurado. El problema es cómo concretar la extensión de ese *breve* período de tiempo en el que previsiblemente haya de manifestarse la dolencia, si es que ello ha de ser presupuesto del deber de declararla. En este supuesto se ve, en fin, con toda nitidez el conflicto que existe entre la idea básica de que el riesgo es el fundamento y razón de ser de la actividad de las compañías de seguros, que no pueden pretender eliminarlo, de un lado, y, de otro, la necesidad de eludir el riesgo de abuso de quienes pretenden prevalerse del sistema de seguros sirviéndose de unas pruebas genéticas predictivas, cuyo coste previsiblemente será cada vez más asequible, para hacerse con una información que les permita contratar desde una posición ventajosa.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABBING, R.: «La información genética y los derechos de terceros. ¿Cómo encontrar el adecuado equilibrio?», *Rev. Der. Gen. H.* 2/1995, p. 35.
- ALDAMA BAQUEDANO, C.: «La protección de la intimidad y del derecho a la información», *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Bilbao-Granada 2002, p. 139.
- ALMAJANO PABLOS, L. M.: «Información genética y artículo 89 de la Ley de Contrato de Seguro», *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. III, Madrid 1994, p. 59.
- BERBERICH, K.: «¿Ampliación de la selección de riesgos en el seguro de vida en relación con las pruebas genéticas?», *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. III, Madrid 1994, p. 75.
- CAMPUZANO TOMÉ, H.: «Noción jurídica de la información genética a la luz del Proyecto Genoma Humano», *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Díez-Picazo*, tomo I, Madrid 2003, p. 381.
- CAPRON, A. M.: «Seguros y genética: un análisis lleno de significado», *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. III, Madrid 1994, p. 17.
- CASADO, M.: «El conflicto entre bienes jurídicos en el campo de la genética clínica: exigencias de salud pública y salvaguarda de la dignidad humana», *Rev. Der. Gen. H.* 4/1996, p. 25.
- CAVOUKIAN, A.: «La confidencialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a “no saber”», *Rev. Der. Gen. H.* 2/1995, p. 55.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «El genoma humano y la identificación de la persona como problema jurídico», *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. IV, Madrid 1994, p. 103.
- Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (GDV), Deutsche Gesellschaft für Humangenetik e. V. (GfH) (1999): Gedanken-austausch zum Thema Lebensversicherung und Genetik, medgen 11:47. Verlag medizinisch-genetik Sonderdruck 7. Auflage Okt. 2001.

- MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, de próxima publicación por la ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- MALEM SEÑA, J. F.: «Privacidad y mapa genético», *Rev. Der. Gen. H.* 2/1995, p. 125.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: «El código genético y el contrato de seguro», *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. III, Madrid 1994, p. 29.
- NIELSEN, L.: «Pruebas genéticas y derecho a la intimidad: una perspectiva europea», *Rev. Der. Gen. H.* 4/1996, p. 65.
- OLIVEIRA, G. F. F. de: «Implicaciones jurídicas del conocimiento del genoma», Parte II, *Rev. Der. Gen. H.* 7/1997, p. 61.
- : «Conocimiento del genoma y legislación de seguros», *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. III, Madrid 1994, p. 103.
- ROCA I TRÍAS, E.: «Adopción y datos biogenéticos: El Proyecto Genoma Humano como auxiliar de las técnicas de desarrollo de la personalidad», *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. III, Madrid 1994, p. 221.
- ROMEO CASABONA, C. M.: *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*. Bibao-Granada 2002.
- : «El principio de no discriminación y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos», *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Bilbao-Granada 2002, p. 163.
- ROTHSTEIN, M. A.: «La regulación de los seguros de asistencia sanitaria y de vida ante el reto de la nueva información genética», *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. III, Madrid 1994, p. 49.
- RUIZ MIGUEL, C.: «Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 36, 2001, p. 13.
- SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: «De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español. (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre)», partes I y II, *Rev. Der. Gen. H.* 16/2002, p. 71, y 17/2002, p. 135.
- SOLA, C. de: «Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto», Parte I, *Rev. Der. Gen. H.* 1/1994, p. 179.
- TAUPITZ, J.: «El derecho a no saber en la legislación alemana», Parte II, *Rev. Der. Gen. H.* 9/1998, p. 163.
- YANES, P.: «Seguros de personas e información genética», Parte II, *Rev. Der. Gen. H.* 2/1995, p. 167.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: «Pruebas genéticas y matrimonio», *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. I, Madrid 1994, p. 415.

La difusión de la jurisprudencia a través de las nuevas tecnologías: un instrumento al servicio de la seguridad jurídica *

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA
Profesor de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La publicidad de las resoluciones judiciales: una exigencia constitucional.*—III. *La jurisprudencia y su difusión a través de las nuevas tecnologías: pasos significativos.*—IV. *Difusión on line de las resoluciones judiciales: un servicio público.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Conforme a lo establecido en el artículo 1.1 del Código civil, «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho»¹. Por otra parte, el

* El presente trabajo es el desarrollo de la ponencia impartida en el Congreso Internacional «Digitalización y Administración de Justicia», organizado por Lefis, Universidad de Zaragoza [30 de agosto a 1 de septiembre de 2004].

Por otra parte, este estudio se inserta en el marco del proyecto de investigación BJU 2002-02356, dirigido por el profesor Dr. D. Antonio Manuel Morales Moreno y subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Dirección General de Investigación).

¹ Sobre la función y el significado de la doctrina de las fuentes del Derecho puede consultarse el interesante trabajo de Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La Doctrina de las Fuentes del Derecho», *ADC*, 1984, fascículo IV, pp. 933 a 952.

Por otra parte, GORDILLO CAÑAS, A., *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho*, Madrid, 1990, p. 25, pone de manifiesto la complejidad y dificultad de las cuestiones referentes a la teoría de las fuentes del Derecho y afirma que «la doctrina de las fuentes del Derecho, que por su transcendencia constitucional debería encontrar en la

artículo 1.6 del Código civil dispone que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

Del tenor literal de los dos preceptos citados se puede deducir que los ciudadanos, las distintas Administraciones Públicas y los tribunales de justicia no quedan sometidos a la jurisprudencia, sino sólo a la ley, a la costumbre y a los principios generales del Derecho. Ahora bien, al interpretar y aplicar las citadas fuentes del Derecho habrá de tenerse en cuenta a la doctrina jurisprudencial², pues como afirma el profesor Federico de Castro es un importante «instrumento de adaptación de las normas a la plural y cambiante realidad social»³ que contribuye a alcanzar un deseable grado de seguridad jurídica⁴.

Conscientes del importante papel que desempeña la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico⁵, nos preguntamos cuál es el ac-

propia Constitución su reflejo normativo, no puede en ningún caso formularse ni construirse de espaldas a la Constitución ni prescindiendo de ella». En términos similares se pronuncia ASÍS ROIG, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, 1995, pp. 89 a 97.

Para el estudio de las repercusiones que la aprobación de la Constitución Española de 1978 ha tenido en nuestro sistema de fuentes del Derecho, véase OTTO PARDO, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2.^a ed., Barcelona, 1988, pp. 69 a 87.

² En este mismo sentido se pronuncia, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario del artículo 1 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil* (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), [Elcano (Navarra)], 2001, p. 24.

³ CASTRO Y BRAVO, F. de, *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, 1949 (edición facsímil, Madrid, 1984), pp. 509 y 510.

⁴ En este sentido se pronuncian ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., «La jurisprudencia», *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil*, Barcelona, 1976, p. 94 (afirma que la existencia de la jurisprudencia «es decisiva para la seguridad y certidumbre del Derecho»), y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Unidad de jurisprudencia, igualdad y seguridad jurídica», *AAMN*, 1999, tomo XXXVIII, p. 404 [afirma que la jurisprudencia facilita la existencia una unidad de doctrina «mediante una línea de pronunciamientos de la que puede deducirse cuál sea el “Derecho vivo”, la manera oficial o auténtica de interpretar el Derecho vigente (...) con su consiguiente reflejo en la legalidad, la igualdad y la seguridad jurídica»].

⁵ Quede claro que la mayoría de la doctrina, con posterioridad a la reforma en 1974 del Título Preliminar del Código Civil niega, de manera acertada, que la jurisprudencia sea fuente del Derecho. Se pronuncian en este sentido, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario del artículo 1 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil* (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) [Elcano (Navarra)], 2001, p. 24; OLIVA SANTOS, A. de la, «La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código Civil», *ADC*, 1975, fascículo II, p. 456; ELIZALDE Y AYMERICH, P. de, «La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Posibilidad y límites», *ADC*, 1983, fascículo III, p. 717; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario del artículo 1.6 del Código Civil», *Comentarios a las reformas del Código Civil. El Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, 1977, p. 137; GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario del artículo 1 del Código Civil», *Comentario del Código Civil* (coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), tomo I, Barcelona, 2000,

tual marco normativo en materia de difusión y publicidad de las resoluciones judiciales y de qué forma las nuevas tecnologías de la información pueden contribuir a que la jurisprudencia cumpla, con plenas garantías, el papel de complementar el Ordenamiento jurídico que le encomienda el Legislador conforme a lo establecido en el artículo 1.6 del Código civil.

II. LA PUBLICIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES: UNA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL

En nuestro Derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución Española de 1978, rige el principio de publicidad de las actuaciones judiciales⁶. Esta exigencia constitucional tiene su reflejo en la legislación de desarrollo (buena prueba de ello son, entre otros, los arts. 107.10, 232, 265 y 266 LOPJ o el artículo 212 LEC).

Ahora bien, el conocimiento de las resoluciones judiciales por los ciudadanos, en general, y por los operadores jurídicos, en particular, no es sólo una exigencia constitucional⁷, sino que como señala el Consejo de Europa en su Recomendación de 11 de

p. 358; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Comentario del artículo 1.6 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), tomo I, volumen 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1992, p. 394; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Comentario del artículo 1 del Código Civil», *Código Civil comentado con jurisprudencia*, 3.ª ed. [Las Rozas (Madrid)], 2003, p. 6; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., «La jurisprudencia», *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil*, Barcelona, 1976, p. 97; RODRÍGUEZ DEL BARCO, J., «La jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo Título Preliminar del Código Civil aprobado por Decreto 1836/1974 de 31 de mayo», *RDP*, diciembre de 1975, p. 1005; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Unidad de jurisprudencia, igualdad y seguridad jurídica», *AAMN*, 1999, tomo XXXVIII, p. 410; SÁNCHEZ FERRIZ, R., *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Valencia, 2000, p. 460; y ZULETA PUCEIRO, E., «Jurisprudencia y fuentes del Derecho», *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, tomo I, Madrid, 1997, p. 148.

⁶ El artículo 6.1 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España, también hace referencia a la publicidad de las actuaciones judiciales [<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Word/005.doc> (fecha de consulta: 18-1-2005)].

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Prólogo al libro «La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo. (Estudio sobre el Registro de sentencias previsto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 29/1998, de 13 de julio)» de Marcos Fernando Pablo y Ricardo Rivero Ortega*, Madrid, 2001, pp. 15 y 17, afirma que el conocimiento de las decisiones judiciales, «según el esencial principio de publicidad de las mismas (...) es el ejercicio de un derecho básico» para los ciudadanos y que «la necesidad del conocimiento de las sentencias [*es parte del*] contenido esencial del principio de publicidad de la justicia».

septiembre de 1995⁸, «el pleno conocimiento de la jurisprudencia de todas las jurisdicciones es una de las condiciones esenciales para la aplicación equitativa del Derecho», y que la utilización en la actualidad de «sistemas automatizados de difusión de la jurisprudencia es una condición indispensable para una buena justicia».

La preocupación por la publicidad de las resoluciones judiciales no es una cuestión reciente. En la legislación de los siglos XIX y XX ya se apreciaba la necesidad de dar publicidad a las resoluciones judiciales:

– En el Real Decreto de 6 de marzo de 1846 (*Gaceta de Madrid* de 8 de marzo) se ordenaba el envío al Ministro de Gracia y Justicia de las sentencias motivadas del Consejo Real y del Tribunal Supremo de Justicia para su publicación en la *Colección Legislativa de España* (art. 1).

– Por su parte, el artículo 516 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870* establecía que «en el Tribunal Supremo estará también á cargo de la Secretaría la dirección de la *Colección Legislativa* en la parte que se refiere á la resolución de las competencias decididas por el mismo Tribunal, á las denegaciones de admisión de los recursos de casación en materia criminal, á las sentencias declarando haber ó no haber lugar á los recursos de casación en lo civil y en lo criminal, á aquellas en que se fallen los recursos intentados contra la Administración en única instancia y en revisión, y en cualesquiera otras emanadas del Tribunal Supremo que en conformidad á las leyes deban comprenderse en la *Colección Legislativa*».

– El derogado artículo 1728 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881* disponía que «las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo al conocer de los recursos de casación se insertarán en la *Colección Legislativa*. (...)».

⁸ Recomendación núm. (95) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros *relativa a la selección, tratamiento, presentación y archivo de las resoluciones judiciales en los sistemas de documentación jurídica automatizados* (adoptada por el Comité de Ministros el 11 de septiembre de 1995, durante la 543.^a reunión de los Delegados de los Ministros) [<https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=538429&Lang=en> (fecha de consulta: 18-1-2005)].

Por otra parte, existen otras Recomendaciones del Consejo de Europa que señalan la conveniencia de utilizar las nuevas tecnologías en la difusión de la jurisprudencia. En este sentido, véase la Recomendación núm. (83) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros *relativa a la protección de los usuarios de los servicios de informática jurídica* (adoptada por el Comité de Ministros el 22 de febrero de 1983, durante la 356.^a reunión de los Delegados de los Ministros) [<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm> (fecha de consulta: 18-1-2005)] y la Recomendación núm. (2001) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros *sobre los servicios de Tribunales y otras instituciones jurídicas proporcionados a los ciudadanos por las nuevas tecnologías* (adoptada por el Comité de Ministros el 28 de febrero de 2001, durante la 743.^a reunión de los Delegados de los Ministros) [<https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=188899&Lang=en> (fecha de consulta: 18-1-2005)].

– Más tarde, el artículo 5.3 de la Real Orden de 6 de junio de 1909 por la que se aprueba la *Instrucción para el régimen y administración de la «Gaceta de Madrid»* (*Gaceta de Madrid* de 18 de junio) establecía que «el contenido de la *Gaceta* lo constituyen: (...) 3. Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia con la correspondiente separación entre las procedentes de sus diversas Salas».

– Otro intento de dar publicidad a la jurisprudencia del Tribunal Supremo se realizó a través del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Este centro oficial de documentación jurídica tenía entre sus competencias la sistematización de la jurisprudencia española por medio de la edición de publicaciones periódicas [conforme al artículo 34 del *Reglamento Instituto Nacional de Estudios Jurídicos*, aprobado por Decreto de 13 de abril de 1945 (BOE de 10 de mayo)].

– Posteriormente, el artículo 6, apartado j), del *Reglamento del Boletín Oficial del Estado de 1960* [aprobado por el Decreto 1583/1960, de 10 de agosto (BOE de 17 de agosto)] establecía que «el texto del «Boletín Oficial del Estado» estará integrado por: (...) las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia (...)».

Sin embargo, el vigente Real Decreto 1511/1986, de 6 de junio, de *ordenación del diario oficial del Estado* (BOE de 23 de julio), ha suprimido la referencia a la publicación de las sentencias del Tribunal Supremo en el *Boletín Oficial del Estado*.

En relación con la cuestión de la publicidad de las sentencias judiciales llama la atención que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil guarde silencio, a diferencia de la derogada ley procesal civil de 1881, sobre cómo y dónde se publicarán las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación (únicamente existe una referencia ambigua y general a la publicidad de las sentencias en el art. 212 LEC⁹). Por el contrario, el Legislador sí prevé expresamente el medio de difusión de las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo con ocasión de los recursos en interés de la ley (arts. 490 a 493 LEC)¹⁰.

⁹ Artículo 212 de la vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil*: «*Publicación y archivo de las sentencias*.-1. Las sentencias y demás resoluciones definitivas, una vez extendidas y firmadas por el Juez o por todos los Magistrados que las hubieran dictado, serán notificadas y archivadas en la Secretaría del tribunal, dándoseles publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes. (...)».

En relación con este precepto, véase RODRÍGUEZ MERINO, A., «Comentario del artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinador Vicente Guilarte Gutiérrez), tomo I, Valladolid, 2000, pp. 1394 a 1399 (especialmente pp. 1398 y 1399).

¹⁰ Estos preceptos, conforme a lo dispuesto en la disposición final decimosexta núm. 2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, no serán de aplicación mientras que «las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia carezcan de competencia para conocer, con carácter general, de los recursos extraordinarios por infracción procesal».

Concretamente, el artículo 493 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que «la sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley (...), cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo»¹¹. La lectura del citado precepto, a los efectos del presente trabajo, nos plantea el siguiente interrogante: ¿por qué el Legislador ordena que las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven los recursos en interés de la ley, a diferencia de lo que sucede con las sentencias que resuelven los recursos de casación, se publiquen en el *Boletín Oficial del Estado*¹²?

A nuestro entender, no existe fundamento alguno que justifique que el sistema de difusión de las sentencias sea distinto en uno y otro caso. No puede olvidarse que en ambos casos la doctrina jurisprudencial que emana de las sentencias tiene la función de complementar el Ordenamiento jurídico (arts. 1.6 CC y 493 LEC). Se trata, por tanto, de una materia cuyo conocimiento no sólo interesa a los operadores jurídicos, sino también a los propios ciudadanos. La publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de las sentencias dictadas con ocasión de los recursos en interés de la ley contribuye,

¹¹ En nuestro Ordenamiento existen normas cuyo tenor literal es similar al del artículo 493 de la vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Se trata de dos normas contenidas en la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* y que se ocupan de regular los efectos y la publicidad de las sentencias que resuelven los recursos de casación en interés de la ley en el orden contencioso-administrativo. La primera de ellas es el artículo 100.7 de la citada Ley [«La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*, y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional»], y, la segunda, el artículo 101.4 de dicha Ley [«En lo referente a plazos, procedimiento para la sustanciación de este recurso y efectos de la sentencia regirá lo establecido en el artículo anterior con las adaptaciones necesarias. La publicación de la sentencia, en su caso, tendrá lugar en el *Boletín Oficial* de la Comunidad Autónoma y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces de lo Contencioso-Administrativo con sede en el territorio a que extiende su jurisdicción el Tribunal Superior de Justicia»].

Así pues, dada la similitud que existe entre estas normas, debe entenderse que todo lo expuesto en este trabajo respecto del artículo 493 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* se refiere también a lo dispuesto en los artículos 100.7 y 101.4 de la *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* y viceversa.

¹² La publicidad de las sentencias mediante su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* también se prevé en otras normas. Este es el caso, por ejemplo, del artículo 19 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, *de Conflictos Jurisdiccionales*.

sin duda, a facilitar su conocimiento¹³. Por el contrario, la ausencia, en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, de una norma que prevea un mecanismo de publicidad oficial para las sentencias que la Sala Primera del Tribunal Supremo dicta cuando resuelve los recursos de casación debe criticarse, pues no facilita que la jurisprudencia pueda cumplir con plenas garantías la función encomendada por el Legislador en el artículo 1.6 del Código civil: complementar el Ordenamiento jurídico. Ahora bien, el artículo 107.10 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, de alguna manera, soluciona esta carencia, pues establece que el Consejo General del Poder Judicial es el órgano competente para la «publicación oficial de las sentencias y otras resoluciones que se determinen del Tribunal Supremo (...)». Posteriormente analizaremos cómo y de qué forma el órgano de gobierno del Poder Judicial materializa en la práctica esta competencia.

No cabe duda de que para que la jurisprudencia pueda cumplir su misión de complementar el Ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC) es preciso que los poderes públicos lleven a cabo un conjunto de actuaciones encaminadas a dar publicidad a las sentencias judiciales. Hasta el año 1996 la difusión oficial de la jurisprudencia se realizaba a través de la denominada *Colección Legislativa*, pero el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del 20 de noviembre de 1996, acordó suspender la edición en papel de la colección oficial de jurisprudencia del Tribunal Supremo. La publicación de las sentencias del Tribunal Supremo en la *Colección Legislativa* respondía esencialmente a la finalidad de facilitar el general conocimiento de las resoluciones judiciales. Sin embargo, el

¹³ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Comentario de los artículos 490 a 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Andrés de la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez, Jaime Vega Torres y Julio Banacloche Palao), Madrid, 2001, pp. 848 y 849, afirma que dado el carácter vinculante de la jurisprudencia que surge de las sentencias que resuelven los recursos en interés de la ley, «se ordena su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, ya que no sería lógico vincular jurídicamente a algo que no ha tenido publicidad oficial».

Por su parte, BLANQUER CRIADO, D., «Comentario de los artículos 100 y 101 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998* (edición especial del número 100 de la *Revista Española de Derecho administrativo*), Madrid, 1999, pp. 702 y 703, afirma que «parece indicado y oportuno reforzar la publicidad de una sentencia que tiene por objeto fijar una doctrina legal que es vinculante para las instancias jurisdiccionales inferiores. La misión «cuasinormativa» que en la práctica cumplen esas sentencias estimatorias explica y justifica el medio de publicidad empleado (que es el mismo utilizado para las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional, que cuando resuelve un recurso de inconstitucionalidad también tiene esa misma funcionalidad normativa y publicidad reforzada)».

considerable retraso en la edición de la *Colección Legislativa* dificultaba el necesario conocimiento general de la jurisprudencia y determinaba que se acudiese con preferencia para su estudio a otras publicaciones periódicas privadas que reemplazaban a la publicación oficial¹⁴.

En la *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales del año 1997*, aprobada por el Pleno en su reunión de 20 de julio de 1998, se afirma que «la publicación de la Jurisprudencia tal y como venía haciéndose, en soporte papel, suponía un coste excesivamente gravoso y además no conseguía el efecto pretendido de conocimiento de las resoluciones emanadas del Tribunal Supremo, dado que acumulaba un gran retraso en su publicación y resultaba de difícil manejo por la gran cantidad de volúmenes anuales».

Hay que reflexionar, por tanto, sobre cómo debe difundirse, en la actualidad, la jurisprudencia y cuál es el mejor medio para ello. Es en esta materia donde las nuevas tecnologías están llamadas a desempeñar un papel fundamental en la difusión y publicidad de las sentencias¹⁵ dictadas por los distintos órganos judiciales que integran el Poder Judicial en España (Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales, Audiencia Nacional, entre otros)¹⁶, pues no puede olvidarse que el conocimien-

¹⁴ La citada *Colección Legislativa* se editaba con una periodicidad trimestral; cada volumen disponía de un índice cronológico y otro analítico, pero carecía de índices acumulativos que facilitaran la búsqueda de las sentencias, lo que unido al retraso en su edición, hacía que su utilización fuese escasa [en este mismo sentido se pronuncia SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Comentario del artículo 1728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinador Valentín Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 946 y 947].

¹⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, 2.ª ed., Barcelona, 1994, pp. 61 a 66, pone de manifiesto que el uso de informática contribuye a alcanzar un deseable grado de seguridad jurídica.

Por otra parte, en la *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales del año 1997*, aprobada por el Pleno en su reunión de 20 de julio de 1998, se afirma que para la difusión de la jurisprudencia «(...) la alternativa más adecuada era la publicación en soporte informático que permitiera la consulta de forma sencilla, y que incluyera toda la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde al menos 1986, así como las resoluciones más importantes de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Audiencias Provinciales en un porcentaje no inferior al 10%, a partir de la puesta en funcionamiento de esta nueva forma de publicación» (pp. 222 y 223).

¹⁶ El Tribunal Constitucional, órgano que no forma parte del Poder Judicial, también es consciente de la importancia que tiene el uso de las nuevas tecnologías en la difusión de sus resoluciones. Buena prueba de ello es que, aunque el artículo 164 de la Constitución Española dispone que «las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado*», en la página web del citado órgano se publican, con carácter oficioso, sus resoluciones [<http://www.tribunalconstitucio->

to de la jurisprudencia es tan importante, a la hora de saber qué es Derecho, como el conocimiento de las normas, razón por la cual los poderes públicos están obligados a tomar las medidas necesarias para que los ciudadanos conozcan no sólo las normas, sino también las sentencias que las interpretan y aplican¹⁷.

III. LA JURISPRUDENCIA Y SU DIFUSIÓN A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: PASOS SIGNIFICATIVOS

En España, el Consejo General del Poder Judicial, órgano competente para la difusión de las resoluciones judiciales (art. 107.10 LOPJ)¹⁸, ya ha dado los primeros pasos en este sentido creando el

nal.es/JC.htm (fecha de consulta: 18-1-2005)]. Por otra parte, existe una base de datos *on line* de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de acceso libre para los ciudadanos, incluida en el portal jurídico *Iberlex-BOE* [http://www.boe.es/g/es/iberlex/bases_datos/tc.php] (fecha de consulta: 18-1-2005)].

¹⁷ En este mismo sentido se pronuncian FERNANDO PABLO, M./RIVERO ORTEGA, R., *La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo. (Estudio sobre el Registro de sentencias previsto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 2001, p. 149.

Por otra parte, en relación con el tema de la publicidad de las sentencias judiciales, es digna de mención la Disposición Adicional tercera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, que prevé la creación de un Registro con las sentencias que las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo remitan al Consejo General del Poder Judicial en el plazo de diez días desde su firma. La organización y el régimen de acceso a este Registro se regulará por el Gobierno, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, conforme a lo establecido en la Disposición Final segunda de la citada Ley. [Para un estudio en detalle de este Registro, puede consultarse la obra de FERNANDO PABLO, M./RIVERO ORTEGA, R., *La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo. (Estudio sobre el Registro de sentencias previsto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 2001 (especialmente pp. 83 a 161)].

¹⁸ Artículo 107.10 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (redacción dada por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre): «El Consejo General del Poder Judicial tendrá competencias en las siguientes materias: (...) 10. Publicación oficial de las sentencias y otras resoluciones que se determinen del Tribunal Supremo y del resto de órganos judiciales. A tal efecto el Consejo General del Poder Judicial, previo informe de las Administraciones competentes, establecerá el modo en que habrán de elaborarse los libros electrónicos de sentencias, la recopilación de las mismas, su tratamiento, su difusión y certificación, para velar por su integridad, autenticidad y acceso, así como para asegurar el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos de carácter personal».

La anterior redacción del precepto atribuía al Consejo General del Poder Judicial la competencia para la *publicación oficial de la colección de jurisprudencia del Tribunal Supremo*; esto es, para publicar en soporte papel las sentencias dictadas por nuestro Alto Tribunal.

denominado *Centro de Documentación Judicial (CENDOJ)*. Se trata de un órgano técnico del Consejo General del Poder Judicial, cuyas funciones, según el artículo 1 del Reglamento 1/1997, de 7 de mayo (BOE de 23 de mayo)¹⁹, son la selección, la ordenación, el tratamiento, la difusión y la publicación de información jurídica legislativa, jurisprudencial y doctrinal.

En lo referente a la publicidad de las sentencias judiciales se ha creado una *Sección de Jurisprudencia* dependiente orgánicamente del mencionado *Centro de Documentación Judicial* que se encarga de «la recopilación y difusión (...) de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias, así como de otras resoluciones judiciales cuya trascendencia e interés doctrinal justifique su difusión» (art. 8 del Reglamento 1/1997, de 7 de mayo). La creación de la *Sección de Jurisprudencia* del *Centro de Documentación Judicial* es digna de elogio.

La *Sección de Jurisprudencia* del *Centro de Documentación Judicial* recibe de los distintos órganos judiciales aproximadamente unas 300.000 sentencias al año²⁰. Estas resoluciones judi-

El mencionado artículo 107.10 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* es desarrollado por el artículo 96 del Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de *Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial* (BOE de 5 de mayo). Conforme a lo dispuesto en el artículo 96 del citado Reglamento, la Sección de Registro General, Archivo y Publicaciones, dependiente orgánicamente de la Secretaría del Consejo General del Poder Judicial, es el órgano encargado de «gestionar los aspectos materiales y organizativos de la edición y distribución de la colección de jurisprudencia del Tribunal Supremo (...)». Sin embargo, en la actualidad estas competencias las ostenta el *Centro de Documentación Judicial* [el texto completo del citado Reglamento puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords> (fecha de consulta: 18-1-2005)].

¹⁹ El texto completo del mencionado Reglamento puede consultarse en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords> (fecha de consulta: 18-1-2005).

²⁰ Concretamente, en el año 2003 recibió 301.338 sentencias (dato estadístico facilitado en la *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales del año 2003*, aprobada por el Pleno en su reunión de 7 de julio de 2004, libro II, p. 163).

La normativa referente a la remisión de las resoluciones judiciales al *Centro de Documentación Judicial* es la siguiente:

– Artículo 5 bis del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de *los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales* (aprobado por Acuerdo del Pleno del CGPJ de 18 de junio de 1997) que dispone lo siguiente:

«1. Con el objeto de asegurar el cumplimiento de los fines encomendados al Centro de Documentación Judicial por el Reglamento 1/1997, del Consejo General del Poder Judicial, aprobado por Acuerdo de 7 de mayo de 1997, en lo que se refiere a la recopilación y difusión de las sentencias y de otras resoluciones judiciales de interés, y garantizar el acceso en condiciones de igualdad a las mismas, el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales, bajo la supervisión de sus respectivos Presidentes, o de alguno de los Magistra-

ciales son objeto de tratamiento informático a fin de incluirlas, previa indexación, en una base de datos. Una vez que las sentencias se han incluido en la base de datos, las sentencias pueden ser difundidas. Hasta enero de 2005, la difusión de las sentencias se producía fundamentalmente por dos vías:

A) La primera de ellas se materializa a través de las editoriales privadas. Estas empresas pueden adquirir, mediante el pago de un precio público que fija la Comisión Permanente del *Consejo General del Poder Judicial*²¹, las sentencias contenidas en la base de datos del *Centro de Documentación Judicial*. Con ellas elaboran sus productos editoriales que comercializan en distintos soportes (Cd-rom, DVD, acceso *on line* por Internet)²². Como es conocido por todos, estas bases de datos de jurisprudencia, editadas por empresas priva-

dos en quienes aquéllos deleguen a estos efectos, procederán a remitir al Consejo General del Poder Judicial, a través del Centro de Documentación Judicial, y con la periodicidad que se establezca, copia simple de las sentencias y de otras resoluciones cuya publicación pueda resultar de interés, que hayan sido dictadas por el respectivo órgano jurisdiccional durante el período inmediatamente anterior. El Consejo General del Poder Judicial procederá a la aprobación de la oportuna Instrucción sobre el procedimiento mediante el cual habrá de efectuarse la remisión.

2. Asimismo, los Juzgados, y en la misma forma establecida en el apartado anterior, procederán a remitir las sentencias firmes y otras resoluciones judiciales, cuando así se les solicite por el Consejo General del Poder Judicial. Dicha remisión se hará por los respectivos Decanos o por los Magistrados o Jueces que ellos designen.

3. En el tratamiento y difusión de las resoluciones judiciales se procurará la supresión de los datos de identificación para asegurar en todo momento la protección del honor e intimidad personal y familiar.

4. Salvo lo dispuesto en el artículo 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se facilitarán por los órganos jurisdiccionales copias de las resoluciones judiciales a los fines regulados en el presente artículo, sin perjuicio del derecho a acceder, en las condiciones establecidas a tal efecto, a la información jurídica de que disponga el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial».

– La Instrucción 4/2003 *sobre remisión de las resoluciones judiciales al Consejo General del Poder Judicial para su recopilación y tratamiento por el Centro de Documentación Judicial* (aprobada mediante un Acuerdo del Pleno del CGPJ de 9 de abril de 2003; *BOE* de 1 de mayo) [<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords> (fecha de consulta: 18-1-2005)].

– Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla de 29 de abril de 2003 [<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm> (fecha de consulta: 18-1-2005)].

– Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de mayo de 2003 [<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm> (fecha de consulta: 18-1-2005)].

²¹ El Pleno del Consejo del Poder Judicial de 18 de junio de 1997 aprobó la propuesta de fijación de un precio para las copias de las sentencias y otras resoluciones judiciales que se facilitan por el *Centro de Documentación Judicial* a las empresas editoriales que lo solicitan, y también aprobó la delegación en la Comisión Permanente de la facultad de modificar el precio aprobado si ello fuera necesario.

²² El Consejo General del Poder Judicial, a través del *Centro de Documentación Judicial*, suministra a los Jueces y Magistrados las distintas bases de datos de jurisprudencia que comercializan las editoriales privadas.

das, no se limitan a ofrecer las sentencias sino que tienen unos valores añadidos (incluyen comentarios, resúmenes, sistematización por medio de tesauros, establecimiento de hipervínculos con otras sentencias, así como con la legislación citada en las sentencias).

Por otra parte, es importante señalar que las editoriales que adquieren del *Centro de Documentación Judicial* las sentencias, se comprometen a respetar, en lo que se refiere al tratamiento de las resoluciones judiciales, la privacidad de las personas, suprimiendo los datos de carácter personal, conforme a lo dispuesto en la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*, así como a no hacer uso comercial, ni de otro tipo, de los datos personales que puedan aparecer en las sentencias que se adquieren²³.

B) La segunda vía de difusión de las sentencias contenidas en la base de datos del *Centro de Documentación Judicial* se materializa a través de convenios suscritos por el *Consejo General del Poder Judicial* con diversas instituciones de Derecho público (como, por ejemplo, el Consejo General de la Abogacía). En virtud de los citados convenios las resoluciones judiciales se suministran gratuitamente a estas entidades²⁴.

²³ En relación con la cuestión de la protección de los datos de carácter personal contenidos en las resoluciones judiciales, véase el interesante informe de la *Agencia Española de Protección de Datos* referente a la difusión de datos de carácter personal contenidos en sentencias condenatorias firmes por delitos relacionados con negligencias médicas [<https://www.agpd.es/index.php?idSeccion=196> (fecha de consulta: 18-1-2005)]. Aunque el citado informe no tiene carácter vinculante, contiene diversas consideraciones que merecen ser destacadas. Por una parte señala que «la colisión entre la publicidad de las sentencias y el derecho a la intimidad de las personas ya ha sido, por otra parte, analizado por el Consejo General del Poder Judicial, disponiendo en el Acuerdo de 18 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento núm. 5/1995, de 7 de junio, regulador de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, como apartado 3 del nuevo artículo 5 bis del Reglamento, que “en el tratamiento y difusión de las resoluciones judiciales se procurará la supresión de los datos de identificación para asegurar en todo momento la protección del honor e intimidad personal y familiar”». Y por otra, el citado informe mantiene que «la finalidad que debe perseguir la creación de la base de datos (*de jurisprudencia*) será la de permitir al usuario acceder al conocimiento del modo en que el Tribunal Supremo o los restantes Juzgados y Tribunales han interpretado lo establecido en el ordenamiento jurídico, sin que sea dable que dicha finalidad pueda ser contemplada en un sentido más amplio, con la consiguiente cercenación de los derechos fundamentales de las personas que intervengan en el litigio, como sucedería si se conocieran los datos personales referidos a dichas personas, que en modo alguno aportan información adicional sobre el contenido jurídico de la sentencia. Así lo recuerda el Consejo General del Poder Judicial, en la exposición de motivos del Acuerdo de 18 de junio de 1997, al que ya nos hemos referido, al indicar que con la publicidad de las sentencias en el repertorio «se posibilitará un mejor y más directo conocimiento de dichas resoluciones por parte de los Juzgados y Tribunales, contribuyendo al propio tiempo a satisfacer las exigencias derivadas del derecho de igualdad en la aplicación de las Leyes, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional», sin que esta función informadora pueda entenderse en modo alguno completada con el conocimiento de quienes fueron parte en el litigio».

²⁴ Así se pone de manifiesto en la *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales del año 1998*, aprobada por el Pleno en su reunión de 21 de julio de 1999, volumen I, p. 238.

A nuestro juicio, la situación que existía en España hasta enero de 2005 era criticable. La decisión de delegar básicamente en la empresa privada (editoriales jurídicas) la difusión de las sentencias judiciales no era acertada, pues se trata de una cuestión de interés público de suma importancia y cuyo conocimiento interesa no sólo a los miembros del Poder Judicial (Jueces y Magistrados), sino también al Ministerio Fiscal, a los funcionarios de las distintas Administraciones Públicas, a los profesionales del Derecho (abogados, procuradores, profesores universitarios), así como a los propios ciudadanos²⁵. A nuestro entender, corresponde al Estado prestar el servicio público de dar a conocer a los ciudadanos las sentencias judiciales, pues como señala el artículo 107.10 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* el órgano competente para la «publicación oficial de las sentencias y otras resoluciones que se deter-

²⁵ La Recomendación núm. (83) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros *relativa a la protección de los usuarios de los servicios de informática jurídica* (adoptada por el Comité de Ministros el 22 de febrero de 1983, durante la 356.ª reunión de los Delegados de los Ministros) [<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm> (fecha de consulta: 18-1-2005)] señala que «los Estados deberían facilitar el acceso de los servicios de informática jurídica a los textos jurídicos básicos (legislación, jurisprudencia, textos administrativos)».

En este mismo sentido se pronuncian FERNANDO PABLO, M./RIVERO ORTEGA, R., *La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo. (Estudio sobre el Registro de sentencias previsto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 2001, pp. 27, 104 y 105, cuando afirman que «la difusión de información jurídica por canales privados no sirve para alcanzar la realización eficaz de un principio clave del Estado constitucional, cual es la publicidad del Derecho y de la Justicia. (...) sigue siendo necesaria una actuación informativa desde el poder público dirigida a poner en conocimiento de todos los ciudadanos, de las personas interesadas en general, lo que es Derecho, entendiendo como tal no sólo las normas, sino también su interpretación por los tribunales, especialmente cuando éstos tienen un auténtico poder interpretativo del ordenamiento. (...) Por otro lado, el flujo de información es uno de los presupuestos de la calidad del sistema jurídico. Sus principales operadores (jueces, letrados, funcionarios) también necesitan saber exactamente qué es Derecho cuando toman sus decisiones. Para ellos, el posible conocimiento de todas las sentencias es una garantía de poder representar sus respectivos papeles correctamente, sin prescindir de los eventuales precedentes que pueden anticipar la resolución de los conflictos que les interesen».

Por otra parte, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. I. Introducción y parte general*, 16.ª ed., Madrid, 2004, p. 150, señala que en los recursos de casación hay que citar la fecha de la sentencia que se invoca para saber si dicha resolución judicial existe y si efectivamente adopta la doctrina que se le atribuye, pero no hay que aportar materialmente el texto de aquélla, pues su publicación en la *Colección Legislativa* hace fe de su existencia «y el texto que vale es el inserto en ella. De modo que, por un lado, a él hay que atenerse en caso de cualquier discrepancia, y, por otro, si la sentencia invocada no aparece en [la *Colección Legislativa*], hay que darla por inexistente (...), puesto que cualquier colección privada (...) carece de valor oficial». Éste es, sin duda, otro argumento que puede esgrimirse en contra de la difusión de la jurisprudencia exclusivamente a través de las editoriales privadas y a favor de la existencia de un *servicio público de información jurisprudencial*.

minen del Tribunal Supremo y del resto de órganos judiciales» es el Consejo General del Poder Judicial. Por tanto, la labor de dar publicidad al Derecho y a las sentencias judiciales es una responsabilidad directa del poder público, que debe ocuparse de articular las estructuras necesarias para ello. No se puede delegar en la empresa privada (editoriales jurídicas) la difusión de las sentencias porque con ello no sólo se están incumpliendo las distintas normas que obligan a prestar dicho servicio público, sino que también se está mercantilizando el Derecho²⁶. Es cierto que, de alguna manera, el Consejo General del Poder Judicial, en el año 1997, era ya consciente de la necesidad de contar con un *servicio público de información jurisprudencial*, pues en la exposición de motivos del mencionado Reglamento 1/1997, de 7 de mayo (BOE de 23 de mayo), por el que se crea el *Centro de Documentación Judicial*, se afirma que «un centro de documentación como el que se pretende configurar adquiere toda su capacidad a medida que va cumpliendo sus funciones, y que un órgano o servicio de esta naturaleza no surge completamente desarrollado, sino que su expansión se produce a través de un proceso relativamente dilatado en el tiempo. En este sentido, el Centro de Documentación Judicial inicia su andadura consciente de que existe un amplio espacio de desarrollo posterior que necesariamente será ocupado en fases ulteriores». Asimismo, en la citada exposición de motivos se señala que la naturaleza misma del *Centro* «ha aconsejado que se ubique en el mismo un servicio central de jurisprudencia [*denominado Sección de jurisprudencia*], como punto de referencia para la compilación sistematizada de las sentencias del Tribunal Supremo y, desde luego, de otras resoluciones judiciales, tanto de los Tribunales Superiores de Justicia, como de las Audiencias y de otros órganos jurisdiccionales cuyo interés doctrinal haga necesaria su recopilación». Recientemente, en enero de 2005, el Consejo General del Poder Judicial, consciente de la importancia del tema, ha adoptado, como más adelante comprobaremos, determinadas medidas encaminadas a dar una respuesta satisfactoria a la cuestión de la difusión de la jurisprudencia.

²⁶ En términos similares se pronuncian FERNANDO PABLO, M./RIVERO ORTEGA, R., *La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo. (Estudio sobre el Registro de sentencias previsto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 2001, pp. 128 y 129.

IV. DIFUSIÓN *ON LINE* DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES: UN SERVICIO PÚBLICO

El actual desarrollo de las nuevas tecnologías de la información hace posible el tratamiento informático de las resoluciones judiciales para su posterior inclusión en una base de datos que, mediante un sistema de consulta *on line*, ágil y sencillo, permita no sólo a los Jueces y Magistrados, sino también a los profesionales del Derecho, así como a cualquier ciudadano, conocer las sentencias que dictan los distintos órganos judiciales que integran el Poder Judicial (respetándose, en todo caso, la legislación sobre protección de datos de carácter personal)²⁷. La utilización de medios informáticos o telemáticos en la difusión de la jurisprudencia presenta, como señala el Consejo de Europa en su Recomendación de 11 de septiembre de 1995²⁸, indudables ventajas. Entre otras podemos citar las siguientes:

- Proporciona datos completos y actualizados sobre la jurisprudencia, facilitando el trabajo a las diversas profesiones jurídicas.
- Suministra información a cualquier persona que esté interesada en conocer la jurisprudencia sobre una determinada materia.
- Las nuevas resoluciones judiciales son difundidas y accesibles por los operadores jurídicos en un menor plazo de tiempo.
- Contribuye a la coherencia de la jurisprudencia, aumentando la seguridad jurídica.
- Permite al Legislador analizar la aplicación de las leyes.
- Facilita los estudios sobre la jurisprudencia.
- Proporciona informaciones con fines estadísticos.

El Consejo General del Poder Judicial es consciente de las ventajas que presenta la utilización de las nuevas tecnologías en la difusión de la jurisprudencia. Razón por la cual en los últimos tiempos se percibe una voluntad en el Consejo General del Poder Judicial, que se materializa a través de la *Sección de jurisprudencia*

²⁷ Sobre la protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Administración de Justicia, véase el trabajo de MURILLO DE LA CUEVA, P. L., «La protección de datos en la Administración de Justicia», *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Madrid, 2004, pp. 223 a 263.

²⁸ Recomendación núm. (95) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros *relativa a la selección, tratamiento, presentación y archivo de las resoluciones judiciales en los sistemas de documentación jurídica automatizados* (adoptada por el Comité de Ministros el 11 de septiembre de 1995, durante la 543.ª reunión de los Delegados de los Ministros) [<https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=538429&Lang=en>] (fecha de consulta: 18-1-2005)].

del *Centro de Documentación Judicial*, de proporcionar a los ciudadanos, de forma gratuita a través de internet, el acceso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (conforme a lo dispuesto en la Recomendación del Consejo de Europa de 28 de febrero de 2001²⁹ y en el plan de la Unión Europea denominado «eEurope 2005»³⁰). Se trata, sin duda, de una iniciativa loable que intenta dar una respuesta adecuada a la creciente demanda social de información por medio de las nuevas tecnologías.

Resultado de este impulso en el uso de las nuevas tecnologías de la información que está llevando a cabo el Consejo General del Poder Judicial, es la incorporación, desde enero de 2005, a la página *web* del Tribunal Supremo³¹ de una base de datos de jurisprudencia que puede calificarse como de alta calidad técnica³². Se trata de un servicio público cuyo acceso es gratuito para todos los ciudadanos a través de internet. La citada base de datos *on line* tiene siete campos de búsqueda de las resoluciones judiciales³³:

- Por *jurisdicción/sala*: civil, penal, contencioso-administrativo, social, militar, salas especiales.
- Por el *tipo de resolución*: sentencia o auto.
- Por la *fecha de la resolución*.

²⁹ Recomendación núm. (2001) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros *sobre los servicios de Tribunales y otras instituciones jurídicas proporcionados a los ciudadanos por las nuevas tecnologías* (Adoptada por el Comité de Ministros el 28 de febrero de 2001, durante la 743.^a reunión de los Delegados de los Ministros) [<https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=188899&Lang=en> (fecha de consulta: 18-1-2005)].

³⁰ «eEurope 2005: una sociedad de la información para todos», *Comunicación de la Comisión Europea al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (28-5-2002)* [http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2002/news_library/documents/eeurope2005/eeurope2005_es.pdf (fecha de consulta: 18-1-2005)].

Asimismo, la Comisión Europea en el documento titulado *La información del sector público: un recurso clave para Europa. Libro verde de la Comisión Europea sobre la información del sector público en la sociedad de la información de 1998* [ftp://ftp.cordis.lu/pub/econtent/docs/gp_es.pdf (fecha de consulta: 18-1-2005)] se muestra partidaria de utilizar las nuevas tecnologías para difundir entre los ciudadanos todo tipo de información de carácter público (legislación, jurisprudencia, información parlamentaria).

³¹ <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/ts/principal.htm> (fecha de consulta: 18-1-2005).

³² Con anterioridad a enero de 2005, la página *web* del Tribunal Supremo también contenía una base de datos de jurisprudencia, pero debido a sus características no resultaba muy útil a sus potenciales destinatarios, pues carecía de un campo de búsqueda de las sentencias por «texto libre»; esto es, las sentencias no se podían buscar por el tema tratado.

³³ Además en dicha base de datos existe un apartado especial con las 50 últimas resoluciones de cada jurisdicción (civil, penal, contencioso-administrativo, social, militar, salas especiales) que se han cargado en el sistema informático.

- Por el denominado *idCendoj* (se trata de un número identificativo que el *CENDOJ* asigna a cada resolución).
- Por el *número de recurso de casación*.
- Por el *nombre del ponente*.
- Por *texto libre*.

Sin duda, la creación de esta base de datos *on line* es una buena noticia, pero como todo proyecto que está dando sus primeros pasos es susceptible de mejora. Concretamente, en lo referente al contenido de la base de datos *on line*, creemos que ésta no debe limitarse a recoger las sentencias y los autos del Tribunal Supremo, sino que debe aspirar a recopilar las resoluciones de otros órganos judiciales [en este sentido, recuérdese que los Tribunales Superiores de Justicia, conforme a lo establecido en los arts. 73.1.a) LOPJ y 478 LEC, son los competentes para conocer de los recursos de casación sobre el Derecho civil foral o especial propio de su Comunidad Autónoma y que, por lo tanto, también crean jurisprudencia^{34]}³⁵.

A lo largo de este trabajo se ha criticado que hasta enero de 2005 la principal vía de difusión de las resoluciones judiciales en España se realizase a través de las editoriales jurídicas mediante la comercialización de sus productos y que no existiese un *servicio público de información jurisprudencial* equiparable al que existe

³⁴ En este sentido se pronuncian, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. I. Introducción y parte general*, 16.ª ed., Madrid, 2004, p. 130; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario del artículo 1 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil* (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) [Elcano (Navarra)], 2001, p. 25; BLASCO GASCÓ, F. de P., *La norma jurisprudencial. (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Valencia, 2000, pp. 42 a 45; ELIZALDE Y AYMERICH, P. de, «La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Posibilidad y límites», *ADC*, 1983, fascículo III, pp. 724 y 725; LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros), *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general*, volumen I, 3.ª ed. (revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría), Madrid, 2002, p. 174; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Comentario del artículo 1.6 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), tomo I, volumen 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1992, p. 384; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Problemática de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo», *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, 2001, pp. 397 y 398; y PAU PEDRÓN, A., «Estructura y fuentes del Derecho Civil español», *Cuadernos notariales*, núm. 11, Madrid, 1997, pp. 114 y 115.

Asimismo la sentencia del Tribunal Supremo (Sala tercera) de 7 de febrero de 2000 (ar. 1588; ponente Ramón Trillo Torres) afirma *obiter dicta* que los Tribunales Superiores de Justicia también crean jurisprudencia (FD segundo).

³⁵ Si el objeto de la base de datos *on line* en el futuro no se limita a recopilar las resoluciones del Tribunal Supremo, sino que se amplía a las resoluciones de otros órganos judiciales (Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales, Audiencia Nacional), la mencionada base de datos no debería alojarse en la *web* del Tribunal Supremo, sino que debería crearse una *web* específica para tal fin.

en otros países (por ejemplo, Argentina³⁶, Bélgica³⁷, Francia³⁸, Italia³⁹), cuya misión principal es la de difundir, por medio de las nuevas tecnologías de la información, de un modo paralelo a la publicidad de las leyes, las resoluciones judiciales para que los operadores jurídicos y los ciudadanos puedan conocer su contenido⁴⁰. La incorporación a la página *web* del Tribunal Supremo, en enero de 2005, de la mencionada base de datos de jurisprudencia *on line* constituye un importante avance para lograr el tan deseado y necesario *servicio público de información jurisprudencial*.

Pero ¿quién debe prestar el *servicio público de información jurisprudencial* a los ciudadanos en el actual marco jurídico-político? La respuesta a dicho interrogante se encuentra en el artículo 107.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴¹. Conforme a lo dispuesto en el citado precepto, el órgano competente para desarrollar el *servicio público de información jurisprudencial* es el Consejo General del Poder Judicial en coordinación con otros órganos del Estado [deberían participar en el desarrollo e impulso de este proyecto, entre otros, los siguientes órganos: *a*) la Subdirección General de las Nuevas Tecnologías de la Justicia, dependiente orgánicamente del Ministerio de Justicia⁴²; y *b*) la Comisión Nacional para la Cooperación entre las Administraciones Públicas

³⁶ <http://www.saij.jus.gov.ar/> (fecha de consulta: 18-1-2005).

³⁷ http://www.cass.be/pyramide_fr.php (fecha de consulta: 18-1-2005).

³⁸ <http://www.legifrance.gouv.fr/html/index2.html> (fecha de consulta: 18-1-2005).

³⁹ <http://www.italgiure.giustizia.it/> (fecha de consulta: 18-1-2005).

⁴⁰ En este mismo sentido se pronuncian FERNANDO PABLO, M./RIVERO ORTEGA, R., *La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo. (Estudio sobre el Registro de sentencias previsto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 2001, pp. 119 y 120, cuando afirman que «el poder público está obligado a organizar y costear con los medios del presupuesto un servicio público de información jurisprudencial de acceso libre y gratuito para todos los ciudadanos. Ahora bien, no puede asimilarse el régimen de acceso de los particulares que sólo pretenden consultar sentencias al de las editoriales jurídicas que quieren explotar la base de datos (...) con fines comerciales».

Por otra parte, es importante destacar que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales no son objeto de propiedad intelectual [art. 13 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril)].

⁴¹ Véase la nota núm. 18.

⁴² Conforme a lo establecido en el artículo 5.2.e) en relación con el artículo 5.1.l), ambos del Real Decreto 1475/2004, de 18 de junio, *por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia (BOE de 19 de junio)* [<http://www.boe.es/boe/dias/2004-06-19/pdfs/A22463-22470.pdf> (fecha de consulta: 18-1-2005)], corresponde a la citada Subdirección General «la planificación estratégica, la dirección y la ejecución de la modernización tecnológica de los juzgados y tribunales, del Ministerio Fiscal y de los Registros Civiles, así como la coordinación de las actuaciones en esta materia con otras Administraciones, órganos del Estado, corporaciones profesionales e instituciones públicas».

en el Campo de los Sistemas y Tecnologías de la Información (COAXI)⁴³, dependiente orgánicamente del Consejo Superior de informática y para el impulso de la Administración electrónica⁴⁴ adscrito al Ministerio de Administraciones Públicas⁴⁵. Otra posibilidad para desarrollar este *servicio público de información jurisprudencial* sería la creación por el Consejo General del Poder Judicial, en coordinación con el resto de las Administraciones Públicas competentes, de un organismo público (organismo autónomo o entidad pública empresarial)⁴⁶ que se encargase de prestar el citado servicio a los ciudadanos⁴⁷, sin perjuicio de que las editoriales jurídicas puedan seguir adquiriendo, mediante el abono de un precio público, el texto de las resoluciones judiciales con la finalidad de editar y comercializar sus productos sobre jurisprudencia⁴⁸.

La instauración del citado servicio público no sólo conllevaría el cumplimiento efectivo del principio de publicidad de la justicia contenido en el artículo 120 de la Constitución Española de 1978, sino que también contribuiría a que la jurisprudencia cumpliera, con plenas garantías, el papel de complementar el Ordenamiento jurídico que le encomienda el Legislador conforme a lo estableci-

⁴³ La Orden Ministerial de 19 de febrero de 1990 (BOE de 27 de febrero) [<http://www.csi.map.es/csi/pg3201.htm> (fecha de consulta: 18-1-2005)] establece entre las funciones de esta Comisión las de «identificar áreas prioritarias de aplicación de los sistemas y tecnologías de la información proponiéndolas como tales a las distintas Administraciones Públicas», así como la de «proponer a los órganos competentes de las distintas Administraciones las medidas oportunas para la creación de bases de datos de interés nacional».

⁴⁴ <http://www.csi.map.es/csi/pg2000.htm> (fecha de consulta: 18-1-2005).

⁴⁵ Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.5 del Real Decreto 1320/2004, de 28 de mayo, *por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Administraciones Públicas* (BOE de 29 de mayo) [<http://www.boe.es/boe/dias/2004-05-29/pdfs/A19927-19936.pdf> (fecha de consulta: 18-1-2005)].

⁴⁶ El régimen jurídico de estos organismos se regula en los artículos 41 a 65 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, *de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*.

⁴⁷ La creación de una sociedad mercantil estatal a la que se le encomendase la prestación del *servicio público de información jurisprudencial* también sería una opción viable [sobre el régimen jurídico de este tipo de sociedades, véase la disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, *de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado* (redacción dada por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)].

⁴⁸ A nuestro entender, a las editoriales privadas les corresponde ofrecer la información legal y jurisprudencial con unos valores añadidos (comentarios, resúmenes, sistematización por medio de tesauros, establecimiento de hipervínculos con otras sentencias, así como con la legislación citada en las sentencias) que faciliten la labor de los distintos operadores jurídicos. En este mismo sentido se pronuncian FERNANDO PABLO, M./RIVERO ORTEGA, R., *La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo. (Estudio sobre el Registro de sentencias previsto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 2001, p. 50.

do en el artículo 1.6 del Código civil. En definitiva, este *servicio público de información jurisprudencial* se concibe como una herramienta al servicio de la seguridad jurídica⁴⁹ y esto sólo se puede lograr si se facilita una información actualizada y completa de las resoluciones que dictan los principales órganos que integran el Poder Judicial⁵⁰. La nueva etapa de la *web* del Consejo General del Poder Judicial, iniciada en enero de 2005, nos indica que estamos en la dirección correcta; sólo resta que esta loable iniciativa perdure en el tiempo y reciba el impulso necesario de las instituciones competentes para lograr el perfeccionamiento del *servicio público de información jurisprudencial* que está dando sus primeros pasos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil. I. Introducción y parte general*, 16.^a ed., Madrid, 2004.
- ASÍS ROIG, R. de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, 1995.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario del artículo 1 del Código civil», *Comentarios al Código civil* (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) [Elcano (Navarra)], 2001, pp. 21 a 25.
- BLANQUER CRIADO, D.: «Comentario de los artículos 100 y 101 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998* (edición especial del núm. 100 de la *Revista Española de Derecho Administrativo*), Madrid, 1999, pp. 694 a 703.
- BLASCO GASCÓ, F. de P.: *La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Valencia, 2000.
- CASTRO Y BRAVO, F. de: *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, 1949 (edición facsímil, Madrid, 1984).

⁴⁹ Recuérdese que el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978 garantiza la seguridad jurídica y que la existencia de información oficial sobre las normas, así como de la jurisprudencia que las interpreta es un factor de primer orden para alcanzar un correcto grado de seguridad jurídica [en términos similares se pronuncian FERNANDO PABLO, M./RIVERO ORTEGA, R., *La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo. (Estudio sobre el Registro de sentencias previsto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 2001, p. 154].

Sobre el principio de seguridad jurídica, véase PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, 2.^a ed., Barcelona, 1994.

⁵⁰ El *servicio público de información jurisprudencial* cuya instauración se demanda en este trabajo sería acorde con la Recomendación núm. (2001) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros *sobre los servicios de Tribunales y otras instituciones jurídicas proporcionados a los ciudadanos por las nuevas tecnologías* (Adoptada por el Comité de Ministros el 28 de febrero de 2001, durante la 743.^a reunión de los Delegados de los Ministros) [<https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=188899&Lang=en> (fecha de consulta: 18-1-2005)].

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «Comentario de los artículos 490 a 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Andrés de la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo Giménez, Jaime Vega Torres y Julio Banacloche Palao), Madrid, 2001, pp. 846 a 850.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: «Comentario del artículo 1.6 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Código civil. El Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, 1977, pp. 132 a 137.
- : «La Doctrina de las Fuentes del Derecho», *ADC*, 1984, fascículo IV, pp. 933 a 952.
- ELIZALDE Y AYMERICH, P. de: «La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Posibilidad y límites», *ADC*, 1983, fascículo III, pp. 703 a 745.
- FERNANDO PABLO, M./RIVERO ORTEGA, R.: *La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo (Estudio sobre el Registro de sentencias previsto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Prólogo al libro «La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo (Estudio sobre el Registro de sentencias previsto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 29/1998, de 13 de julio)» de Marcos Fernando Pablo y Ricardo Rivero Ortega*, Madrid, 2001.
- GORDILLO CAÑAS, A.: *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho*, Madrid, 1990.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario del artículo 1 del Código civil», *Comentario del Código civil* (coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), tomo I, Barcelona, 2000, pp. 339 a 363.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros): *Elementos de Derecho civil. I. Parte general*, volumen I, 3.^a ed. (revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría), Madrid, 2002.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: «Comentario del artículo 1.6 del Código civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), tomo I, volumen 1.^o, 2.^a ed., Madrid, 1992, pp. 352 a 406.
- MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: «La protección de datos en la Administración de Justicia», *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Madrid, 2004, pp. 223 a 263.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: «Problemática de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo», *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, 2001, pp. 383 a 409.
- : «Comentario del artículo 1 del Código civil», *Código civil comentado con jurisprudencia*, 3.^a ed. [Las Rozas (Madrid)], 2003, pp. 3 a 14.
- OLIVA SANTOS, A. de la: «La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código civil», *ADC*, 1975, fascículo II, pp. 437 a 458.
- OTTO PARDO, I. de: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2.^a ed., Barcelona, 1988.
- PAU PEDRÓN, A.: «Estructura y fuentes del Derecho civil español», *Cuadernos notariales*, núm. 11, Madrid, 1997.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *La seguridad jurídica*, 2.^a ed., Barcelona, 1994.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «La jurisprudencia», *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código civil*, Barcelona, 1976, pp. 77 a 100.
- RODRÍGUEZ DEL BARCO, J.: «La jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo Título Preliminar del Código civil aprobado por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo», *RDP*, diciembre de 1975, pp. 993 a 1005.

- RODRÍGUEZ MERINO, A.: «Comentario del artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinador Vicente Guilarte Gutiérrez), tomo I, Valladolid, 2000, pp. 1394 a 1399.
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Unidad de jurisprudencia, igualdad y seguridad jurídica», *AAMN*, 1999, tomo XXXVIII, pp. 389 a 413.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R.: *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Valencia, 2000.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Comentario del artículo 1728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinador Valentín Cortés Domínguez), Madrid, 1985, pp. 946 a 947.
- ZULETA PUCEIRO, E.: «Jurisprudencia y fuentes del Derecho», *Estudios sobre el Título Preliminar del Código civil*, tomo I, Madrid, 1997, pp. 125 a 150.

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Presentación

La Unión Europea tiene un impacto cada vez mayor sobre el Derecho privado y es por tanto difícil mantenerse indiferente a su influencia. El objeto de esta crónica es, precisamente, llamar la atención sobre este fenómeno creciente de europeización del Derecho privado, presentando las iniciativas más sobresalientes en este terreno. Ahora bien, lejos de presentarse como un foro de carácter doctrinal en el que puedan exponerse los resultados científicos de investigaciones concretas, la crónica sólo pretende, de momento, ofrecer información al lector que quiera formarse una idea actualizada de los pasos que se están dando en la evolución del Derecho privado europeo. Lo que deba entenderse por «privado» no plantea especiales problemas, puesto que su definición y la consiguiente distinción con el Derecho «público» es algo que se mantiene en el ámbito de los derechos internos en los que tal distinción exista (apenas en los países de *Common Law*, ALLISON, J. W. F.: *A continental distinction in the Common Law. A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford, 2000). Como ejemplo, baste señalar que el artículo 295 TCE no prejuzga el sistema de atribución de la propiedad (tampoco ahora el art. III, 425 Tratado por el que se establece una Constitución europea), lo cual refuerza la idea de que lo que deba pertenecer al sector público y al sector privado es una decisión que pertenece a los Estados miembros [ZULEEG, Manfred: «Öffentliches Recht und Privatrecht in der Rechtsordnung der Europäischen Union» (2001) *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (= ZEuP) 533-547]. Todo ello sin ánimo de entrar ahora a discutir la propugnada por algunos falta de utilidad de la distinción (HESSELINK, Martijn: «The Structure of the New European Private Law», 6.4 (2002) *Electronic Journal of Comparative Law*, <http://www.ejcl.org/64/art642.html>, 8-10).

En cuanto a la expresión «europeo», se pretende que ésta sea lo más amplia posible, de tal manera que califique tanto a las fuentes legislativas comunitarias, esto es, el Derecho primario y secundario, como a los convenios internacionales, el *soft law*, la jurisprudencia del TJCE y la actividad que viene desarrollando la doctrina, organizada en grupos internacionales que hoy trabajan en muy distintos ámbitos y con metodología diversa.

Una visión completa de ese desarrollo exige, pues, explicar aunque sólo sea de forma muy sucinta, cuál es el estado de la cuestión en otros países vecinos. Por eso, junto a la contribución española, que debe enmarcarse en los Proyectos BJU 2002-02356 (Ministerio de Ciencia y Tecnología) y 2001 SGR 00022 (Generalitat de Catalunya), que desde la Universidad de Barcelona dirige el profesor Dr. Ferran Badosa Coll, y el Proyecto BJU 2002-02356, del cual es responsable el profesor Antonio-Manuel Morales Moreno, de la Universidad Autónoma de Madrid, la crónica se nutre también de las aportaciones de otros juristas procedentes de otros países de la Unión Europea, algunos de los cuales trabajan en el seno del Proyecto «Uniform Terminology for European Private Law», que se desarrolla en el marco del

Programa IHP (*Improving Human Potential*) impulsado por la Comisión europea (Contract número HPRN-CT-2002-00229), en las Universidades de Barcelona, Lyon III, Münster, Nijmegen, Oxford, Turín y Warsaw. Sus contribuciones, escritas originariamente en las respectivas lenguas maternas, han sido traducidas por Esther Arroyo i Amayuelas.

Desde luego, la limitación geográfica no proporciona una visión global y mucho menos exhaustiva de la evolución e impacto en todos los ordenamientos jurídicos europeos del Derecho privado comunitario, pero la exposición de algunos de ellos supone por lo menos un pequeño comienzo. Porque de comenzar se trata. En esta crónica que ahora se inaugura, los aspectos básicos que se han querido tener en cuenta son: breves comentarios de legislación y/o jurisprudencia, informaciones que llegan desde Bruselas, recensiones jurídicas, noticias bibliográficas y vida jurídica en general, lo que incluye dejar constancia de la actualidad de seminarios, jornadas o congresos dedicados a la materia. La periodicidad está pensada inicialmente cada seis meses.

Esta primera crónica se cierra en el mes de noviembre de 2004 y tiene un cierto carácter excepcional porque, tanto en lo que se refiere a novedades bibliográficas, legislativas (transposición de Directivas) y jurisprudenciales (jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos, jurisprudencia española sobre Derecho comunitario y leyes de transposición de Directivas), pretende hacer un pequeño estado de la cuestión que exige retrotraerse hasta, en algunos casos, el año 2002, para, así, proporcionar una visión más completa y coherente. Se prescinde, sin embargo, de la mayor parte de jurisprudencia y legislación comunitaria pronunciada y promulgada, respectivamente, a lo largo del primer semestre del año porque la profesora Dra. Marta Requejo Isidro, de la Universidad de Santiago de Compostela, ya ha hecho una relación exhaustiva en un número anterior de esta revista.

Las fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión europea, el TJCE, el Consejo de Europa, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el *Diario Oficial de la Unión Europea*, el Boletín que elabora el Centro de Documentación Europea de Verona y el mismo del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al *Boletín* de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, al Programa del *Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law and Justice* de la *NYU School of Law*, entre otros.

Esther ARROYO I AMAYUELAS

El proceso de armonización legislativa en materia civil (Derecho sustantivo): un balance que tiene como protagonista al Derecho contractual

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

Son conocidas las tres resoluciones del Parlamento Europeo de 1989, 1994 y 2001 sugiriendo la necesidad de la codificación del Derecho privado. También lo es la conclusión del Consejo Europeo en Tampere, en 1999, según la cual debía realizarse un estudio global sobre la posibilidad de aproximar las legislaciones en materia civil. Y no menos comentada ha sido la consulta de la Comisión Europea de 11 de julio de 2001, acerca de cuál debía ser la mejor estrategia a seguir en el desarrollo del Derecho contractual europeo. En su respuesta, el Parlamento Europeo, en la ya citada resolución de 2001, tras alabar los fines prácticos y económicos de la armonización, dirigió una petición a la Comisión para que, tras una profunda consulta científica, elaborase un Plan de Acción en el proceso de armonización del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros. Abogaba también por la creación de un cuerpo uniforme de reglas de Derecho patrimonial que fuera más allá del Derecho contractual. E, igual que la mayoría de personas que enviaron respuesta a la consulta formulada por la Comisión, el Parlamento sugirió un periodo de estudio y reflexión previo a la adopción de cualquier medida o instrumento comunitario vinculante que pasaba por la realización de un programa muy detallado de medidas y la observancia de un calendario muy preciso de los plazos en que éstas debían adoptarse.

El Consejo Europeo reconoció la bondad de tal planteamiento y añadió, además, la necesidad de unificar el Derecho de familia (<http://register.consilium.eu.int/df/fr/01/st12/12735fl.pdf>).

Tiempo después, el Consejo económico y Social publicó su Dictamen [COM (2001) 398 fin.] (DOCE C 241, de 07.10.2002). Se trata de un texto muy detallado, cuyos aspectos innovadores, en relación con los planteamientos de la Comisión, se podrían resumir en las siguientes ideas: por un

lado, la necesidad de contar con la situación jurídica de los países próximos a adherirse a la Unión Europea (pars. 1.1.4, 2.1.4) y, por otro, el respeto tanto a la tradición jurídica nacional (par. 2.1.2) –lo cual desaconseja la uniformidad–, como al orden público económico europeo (pars. 2.1.5, 3.3, 3.3.1) –lo cual implica asumir las prácticas y contratos tipos utilizados en el comercio extra e intra comunitario–. Se añade la conveniencia de conceder competencias a los jueces nacionales para resolver los conflictos relativos a los contratos transfronterizos en base a un Derecho contractual europeo (par. 3.3.1) y se hace patente la preferencia por el Reglamento (de aplicación opcional) elaborado de acuerdo con las prácticas internacionales vigentes y los estudios de Derecho comparado (par. 3.5). Finalmente, el Dictamen está de acuerdo en la exclusión del Derecho de familia como materia armonizable, pero recomienda la inclusión de los contratos de trabajo transfronterizos (par. 3.12).

De momento, sirvan esos datos tan sólo para indicar hasta qué punto existe voluntad política de llevar a cabo el proceso. El Plan de Acción sugerido por el Parlamento fue efectivamente llevado a cabo por la Comisión europea, con fecha 12 de febrero de 2003. En él se aborda la mejor manera de actuar en la refacción y desarrollo del acervo comunitario y se intenta obtener conclusiones del debate iniciado por la propia Comisión en julio de 2001.

Una vez detectados y expuestos los problemas y las consecuencias negativas para el mercado que los mismos suponen (epígrafe 3), la Comisión lanza algunas propuestas. Se incide en tres cuestiones básicas, retomando y asumiendo en gran parte los resultados de la anterior consulta:

1) En primer lugar, se debe aumentar la calidad y coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual y ello exige elaborar un «marco común de referencia» que establezca una terminología uniforme, una adaptación de las normas al contexto actual, y un contenido homogéneo (epígrafe 4.1). Se pretende reformar la actual legislación y obtener una más coherente en el futuro y, si es posible, elaborar principios generalizables a todo el ámbito contractual. Se detectan distorsiones en la definición del concepto de «daño» (con distinto alcance en las distintas Directivas que lo utilizan) o en la definición de «soporte duradero» (que sólo recientemente define la Directiva 2002/65, sobre servicios financieros a distancia) (epígrafe 3.1, núms. 20, 21).

2) Otra idea de la Comisión es la de promover la elaboración de cláusulas-tipo contractuales a nivel comunitario para evitar costes de negociación y facilitar el conocimiento del Derecho aplicable a la relación contractual. A tal efecto, se incita al intercambio de información sobre las prácticas que ya se están llevando a cabo en los Estados miembros y, para facilitarlos, se crea una página web. Se advierte, en todo caso, que las cláusulas y condiciones tipos que resulten –y en las que deben estar implicados tanto las empresas (pequeñas, medianas y grandes) como los consumidores y otros agentes prácticos– no deben ir en contra de la legislación comunitaria ni las políticas de la UE, especialmente en materia contractual y de la competencia (epígrafe 4.2).

3) Otro aspecto importante del Plan –el más importante (epígrafe 4.3)– enlaza con la primera de las opciones propuestas (*vid.* núm. 95) y tiene que ver con la idea de que hoy aún no es posible la promulgación inmediata de un código uniforme en todos los Estados. La tercera propuesta de la Comisión supone un salto cualitativo en relación con la que se acaba de exponer, aunque sólo sea porque ésta posee un alcance general de la que aquélla carece.

Así, se propone la elaboración de un instrumento que contenga reglas contractuales convenientemente adaptadas a los contratos transfronterizos en el mercado interior al que, definitivamente, se aspira. Ocurre, sin embargo, que todavía falta determinar cuál deber ser el grado de vinculación. De momento la Comisión se refiere a él designándolo como «instrumento opcional» (núms. 90, 92, 95) en las relaciones entre particulares –con posibilidad de extenderse a las relaciones transfronterizas entre empresas (núm. 96). En esta misma línea, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, en su Propuesta de Resolución al Parlamento Europeo, lamentaba «que no se hayan tomado oportunamente medidas destinadas a elaborar instrumentos facultativos en determinados sectores, como las transacciones de consumo y los seguros, en los que la obtención de beneficios substanciales podría contribuir tanto al correcto funcionamiento del mercado interior como al aumento de los intercambios comerciales intracomunitarios, y considera que la diligencia en estos ámbitos contribuiría a estimular y desarrollar globalmente el proceso del Plan de Acción» (par. 11; pars. 14-15). La opción por la que se decanta especialmente el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Comunicación de la Comisión es el Reglamento (par. 3.5), pero también de aplicación opcional (par. 3.6).

En ese caso, parece que se trata de un modelo *opt in*, es decir, son las partes quienes lo escogen libremente y, supuesto que el mismo deberá contener determinadas reglas imperativas (de protección del consumidor) y, por eso mismo, vinculantes, los contratantes tendrán incluso la posibilidad de dejar de aplicar el Derecho nacional contrario aunque éste tenga también carácter imperativo (par. 94). Todavía está pendiente de decidir si el nuevo «instrumento» deberá cubrir íntegramente el ámbito de aplicación del «marco común de referencia», o bien sólo una parte, o si se referirá a las disposiciones generales del contrato o sólo a algunos contratos en particular (núm. 95).

Las contribuciones del público al debate propuesto por la Comisión fueron enviadas a la misma antes de finalizar el mes de mayo de 2003 y desde finales de ese mismo año son consultables en Internet (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders_en.htm). Desde el punto de vista institucional, el Parlamento Europeo, en una reciente propuesta de resolución, no se muestra muy contento con la lentitud con la que opera la Comisión (Doc. PE 332-536 Final A5.0256/2003; RR/503582ES.doc), la amonesta por no haber llevado a cabo una base de datos terminológica, tal como él mismo había sugerido con anterioridad –añadiendo que la creación de una página web no es adecuada al efecto (par. 7)–, y le urge a completar antes de finales del año 2006 su «marco común de referencia» y a proceder diligentemente a su aplicación (par. 12), así como a comprimir el resto de actividades en los próximos 5 o 6 años (hasta 2008/2009) (par. 3). Además, critica severamente que el Plan se circunscriba al Derecho contractual y, por tanto, que no se corresponda, en muchos aspectos, con las exigencias que, en su día, él mismo formuló.

El informe no es menos crítico con lo que considera omisión de la definición del «cuerpo normativo» al que se refiere la Comisión cuando alude al «conjunto de normas que establezca la legislación aplicable a cada contrato y resulte vinculante u opcional para las partes contratantes». En cuanto a las cláusulas tipo, las considera simplemente un paso intermedio para otra medida posterior a largo plazo y, en cualquier caso, sólo indirectamente beneficiosas para la unificación. Con vistas a las próximas medidas que deberían to-

marse, añade la necesidad de consultar a todos los usuarios del Derecho y, especialmente, a los prácticos (par. 13), sobre la conveniencia de elaborar un instrumento facultativo para los contratos de seguro y de consumo, «de forma que se tenga en cuenta un elevado grado de protección de los consumidores y la inclusión de las disposiciones obligatorias pertinentes» (par. 14). En general, está de acuerdo con la elaboración de un cuerpo legislativo que debería ser optativo inicialmente y, a largo plazo, debería preverse como vinculante (par. 15). Finalmente, también apunta la posibilidad de crear un sistema arbitral de resolución de litigios en el que se aplique el «marco común de referencia» (par. 16) porque, de esta forma –se afirma–, éste quedaría sometido a examen de la práctica.

Según la Comunicación de la Comisión europea de 11 de julio de 2001 (COM [2001] 398 def.; DOCE C 255, de 13.9.2001; núm. 13) y, recientemente, el Plan de 12 de febrero de 2003 (COM [2003] 68 def.; DOCE C 63, de 15.3.2003), son objetivos de la armonización: «[...] esencialmente, el Derecho contractual, sobre todo los tipos de contratos transfronterizos afectados, como los contratos de compraventa y los contratos de servicios; [...] las normas generales en materia de conclusión, validez, interpretación de los contratos, así como las relativas a la ejecución, el incumplimiento y las vías de recurso, y las normas en materia de garantía de crédito relativas a los bienes muebles y el Derecho sobre enriquecimiento indebido» [núm. 63.b)]. Aunque, sin embargo, se admite que «el contenido detallado del marco común de referencia se establecerá sobre la base de las investigaciones y las contribuciones de los operadores económicos [...]» [núm. 63 b)].

El contenido específico del Plan de Acción es aparentemente limitado al Derecho contractual. Sin embargo, siguiendo las recomendaciones del Parlamento Europeo, la Comisión ha encargado una investigación sobre los puntos de intersección entre, por un lado, el Derecho contractual y la responsabilidad civil extracontractual y, por el otro, el Derecho de contratos y el Derecho de propiedad [la convocatoria en 2002/DO S 154-122573, de 9.8.2002, referenciada en el Plan de Acción, par. 63.b), nota 41], que el mes de julio se dio a conocer a través de Internet (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf) y cuya autoría corresponde a los profesores Von Bar y Drobnig, en colaboración con otras personas y, entre ellas, miembros del «Study Group on a European Civil Code» con sede en la Universidad de Osnabrück (<http://www.european-legal-studies.org/>) [vid. *infra* reseña crítica del estudio, publicado ya por la editorial alemana (Munich) Sellier, a cargo de Sergio Cámara Lapuente].

En fecha 10 de octubre de 2003 la Resolución del Consejo sobre «Un Derecho contractual europeo más coherente» (DOCE C 246, de 14.10.2003, 1) aprobó sin reservas el Plan de Acción de la Comisión Europea, pero recomendaba crear en todo caso un foro de debate para que todos los interesados puedan participar en la creación del «marco común de referencia» que, amén de respetar el principio de subsidiariedad, también debería respetar las culturas jurídicas de los Estados miembros (epígrafes III, 2 y V).

Desde luego, todo este impulso político viene refrendado con un importante apoyo económico institucional pero, sobre todo, con la buena acogida científica que el proyecto de armonización está teniendo. El propio Plan de Acción anuncia la creación de una acción especial dentro del VI Programa-marco [pars. 63.b) y 68] (DOCE L 232, de 29.08.2002). Además, entre otros muchos, es de señalar, especialmente, el Proyecto «Network Im-

proving the Human Reserch Potential on Uniform Terminology for European Private Law» (<http://www.acquis-group.org/links.html>) y el recientemente creado Grupo «*Acquis Communautaire*» (http://www.acquis-group.org/documents._html), cuyo surgimiento pone sobre la pista de algo que la Comisión no da a entender al aludir a la elaboración de un «marco común de referencia», puesto que no especifica si éste debe tomar por base la legislación comunitaria –opción que justificaría la existencia del Grupo «*Acquis*»– o bien si también debe tomar en consideración otras propuestas. La insistencia con la que todos los documentos acabados de referir aluden al respeto a la tradición jurídica nacional de los Estados miembros hace pensar esto último. Y, por lo tanto, se supone que también deberán ser tenidas en cuenta las propuestas del *soft law* (sobre todo, Principios Lando, Principios Unidroit), aunque, como es sabido, no siempre éstos y la legislación comunitaria parten de las mismas premisas.

Desde junio de 2003, el Plan de Acción de la Comisión ha sido objeto de debate en varios workshops o talleres, cuyos objetivos y resultados pueden leerse en (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/events.en.htm). Como continuación a las medidas puestas en funcionamiento a raíz del citado Plan y con la finalidad de incorporar datos prácticos en las tareas de investigación, la Comisión ha realizado recientemente una convocatoria de manifestaciones de interés con vistas a crear una red de expertos sobre el marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo (CFR-net) (DOUE S 148, de 31 de julio de 2004. Doc. 127525) para participar, con carácter permanente, en los trabajos preparatorios del «cuadro común de referencia» (punto número 1 del Plan de Acción de 2003). Se trata de elaborar un manual con las mejores soluciones en el Derecho europeo de contratos, que deberá contener principios, definiciones y normas modelo (más información, (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_en.htm)).

Finalmente, el pasado 11 de octubre de 2004, la Comisión acaba de lanzar una nueva comunicación [COM (2004) 651 final]: «*Droit européen des contrats et revision de l'acquis: la voie à suivre*», en la que plantea en concreto las medidas que permitirán hacer realidad las propuestas evaluadas. De momento, avisa que no pretende proponer un CC europeo que armonice los derechos existentes en los Estados miembros y estima necesario continuar contemplando la posibilidad de un instrumento que tenga carácter opcional, cuya elaboración correría paralela a la mejora del *acquis communautaire* y la realización del «cuadro (terminológico y jurídico) común de referencia», cuyo plan de desarrollo explica, y cuya adopción está prevista para el año 2009. Además, describe las actividades programadas para la promoción de cláusulas contractuales tipo.

En la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo en el que se hacía balance del programa de Tampere y se perfilaban nuevas orientaciones respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia [COM (2004) 401 final, Bruselas, 2.06.1004], todas las iniciativas llevadas a cabo hasta la fecha quedaban confirmadas (epígrafe 2.7) aunque, desde luego, la finalidad de armonizar el Derecho sustantivo se declaraba coexistente con otras que potencian el reconocimiento mutuo en ámbitos en los que todavía no existen normas comunitarias (por ejemplo, consecuencias patrimoniales de la separación de parejas, casadas o no, sucesiones y testamentos). A la larga se plantea incluso la posibilidad de facilitar el reconocimiento mutuo en ám-

bitos como el estatuto civil de las personas, las relaciones familiares o civiles entre personas físicas (asociaciones) o la filiación. El Consejo de Europa de Bruselas (17 y 18 de junio de 2004) ha acogido favorablemente el informe (*vid.* conclusions de la Presidencia (http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/81750.pdf). Y el nuevo Tratado por el que se instituye una nueva Constitución para Europa, recientemente aprobado (versión consolidada del texto, en español, de 6 de agosto de 2004, en (http://ue.eu.int/cms3_applications/Applications/igc/doc_register.asp?lan=ES&cmsid=576) garantiza el principio de reconocimiento mutuo, con especial referencia a las medidas relativas al Derecho de familia (III-257, 4, III-269), aunque mantiene la necesidad de mantener el correcto funcionamiento del mercado interior (III-130, 1) y un elevado nivel de protección a los consumidores (III, 130, 173, 3, 235), que, como se sabe, son los elementos básicos sobre los que hasta ahora se ha hecho pivotar el desarrollo del Derecho privado (sustantivo) en la UE.

Rapports nacionales de Derecho privado europeo,
comparado y comunitario (2002-2004)

ALEMANIA

Martin Ebers, Universidad de Münster¹

Bibliografía (2003-2004)

(Incluye referencias a Suiza y Austria)

I. DERECHO COMUNITARIO

1. **Derecho Primario**

GEBAUER, Jochen: *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, Berlin, Duncker & Humblodt, 2004.

VON DER GROEBEN, Hans; SCHWARZE, Jürgen: *Vertrag zur Europäischen Union. Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Kommentar*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003⁶.

HAFERKAMP, Ute: *Die Kapitalverkehrsfreiheit im System der Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, Baden-Baden, Nomos, 2003.

JARASS, Hans D.; BELJIN, Saša: *Casebook Grundlagen des EG-Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2003.

REMIEN, Oliver: *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

2. **Derecho secundario**

a) *En general*

RIEDL, Kristina: *Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa. Wissenschaftliche Initiativen im Prozess der Privatrechtseuropäisierung*, Baden-Baden, Nomos, 2004.

¹ Doctor en Derecho y *wissenschaftlicher Assistent* en el *Institut für Internationales Wirtschaftsrecht* en la *Westfälischen Wilhelms-Universität* de Münster. La contribución forma parte del Proyecto «Uniform Terminology for European Private Law», que se desarrolla en el marco del Programa IHP (*Improving Human Potential*) impulsado por la Comisión europea (Contract núm. HPRN-CT-2002-00229) y en el que participan las Universidades de Barcelona, Lyon II, Münster, Njmegen, Oxford, Torino y Warsaw.

RIESENHUBER, Karl: *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin, De Gruyter, 2003.

SCHULZE, Reiner; AJANI, Gianmaria (eds.): *Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts – Common Principles of European Private Law. Studien eines Forschungnetzwerks*, Baden-Baden, Nomos, 2003.

WURMNEST, Wolfgang: *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts. Einnerechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

ZIMMERMANN, Reinhard (ed.): *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2003.

b) *Derecho del consumo*

HEIDERHOFF, Bettina: *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts, insbesondere zur Reichweite europäischer Auslegung*, München, Sellier (ed.), 2004.

HERKENRATH, Klaus: *Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, dem Vereinigten Königreich, Frankreich und Italien. Auswirkungen nationaler Umsetzungstechniken auf den Harmonisierungserfolg*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003.

KAMMERER, Christoph: *Harmonisierung des Verbraucherrechts in Europa. Das verbraucherschützende Widerrufsrecht der §§ 355 ff. BGB im Lichte der europarechtlichen Vorgaben und im Vergleich zum Code de la consommation*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2004.

LANGER, Dirk: *Verträge mit Privatkunden im Internet. Anbahnung, Abschluss und Abwicklung grenzüberschreitender Konsumentenverträge nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaft, der Schweiz und Deutschlands*, Zürich/Basel/Genf/Köln/Wien, 2003.

LEITL, Tobias: *Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa*, München, C.H. Beck, 2004.

MORGENROTH, Sascha J.: *Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Spanien und Deutschland*, Frankfurt am Main, Lang, 2003.

REICH, Norbert; MICKLITZ, Hans-W.: *Europäisches Verbraucherrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2003⁴.

RÖSLER, Hannes: *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, München, C.H. Beck, 2004.

SCHERMAIER, Martin Josef (ed.): *Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, München, Sellier, 2003.

THOLE, Anne: *Das europäische verbraucherschützende Widerrufsrecht in §§ 355, 357 BGB. Hintergrund, Rechtswirkungen und Rechtsnatur in vergleichender Betrachtung des französischen und österreichischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2004.

TILLMANN, Irene: *Die Klauselrichtlinie 93/13/EWG auf der Schnittstelle zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht*, München, C.H. Beck, 2003.

VON MOLTKE, Ludwig: *Kollektiver Rechtsschutz der Verbraucherinteressen: Analyse effektiver Rechtsdurchsetzung im deutsch-englischen Rechtsvergleich*, München, C.H. Beck, 2003.

En el apartado «Recensiones» (*infra*), *vid.* notas críticas a los libros de Gebauer, Herkenrath y Kammerer.

c) *Derecho de sociedades*

GRUNDMANN, Stefan: *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, C.F., Müller, 2004.

LIND, Michael: *Die Europäische Aktiengesellschaft: Eine Analyse der Rechtsanwendungsvorschriften*, Wien, 2004.

SCHULZE, Reiner (ed.): *Handbuch zur Europäischen Genossenschaft (SCE)*, Baden-Baden, Nomos, 2004.

II. DERECHO UNIFORME Y DERECHO COMPARADO

BAUMANN, Antje: *Regeln der Auslegung internationaler Handelsgeschäfte. Eine vergleichende Untersuchung der UNIDROIT Principles, der Principles of European Contract Law, des Uniform Commercial Code und des deutschen Rechts*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2004.

GRUBER, Urs P.: *Methoden des internationalen Einheitsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

LUIG, Eva: *Der internationale Vertragsschluss. Ein Vergleich von UN-Kaufrecht, UNIDROIT-Principles und Principles of European Contract Law*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 2003.

SANDROCK, Andrea: *Vertragswidrigkeit der Sachleistung. Eine Untersuchung zum europäischen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

III. DERECHO NACIONAL

DAUNER-LIEB, Barbara/Konzen, HORST/SCHMIDT, Karsten (Hrsg.): *Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente – Brennpunkte – Ausblick*, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns Verlag, 2003.

REHM, Gebhard M.: *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht*, München, C.H. Beck, 2003.

KALSS, Susanne, *Anlegerinteressen, Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag. Verband und Markt*, Springer Verlag, 2001.

Legislación

Las siguientes tablas proporcionan una visión de los párrafos del BGB cuya redacción responde a la incorporación de Directivas europeas y que el legislador alemán ha dado a conocer como normas de transformación (del Derecho comunitario), merced a la orden del deber de cita de la normativa europea en las leyes nacionales de transposición (*Zitiergebot*)².

BGB	Directivas europeas
Libro 1. <i>Disposiciones generales</i> Sección 1. Personas naturales, consumidor, empresario	
§ 13: Consumidor § 14: Empresario	Directiva 85/577/CEE Directiva 87/102/CEE, modificada por la Directiva 98/7/EF Directiva 93/13/EWG Directiva 94/47/CE Directiva 97/7/CE Directiva 1999/44/CE Directiva 2002/65/CE
Libro 2. <i>Derecho de las relaciones obligatorias</i> Sección 1. Contenido de las relaciones obligatorias Título 1. Deber de prestación	
§ 241a: Prestaciones no solicitadas	Directiva 97/7/CE Directiva 2002/65/CE
§ 247: Tipo de interés básico	Directiva 2000/35/CE
§ 275: Exclusión del deber de prestación	Directiva 1999/44/CE
§ 286: Mora del deudor § 288: Intereses de demora	Directiva 2000/35/CE
Sección 2. Configuración de relaciones obligatorias negociales mediante condiciones generales (§§ 305-310)	Directiva 93/13/CEE
Sección 3. Relaciones obligatorias contractuales Título 1. Establecimiento, contenido y terminación	

² Que el legislador debe hacer notar en las leyes de transposición el origen comunitario de la norma es algo que deriva del artículo 10 (2) (1), Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas; artículo 12 (1) (3), Directiva 94/47, sobre tiempo compartido, artículo 15 (2) (1), Directiva 97/7, sobre negocios a distancia; artículo 22 (2) (1), Directiva 2000/31, sobre comercio electrónico; artículo 11 (1) (3), Directiva 1999/44, sobre garantías en la venta de bienes de consumo, y artículo 6 (1) (3), Directiva 2000/35, sobre la morosidad. *Vid.* STAUDINGER, Ansgar, en SCHULZE, Reiner; SCHULTE-NÖLKE, Hans (dirs.): *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, pp. 295, 307 ss.

BGB	Directivas europeas
Subtítulo 2. Formas especiales de distribución (§§ 312-312f)	Directiva 85/577/CEE Directiva 97/7/CE Directiva 2000/31/CE Directiva 2002/65/CE
Título 2. Contrato bilateral	
§ 323: Resolución por incumplimiento de la prestación o por falta de cumplimiento según contrato § 326: Contraprestación en caso de exclusión del deber de prestación	Directiva 1999/44/CE
Título 5. Resolución; derecho de revocación y de restitución en contratos de consumo	
Subtítulo 1. Resolución (§§ 346-354)	Directiva 1999/44/CE
Subtítulo 2. Derecho de revocación y de restitución en contratos de consumo (§§ 355-359)	Directiva 85/577/CEE Directiva 94/47/CE Directiva 97/7/CE Directiva 2002/65/CE
Sección 8. Relaciones obligatorias especiales	
Título 2. Contrato de vivienda a tiempo compartido (§§ 481-487)	Directiva 1994/47/CE
Título 3. Contrato de crédito; ayudas financieras y contratos de entregas periódicas entre un empresario y un consumidor (§§ 488-507)	Directiva 87/102/CEE, modificada por la Directiva 98/7/CE
Título 8. Contrato de servicios (§§ 611-630)	Directiva 76/207/CEE Directiva 77/187/CEE, reemplazada por la Directiva 2001/23/CE
Título 9. Contrato de obra y contratos análogos Subtítulo 1. Contrato de obra	
§ 651: Aplicación de la compraventa	Directiva 1999/44/CE
Subtítulo 2. Contrato de viaje (§§ 651a-651m)	Directiva 1990/314/CEE
Título 12. Mandato y contrato de gestión de negocios	
Subtítulo 2. Contrato de gestión de negocios (§§ 675-676g)	Directiva 97/5/CE Directiva 98/26/CE
§ 676h: Abuso de tarjetas de crédito	Directiva 1997/7/CE Directiva 2002/65/CE

No se transcribe el texto español de los preceptos por diferentes razones, pero la principal es que el ADC ya publicó la traducción de la ley de reforma del Derecho de Obligaciones alemana, realizada por María Luisa Vives Montero [ADC 3 (2002), 1229-1310]. Además, en apéndice al artículo de Martin Ebers, «La nueva regulación de incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de Obligaciones de 2002», 4 (2003) ADC 1575-1608, puede encontrarse una versión alternativa de muchos de ellos. Entonces, igual que ahora en la parte que se reproduce en castellano, se tomó en consideración la traducción que un grupo de profesores de las universidades catalanas, dirigidos por Albert Lamarca Marquès, estaban realizando, y cuya publicación estaba prevista para hace ya algún tiempo.

Leyenda

- Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo* (DOCE L 39, de 14 de febrero de 1976).
- Directiva 77/187/CEE, del Consejo, de 14 de febrero de 1977, *sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad* (DOCE L 61, de 5 de marzo de 1977).
- Directiva 85/577/CEE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, *referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales* (DOCE L 372, de 31 de diciembre de 1985).
- Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo* (DOCE L 42, de 12 de febrero de 1987). Modificada por la Directiva 90/88/CEE, del Consejo, de 22 de febrero de 1990 (DOCE L 61, de 10 de marzo de 1990) y por la Directiva 98/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998 (DOCE L 101, de 14 de abril de 1998).
- Directiva 98/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, que modifica la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DOCE L 101, de 1 de abril de 1998).
- Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio de 1990, *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados* (DOCE L 158, de 23 de junio de 1990, 59-64).
- Directiva 93/13/CEE, de 5 abril 1993, del Consejo, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (DOCE L núm. 95, de 21 abril de 1993).
- Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, *relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de*

- utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido* (DOCE L 280, de 29 de octubre de 1994).
- Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, *relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia* (DOCE L 144, de 4 de junio de 1997).
- Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* (DOCE L 171, de 7 de julio de 1999).
- Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (DOCE L 178, de 17 de julio de 2000).
- Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, *sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad* (DOCE L 82, de 22 de marzo de 2001).
- Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, *por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales* (DOCE L 200, de 8 de agosto de 2000).
- Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, *relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE* (DOCE L 271, de 9 de octubre de 2002).

ESPAÑA

Esther Arroyo i Amayuelas, Universidad de Barcelona

Bibliografía (2002-2004)

I. DERECHO COMUNITARIO

a) *Derecho del consumo*

- AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz: *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons (ed.), 2003. Análisis de la difícil interacción entre las normas de conflicto de las Directivas europeas y el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, en materia de protección del consumidor.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares (ed.), 2003. Estudio sobre la protección del consumidor en el mercado interior y la dificultad que presenta la coordinación de la normativa comunitaria, estatal y convencional en la materia.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier: *El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración*, Ma-

drid, Civitas, 2002. Estudio del régimen jurídico administrativo de la protección del consumidor, poniendo el acento en la evolución histórica de la política de consumo en España, las bases comunitarias y constitucionales, y la forma en que actúan las Administraciones públicas competentes.

LETE ACHIRICA, Javier (ed.): *Garantías en la venta de bienes de consumo/Les garanties dans la vente de biens de consommation*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones de la Universidad (ed.), 2004. Análisis de la Directiva 99/44 y presentación de su transposición en diferentes Estados miembros (España, Francia, Portugal, Bélgica, Alemania).

ORTÍ VALLEJO, Antonio: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada, Comares, 2002. Estudio del nuevo régimen impuesto por la Directiva comunitaria y propuestas para la transposición en el Derecho español.

RUIZ MUÑOZ, Miguel: *Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004. Estudio de la Directiva 85/374 y de las sentencias del TJCE sobre la misma.

b) *Derecho concursal*

VERDÚ CAÑETE, M.^a José: *Procedimientos concursales comunitarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004. Estudio de la integración del Reglamento (CE) 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, en el sistema concursal español.

II. DERECHO UNIFORME, DERECHO COMPARADO Y (BASES DE UN) DERECHO EUROPEO

ALTAVA LAVALL, Manuel Guillermo (coord.): *Lecciones de Derecho comparado*, Castelló de la Plana, Universitat Jaume I, 2003. Compendio de lecciones que pretenden dar una visión completa del Derecho comparado en lo que respecta al planteamiento metodológico, la exposición de lo que puede ser considerada una parte general (introducción y sistemas jurídicos en el mundo) y el análisis de algunas instituciones en particular, tanto desde el punto de vista del Derecho público como privado, ya en la Unión Europea, ya en los Estados Unidos o los países de Latinoamérica.

BARRES BENLLOCH, Pilar; EMBID IRUJO, José Miguel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando (eds.): *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II (Los Trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo», edición de Ole Lando y Hugh Beale)*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2003. Traducción al castellano de las notas y comentarios a los *Principles of European Contract Law I y II*.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.): *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003. Exposición metódica y sistemática del Derecho civil (esencialmente), visto desde la perspectiva que proporciona el análisis del Derecho comparado y tomando en consideración la transformación que

aqué ha experimentado como consecuencia del desarrollo del Derecho privado comunitario en determinados ámbitos.

DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna; MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002. Comentario comparativo con el Derecho español a los *Principles of European Contract Law I y II*.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.): *Convenio europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Thomson-Civitas-Gobierno Vasco, 2004. Comentario sistemático de los preceptos del CEDH.

MORÁN GARCÍA, Gloria (dir.); MOSQUERA MONELOS, Susana; CORRAL GARCÍA, Rosana (coords.): *Cuestiones actuales de Derecho comparado. Reuniones académicas de la Facultad de Derecho*, Coruña, Servicio de Publicaciones de la Universidade da Coruña, 2003. El título genérico del libro no da idea de su contenido, que gira en torno a dos grandes temas: el asociacionismo religioso en el Derecho comparado y el matrimonio en la Unión Europea.

PALAO MORENO, Guillermo; PRATS ALBENTOSA, Lorenzo; REYES LÓPEZ, M.^a José: «Derecho Patrimonial Europeo», 10 (2003) *Revista de Derecho Patrimonial* (monográfico). Recopilación de ponencias pronunciadas con ocasión de uno de los encuentros en Valencia del «Study Group» que dirige Christian von Bar. Algunas conferencias tratan los planteamientos teóricos del fenómeno de la armonización a Europa, tanto desde el punto de vista del Derecho sustantivo como del Derecho internacional privado; pero la mayoría aborda temas variados cuyo punto de contacto es ser reconducibles todos al ámbito del Derecho patrimonial y, esencialmente, los seguros, la responsabilidad, la insolvencia y los contratos.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto; MOYA ESCUDERO, Mercedes: *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, Dyckinson, 2003. Publicación de las conferencias pronunciadas en los seminarios celebrados en la Universidad de Granada, entre febrero y marzo de 2002, en el marco del Programa «Grotius Civil» de la Dirección General de Justicia e Interior. Los temas se reconducen a los dos ámbitos que muy claramente refleja el título del libro.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2003. Exposición crítica y sistemática acerca del concepto y desarrollo del Derecho privado europeo en la actualidad, discusión acerca de las técnicas y métodos que permiten conseguirlo y cuestionamiento de su necesidad y/o utilidad en determinados casos.

SCHULZE, Reiner; ZIMMERMANN, Reinhard; ARROYO, Esther (eds.): *Textos Básicos de Derecho Privado europeo. Recopilación*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2002. Recopilación de textos legislativos (directivas, convenios) y doctrinales (Principios de Derecho contractual Lando y Unidroit; Principios sobre el *trust*) que mejor pueden servir de orientación para la armonización del Derecho en Europa. Precedida de una introducción de los profesores alemanes y un estudio preliminar sobre las perspectivas del Derecho privado europeo, a cargo de la profesora Arroyo, responsable de

la edición de la obra en castellano y de la concordancia de los textos comunitarios e internacionales con la legislación española.

VAQUER ALOY, Antoni; ESPIAU ESPIAU, Santiago (coords.): *Bases de un derecho contractual europeo/Bases of a european contract law*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003. Publicación de las ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso internacional celebrado en la UdL, en 2002, con el objeto de discutir acerca de los Principios Lando I y II.

VATTIER, Carlos; CUESTA, José María de la; CABALLERO, José María (eds.): *Código europeo de contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, 2 vols., Madrid, Dyckinson, 2003. Comentarios al texto del Código europeo de contratos elaborado por la Academia de Iusprivatistas europeos de Pavía.

III. PROYECCIÓN DE LOS DERECHOS NACIONALES EN EUROPA

ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (ed.): *El dret civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret català a Tossa (26 i 27 de setembre de 2002)*, Girona, Documenta Universitaria, 2003. Libro que reproduce las conferencias y comunicaciones presentadas en las XII Jornadas de Derecho civil catalán en Tossa de Mar, esta vez celebradas con el objeto de presentar el Derecho civil catalán como uno más de los Derechos a tener en cuenta en el proceso de armonización europea y para propiciar un diálogo con otros juristas del continente que, a más o menos corto plazo, ayude a elaborar un Código de Derecho civil para Cataluña actualizado, moderno y de inspiración y con vocación europeísta.

MCQUEN, Hector; ESPIAU, Santiago; VAQUER, Antoni (eds.): *Regional Laws in Europa*, Cambridge, University Press, 2003. Monográfico que reproduce las ponencias y, en parte, comunicaciones presentadas al I Congreso Internacional en la UdL, celebrado en el año 2000, con objeto de poner de manifiesto la relación y eventual compatibilidad entre las codificaciones nacionales y el creciente proceso de europeización del Derecho.

IV. DERECHO NACIONAL COMUNITARIZADO

CLEMENTE MEORO, Mario; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: *Responsabilidad civil y contratos en internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*, Granada, Comares-Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2003.

MIGUEL ASENSIO, Pedro de: *Derecho privado de internet*, Madrid, Civitas-Thomson, 2002³.

MORENO GUIASADO, Ángela: *Formación y perfección del contrato en internet*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

VÉRGEZ, Mercedes: *La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de bienes de consumo*, Madrid, Aranzadi, 2004.

Legislación

- Tras la STJCE 12 de septiembre de 2002, C-386/01, «*Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*» (Rec. 2002 I-07063), que declaró el incumplimiento del Estado español por no adaptación del Derecho interno a la Directiva 98/27, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores* [DO L 166, de 11 de junio de 1998], y la sanción por el retraso en la transposición de la Directiva 97/55, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, *por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa* [STJCE 28 de noviembre de 2002, «*Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*», Asunto C-392/01 (Rec. 2002, I-11111)], finalmente se incorporó en el ordenamiento jurídico español la Ley 39/2002, de 28 de octubre, *de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios* («BOE» núm. 259, de 28 de octubre de 2002) que no sólo incorpora las directivas citadas, sino también la Directiva 98/7/CE, de 16 de febrero de 1998, que modifica la Directiva 87/102/CEE, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo*.
- La Ley 39/2002 se promulga en ejercicio de las competencias que la Constitución atribuye al Estado en su artículo 149.1.6 y 8 CE y, con la finalidad de hacer más efectiva la protección de los consumidores, modifica una cantidad nada despreciable de leyes para introducir la acción colectiva de cesación, dejando a salvo en todo caso el ámbito de los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE). Entre las leyes modificadas (Ley 7/1998, de 13 de abril, *de Condiciones Generales de la Contratación*; Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*; Ley 26/1991, de 21 de noviembre, *de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*; Ley 21/1995, de 6 de julio, *reguladora de los viajes combinados*; Ley 42/1998, de 15 diciembre, *sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias*; Ley 25/1990, de 20 de diciembre, *del Medicamento*; Ley 25/1994, de 12 de julio, *por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552 CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva*), sin duda merece señalarse la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 6, 11, 15, 52, 221, 249, 250, 711 y 728), precisamente porque la norma se promulgó dos años después de la citada Directiva. La ley también establece las entidades españolas habilitadas en otros Estados miembros de la Comunidad Europea para el ejercicio de la acción de cesación.
- La incorporación de la Directiva 97/55, sobre publicidad comparativa, obliga a modificar parcialmente la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, *General de publicidad* («BOE» núm. 274, de 15 de noviembre de 1988) en relación con la regulación de la publicidad desleal y comparativa; la ley se ve afectada también por la incorporación de la acción colectiva de cesación en materia de publicidad ilícita. En definitiva, se modifican los artículos 6, 25 y 26 y se añaden los artículos 6 bis y 29.

- Finalmente, las modificaciones a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de *Crédito al Consumo* («BOE» núm. 72, de 25 de marzo de 1995), como consecuencia de la transposición de la Directiva 98/7, de modificación de la Directiva 87/102, se refieren al cálculo de la tasa anual equivalente; además, se incorpora la acción colectiva de cesación en materia de crédito al consumo. En resumen, se modifica el artículo 18, se añade una disposición adicional única, se modifica el contenido del anexo y se adiciona un nuevo artículo 20.
 - España fue igualmente sancionada por el retraso en la transposición de la Directiva 97/7, sobre contratos celebrados a distancia. *Vid.* STJCE 28 de noviembre de 2002, «*Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*», Asunto C-414/01 (Rec. 2002, I-11121). Tanto en esta sentencia como en la anteriormente mencionada de la misma fecha, el TJCE declara su jurisprudencia reiterada según la cual la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado [STJCE 30 de noviembre de 2000, «*Comisión c. Bélgica*» (Rec. I-10633); STJCE 6 de diciembre de 2001, «*Comisión c. Italia*» (Rec. I-823)]. Además, reitera que un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar la no adaptación del Derecho interno a una Directiva en el plazo establecido [STJCE 08 de marzo de 2001, «*Comisión c. Portugal*» (Rec. I-1699); STJCE 7 de mayo de 2002, «*Comisión c. Países Bajos*» (Rec. I-4177)]. En ambos casos, España no negaba el incumplimiento y tan sólo alegaba que estaba tramitando sendos proyectos de ley, con las dificultades de coordinación de textos comunitarios y españoles (más de uno afectado por la transposición de la Directiva 97/7) que todo ello conllevaba.
 - Finalmente, se promulgó la Ley 47/2002, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de *ordenación del comercio minorista para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas Comunitarias* («BOE» núm. 304, de 20 de diciembre de 2002) que, utilizando la consabida fórmula, se dicta al amparo de las competencias que atribuye al Estado el artículo 149.1.6 y 8 CE, pero sin perjuicio de las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas en materia de comercio interior y de protección de los consumidores y usuarios. Con todo, los artículos 38.2 y 61.1.ñ) Ley 7/1996, según la modificación operada por los artículos 3 y 5 Ley 47/2002, pasan a tener la consideración de normas básicas dictadas al amparo del artículo 149.1.1 CE.
- En realidad, en cuanto a la regulación de las ventas a distancia, la Directiva 97/7/CE ya se había «incorporado» en el ordenamiento jurídico español cuando sólo estaba en fase de proyecto, en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de *Ordenación del Comercio Minorista*, pero, naturalmente, era necesario proceder a la reforma de la norma estatal española tras la aprobación definitiva de la comunitaria.
- La Ley 47/2002 transpuso en el ordenamiento jurídico español la Directiva 97/7 en materia de contratos a distancia pero, a su vez, aprovechó la ocasión para hacer incorporaciones menores de otras Directivas comunitarias. En concreto, la Directiva 2000/35, sobre morosidad, y la Directiva 1999/44, sobre venta y garantía de los bienes de consumo.

La Directiva 97/7 está específicamente dirigida a la protección del consumidor y regula tanto la compraventa como el suministro de servicios

a distancia. El objetivo específico de la Ley 7/1996 no es la protección del consumidor y, además, sólo trata de la compraventa. Pero el legislador español no consideró conveniente promulgar una nueva ley en lugar de simplemente reformar la existente (así, exposición de motivos, 4 Ley 47/2002). Las razones que se alegan es que ya la disposición adicional 1.^a (ahora reformada) se ocupa de los servicios a distancia y, además, que la protección de los consumidores se lleva a cabo igualmente con esta regulación amplia dedicada a la regulación general de la actividad de venta a distancia (exposición de motivos, 4 Pr. Ley 47/2002).

Una de las novedades más importantes, mucho más ajustada a las previsiones de la Directiva 97/7, radica en la nueva regulación del derecho de desistimiento (art. 44 LOCM). En total, la transposición de la Directiva obliga a reformar el Capítulo II del Título III, la disposición adicional 1.^a y el artículo 65 Ley 7/1996. La otra gran modificación a la LOCM se refiere a la garantía que debe prestar el vendedor, regulada conforme con las previsiones de la Directiva 1999/44, en el artículo 12.1 LOCM. El artículo 61 LOCM extiende la responsabilidad solidaria de las empresas subastadoras a la falta de conformidad de los bienes subastados. Finalmente, la incorporación de la Directiva 2000/35, *por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*, modifica el artículo 17 (párrafos 2 y 4) de la LOCM, para recoger la penalización de intereses por mora que establece la citada norma comunitaria y, además, para determinar unos requisitos mínimos a cumplir por las cláusulas de reserva de dominio que puedan haber sido estipuladas en la forma prevista por aquélla, como es la necesidad de que el pacto haya sido documentado con anterioridad a la entrega.

- Pero tanto la Directiva 99/44 como la Directiva 2000/35 han sido objeto de transposición ulterior mediante ley independiente. La primera está ya en vigor desde el año 2003 [Ley 23/2003, de 10 de julio, *de Garantías en la Venta de los Bienes de Consumo* («BOE» núm. 165, de 11 de julio de 2003, 27160)]. La segunda no pasa de ser un proyecto todavía (BOCG, de 24 de junio de 2004, Serie A-1-1, VIII Legislatura).

En cuanto a la transposición de la Directiva 1999/44, la Comisión emitió un dictamen motivado contra varios países y, entre ellos, España, por haber incumplido la obligación de transponerla dentro de plazo. Finalmente, el gobierno español aprobó la citada Ley 23/2003, igualmente dictada al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6 y 8 CE.

El plazo de transposición de la Directiva 2000/35/CE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad expiró en agosto de 2002. Sólo ocho Estados miembros habían respetado el período de tiempo señalado para ello. La Comisión inició procedimientos de infracción contra siete de ellos. Finalmente, sólo recibió las medidas nacionales de Italia, Austria y Países Bajos, lo que dejaba a cuatro Estados miembros en situación de infracción y, entre ellos, a España (http://europa.eu.int/comm/enterprise/regulation/late_payments/implementation.htm). La Comisión presentó una demanda ante el TJCE (asuntos C-384/03 «Comisión c. España»), pero antes de que se haya dictado sentencia, se ha aprobado ya el Proyecto de Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (BOCG núm. A-1-1 de 24/06/2004).

- La Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* («BOE» núm. 166, de 12 de julio de 2002;

corrección de errores «BOE» núm. 187, de 6 de noviembre de 2002), es el resultado de la transposición de la Directiva 2000/31, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, *relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior* (un estado de la cuestión de la transposición en otros países (http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/ecommerce/transposition_en.pdf). La ley también incorpora parcialmente la Directiva 98/27/CE, puesto que añade una acción de cesación contra las conductas que contravengan lo dispuesto en la ley.

- La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, *de firma electrónica* («BOE» núm. 304, de 20 de diciembre de 2003), substituye el RD-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, *sobre firma electrónica*, que por primera vez incorporó al ordenamiento público español la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, *por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica*, incluso antes de su promulgación y publicación en el *Diario Oficial*.
- La Directiva 2001/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, *relativa a la seguridad general de los productos*, ha sido recientemente transpuesta en el ordenamiento jurídico español mediante el RD 1801/2003, de 26 de diciembre, *sobre seguridad general de los productos*.

FRANCIA

Cyril Nourissat, Universidad de Lyon III-Jean Moulin; Elise Polliot,
Universidad de Reims

Bibliografía

Elise Polliot, Universidad de Reims³

La autora ha considerado conveniente incluir en la crónica bibliográfica artículos de revista, además de libros

I. DERECHO COMUNITARIO

1. Derecho primario

BLUMANN, C.; DUBOIS, L.: *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 2004³.

DECOCQ, A.: *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Paris, LGDJ, 2004.

JAULT-SESEKE, F.; ROBINE, D.: «Le droit européen de la faillite», 14 (2004) *D. Cahier de droit des affaires* 1009 ss.

MOCCIA, L.: «Du marché à la citoyenneté, à la recherche d'un droit privé européen», 3 (2004) *Revue internationale de droit comparé* 559 ss.

³ Doctor en Derecho, Laboratoire de Droit des Affaires de l'Université de Reims Champagne-Ardenne y Visiting Researcher en la Università degli Studi di Torino.

2. Derecho secundario

a) Derecho de la competencia

BRIAND-MELEDON, D.: «Droit de la concurrence, droit constitutionnel consubstantiel de l'Union européenne», 2 (2004) *Revue trimestrielle de droit commercial* 205 ss.

Varii auctores: «Autorité de régulation et droit européen», *J. C. P. Entr.*, núm. 2, supplément à la *Semaine juridique* núm. 19 (6 mai 2004).

VILMART, Ch.: «Importations parallèles – La Commission désavouée par la CJCE (6 janvier 2004) qui confirme la conception restrictive des ententes prohibées déjà adoptée par le TPICE», *J. C. P.* núm. 19, 6 mai 2004, 691.

b) Derecho del consumo

BEAUCHARD, J.: «Les principes européens du droit des contrats et le droit de la consommation», en *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, 55 ss.

BOURGOIGNIE, Th.: «Droit et politique communautaire de la consommation», en *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, 95 ss.

FONTAINE, M.: «La protection du consommateur et l'harmonisation du droit européen des contrats», en *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz 2004, 385 ss.

GRUNDMANN, S.; STIJNS, S.: *La directive communautaire sur la vente*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

LUBY, M.: «Trop ne vaut rien! (Ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives)», (2004) *Contrats, conc., consomm.*, chron. p. 6 et s.

MICKLITZ, H. W.: «La modernisation du droit des obligations: l'intégration du droit de la consommation et l'eupéanisation», (2003) *Rev. eur. dr. consomm.* 3 ss.

MICKLITZ, H. W.: «De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne», en *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, 725 ss.

POILLOT, E.: *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, thèse dactylographiée, Reims, 2004.

ROCHFELD, J.; HOUTCIEFF, D.: «Perspectives de développement du droit communautaire en matière de droit de la consommation», en *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, sous la direction de SCHULZE, R.; EBERS, M.; GRIGOLEIT, H. Ch.: Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, 49 ss.

c) *Implementación de las Directivas en el Derecho francés*

DE MATOS, A. M.: «Transposition en droit français de la directive du 25 mai 1999: un large débat et une amorce de réponse», 1 (2003) *Rev. eur. dr. consom.*, 18 ss.

FAGES, B.: «Projet de loi de transposition de la directive 99/44/CE du 25 mai 1999: au retard s'ajoute le regret», *Revue Lamy de droit civil*, 5 ss.

JOURDAIN, P.: «Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999: ne pas manquer une occasion de progrès», (2003) *Dalloz*, points de vue, 4 ss.

MAZEAUD, D.: «Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999: la parole est à la défense», (2003) *Dalloz*, points de vue, 6 ss.

Varii auctores: La transposition en droit français de la directive européenne du 25 mai 1999 relative à la vente, Colloque du 8 novembre 2002, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, *J. C. P.* éd. Entr. núm. 1, supplément à la *Semaine juridique* núm. 9 du 27 février 2003.

II. INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO NACIONAL

DELICOSTOPOULOS, I.: *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, Préface de S. GUINCHARD, Paris, LGDJ, 2003.

FAUVARQUE-COUSSON, B.; MAZEAUD, D. (dir.): *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Paris, Société de législation comparée, 2003

NOURISSAT, C.: «Droit civil de l'Union européenne», 19 (2004) *Dalloz*, chron., 1321 ss.

SIMON, D. (dir.): *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003.

Varii auctores: La réception du droit communautaire en droit privé des États membres, Bruxelles, Bruylant, 2003.

VINEY, G.: «L'apport du droit communautaire au droit français de la responsabilité civile», en *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, 1133 ss.

VOGEL, L.: «Recodification civile et renouvellement des sources internes», en *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, 160 ss.

III. CODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO

DAUNER-LIEB, B.: «Vers un droit européen des obligations?», 2 (2004) *Revue internationale de droit comparé*, 291 ss.

FAUVARQUE-COSSON, B.: «Droit européen des contrats: première réaction au plan d'action de la Commission», (2003) *Dalloz*, point de vue, 1171 ss.

- FAUVARQUE-COSSON, B.: «Faut-il un Code civil européen?», en *Pensée juridique et harmonisation européenne du droit*, Paris, Société de législation comparée, 2003, 99 ss.
- GRIDEL, J. P.: «Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats, les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie)», 21-22 février (2003) *Gaz. Pal.*, 3 ss.
- GRYNBAUM, L.: «Après la loi "économie numérique", pour un Code européen des obligations raisonné», 2 septembre (2004) *Dalloz*, 2221 ss.
- LEQUETTE, Yves: «Recodification civile et prolifération des sources internationales», en *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, 171 ss.
- PRIETO, C.: *Regards croisés sur les principes de droit européen du contrat et sur le droit privé français*, PUF d'Aix Marseille, 2003.
- REMY-CORLAY, P.; FENOUILLET, D. (dir.): *Les concepts contractuels à l'heure des principes de droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003.
- RIBEYRE, M. A.: «Le Code européen des contrats, histoire d'un malentendu», (2003) *Droit et patrimoine*, 6 ss.
- STAUDENMAYER, D.: «Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats», I (203) *J. C. P.*, 127.
- STAUDENMAYER, D.: «Un instrument optionnel en droit européen des contrats?», (2003) *Rev. trim. dr. civ.* 2003, 629 ss.
- ROUHETTE, G. avec le concours de LAMBERTERIE, I.; TALLON, D.; WITZ, C.: *Principes du droit européen du contrat*, version française, Paris, Société de législation comparée, 2003.

IV. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO

- AUDIT, M.: «Principe de non discrimination et transmission du nom de famille en Europe, note sous CJCE 2 octobre 2003», 21, 27 mai (2004) *Dalloz*, 1476.
- BRUNEAU, Ch.: «Litispendance européenne et clauses attributives de juridiction, note sous CJCE Ass. Plén. 9 décembre 2003», 19 (2004) *Dalloz*, chron., 1321 ss.
- FUCHS, A.; MUIR WATT, H.; PATAUT, E. (dir.): *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004.

Legislación

Cyril Nourissat, Universidad de Jean Moulin-Lyon III⁴

La crónica insitirá en un aspecto significativo de lo que podría denominarse «excepción cultural» francesa en Derecho privado europeo. Puesto que las Directivas que inciden sobre el derecho privado se multiplican, es obligado constatar simple y llanamente la manifiesta incapacidad del legislador francés de asegurar su transposición en los plazos previstos. Cabe resaltar que muchas veces Francia es el único Estado miembro que no adapta su Derecho nacional al Derecho comunitario. Actualmente, este fenómeno está siendo puesto de manifiesto, analizado y criticado por la doctrina francesa más autorizada⁵, pero también por la Delegación para la Unión Europea de la Asamblea Nacional («Délégation pour l'Union européenne de l'Assemblée nationale»)⁶ y, naturalmente, también por la Comisión Europea⁷.

Las explicaciones de este retraso crónico son múltiples y requerirían precisiones que son imposibles de abordar aquí porque exceden de las pretensiones de esta publicación. Esquemáticamente, podrían apuntarse dos motivos de tales aplazamientos.

La primera se basa en la confrontación directa entre las soluciones dadas por las Directivas y las que proporciona el Derecho positivo nacional francés. Nuestra doctrina civil está muy influenciada por la permanencia del Código de Napoleón y, en este sentido, resulta muy interesante poner de manifiesto que las publicaciones aparecidas recientemente en Francia relativas a la emergencia del Derecho privado europeo siempre están marcadas por un análisis de tipo comparativo entre las soluciones nacionales y las perspectivas europeas⁸.

El segundo argumento haría referencia a la aparente incapacidad estructural e institucional del Estado francés para organizarse de manera satisfactoria y conseguir transponer adecuadamente los textos comunitarios. Debe señalarse, de todas maneras, que el Gobierno francés parece haber tomado consciencia de la existencia de ciertas dificultades que podrían ser calificadas de institucionales, como demuestra una reciente circular del Primer Ministro⁹ dedicada al procedimiento de transposición en Derecho interno de las Directivas y Decisiones-marco negociadas en el seno de las instituciones europeas.

⁴ Agrégé de la Facultad de Derecho de la Université Lyon III.

⁵ Para un ejemplo reciente, a propósito de la Dir. 99/44/CE, FAGES, B.: «Projet de loi de transposition de la directive 99/44/CE du 25 mai 1999: au retard s'ajoute le regret», 9 (2004) *Revue Lamy Droit Civil*, 5-10.

⁶ Cfr. en este sentido el a partir de ahora tradicional *rapport* anual sobre la transposición de Directivas que lleva a cabo la Delegación de la Asamblea nacional para la Unión Europea. El último *rapport* ha sido redactado por M. Ch. Philip y presentado el 1 de julio de 2004. Disponible en Internet en la siguiente dirección: <http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/index-rapinfo.asp>. Muchas de las informaciones que se ofrecen en esta crónica se han obtenido de este *rapport*.

⁷ Se piensa en los *rapport* anuales de la Comisión europea relativos a la aplicación del Derecho comunitario.

⁸ Como excepción debe ser señalado, sin embargo, FAUVARQUE-COSSON, B. (dir.): *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Bibl. de droit privé comparé et européen, vol. 1, Paris, Société de législation comparée, 2004.

⁹ *JORF*, núm. 230, de 2 de octubre de 2004, p. 16920.

Esta circular insiste en que:

«la qualité de la transposition en droit interne des directives [...] négociées dans le cadre des institutions européennes dépendent à la fois la sécurité des situations juridiques et le crédit de la France auprès de ses partenaires européens».

Y recuerda que:

«un manquement à ces obligations [de transposition] n'affecte pas seulement notre crédit au sein de l'Union [...] Il entrave le bon fonctionnement du marché intérieur, affectant aussi bien la concurrence entre entreprises que la protection des consommateurs».

Este último punto afecta a un aspecto esencial: los operadores económicos del resto de Estados miembros tienen derecho a esperar que Francia, exactamente igual que los Estados de donde ellos proceden, se dote de un cuerpo de reglas sobre la garantía, la responsabilidad por productos defectuosos o los plazos de pago, que se revelen sensiblemente idénticas a aquellas que ellos conocen. Se trata de una exigencia que ya está consagrada en el ordenamiento jurídico francés en la aplicación de los estándares convencionales europeos: el acceso al derecho.

Con el fin de esclarecer la situación a los lectores, se procederá a realizar el balance hasta el 1 de octubre de 2004, de la transposición –o no– en Francia de seis Directivas que principalmente afectan al Derecho privado europeo. Se pondrá el acento en algunos elementos dignos de especial atención con la finalidad de esclarecer algunas situaciones particulares. Es también la ocasión de calibrar hasta qué punto la transposición de una Directiva puede realizarse, bien de una vez, bien por etapas sucesivas y, en este último caso, mediante «soportes» o «instrumentos» de lo más variado (leyes, decretos, órdenes, reglamentos...). Tal «desorden normativo», si bien a veces está justificado en el texto mismo de la Constitución francesa, desde luego complica la tarea del observador y, sobre todo, la de los operadores económicos. Por lo tanto, sin duda plantea el problema de la dificultad de acceso al Derecho.

Directiva 85/374/CEE, de 25 julio de 1985, del Consejo de 25 de julio de 1985, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*. La Directiva insta un nuevo régimen de responsabilidad. Fue transpuesta en Francia con no pocas dificultades por una Ley de 19 de mayo de 1998, que añadía los artículos 1386-1 y siguientes del CC. El 25 de abril de 2002, el TJCE condenó a Francia al considerar que muchos artículos del CC no eran conformes con las disposiciones comunitarias, puesto que se trataba de una Directiva de armonización máxima¹⁰. No se procedió a la reescritura de los preceptos afectados y la Comisión Europea de nuevo

¹⁰ TJCE de 25 de abril 2002, «Commission c. France», C-52/00, Rec. I-3827, (2002) *Dalloz, jurisprudence*, 2462-2465, con nota de Christian LARROUMET; CALAIS-AULOY, Jean: «Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel», (2002) *Dalloz, Chronique*, 2458-2461.

demandó a Francia ante el TJCE el pasado 14 de abril de 2004. Luego, el Consejo de Ministros de 16 de junio de 2004 adoptó un proyecto de ley relativo a la garantía debida por el vendedor al consumidor y la conformidad del bien al contrato, y a la responsabilidad por productos defectuosos. El proyecto de ley¹¹, hoy en el Senado, contiene unos artículos 3 a 6 que disponen:

Artículo 4: «L'article 1386-2 du code civil est remplacé par les dispositions suivantes: Les dispositions du présent titre s'appliquent à la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte à la personne.

Elles s'appliquent également à la réparation du dommage supérieur à un montant déterminé par décret, qui résulte d'une atteinte à un bien autre que le produit défectueux lui-même».

Artículo 5: «Le premier alinéa de l'article 1386-7 du code civil est remplacé par les dispositions suivantes:

Le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur ou du loueur assimilable au crédit-bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel n'est responsable du défaut de sécurité du produit dans les mêmes conditions que le producteur que si ce dernier demeure inconnu».

Artículo 6: «Le second alinéa de l'article 1386-12 du code civil est abrogé».

Sólo falta, pues, esperar a la definitiva aprobación de la ley.

Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*. Esta Directiva es el emblema de la incapacidad francesa para adaptarse a las exigencias comunitarias. Desde el inicio, el Ministerio de Justicia consideró que la norma imponía una importante reescritura del CC. Sin ánimo de insistir ahora en las etapas, a veces tormentosas, que han conducido al proyecto de ley actual¹², éste fue finalmente presentado en el Consejo de Ministros de 16 junio de 2004: «Projet de loi relatif à la garantie de conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur et à la responsabilité du fait des produits défectueux»¹³. Poco tiempo después, Francia resultó condenada por la STJCE de 1 de julio de 2004¹⁴, como consecuencia de la falta de transposición de la Directiva 1999/44 en los plazos previstos. Interesa destacar que al TJCE no le convence el argumento desarrollado por el Gobierno francés, según el cual ciertas disposiciones del Derecho nacional, así como la interpretación que de ellas ha llevado a cabo la ju-

¹¹ Disponible en <http://www.senat.fr/leg/pj103-358.html>.

¹² Además de la referencia en nota 1, cfr. NOURISSAT, C.: «La directive 1999/44 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation: observations critiques sur une transposition toujours en attente», en ARROYO I AMAYUELAS, Esther; BADOSA COLL, Ferran (eds.): *La armonización del Derecho de Obligaciones en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005 (en prensa).

¹³ Cfr. nota 7.

¹⁴ TJCE, 1 de julio de 2004, «Commission c. France», C-311/03 (Rec. 2004, p. I-000).

risprudencia nacional, ya contienen muchas de las medidas impuestas por la Directiva 1999/44. Por otra parte, el TJCE constata que el artículo 5 de la Directiva reclama una medida de transposición que no se ha llevado a cabo.

El proyecto de ley pone a las claras de manifiesto que el Gobierno ha hecho una elección deliberada en favor de una transposición de mínimos. La transposición debería haberse hecho efectiva en los artículos 221.1 y siguientes del Código de Consumo. Todo lo más, dos artículos del CC se ven afectados por el proyecto. Ha sido creado (¿inútilmente?) un artículo 1603-1 que dispone que

«... le vendeur professionnel de biens meubles corporels répond également, à l'égard du consommateur, du défaut de conformité du bien au contrat».

Paradójicamente, se asiste a la irrupción del consumidor en el CC, de la misma manera que el profesional debuta en el Código de consumo. ¡La interferencia de parámetros es total! Ha sido modificado el artículo 1648 del CC (¿en base a disposiciones diversas y transitorias?) y a partir de ahora éste debería ser leído como sigue:

«... l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice».

Por otra parte, es más que razonable dudar de la posibilidad de aprobar el proyecto de ley en lo que queda de año.

Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, *por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica*. La Directiva afecta directamente al reconocimiento de la firma electrónica y debía haber sido transpuesta antes de 19 de julio de 2001. La transposición se ha llevado a cabo sólo de manera parcial y sucesiva. Por un lado, se han adoptado dos medidas reglamentarias: el Decreto núm. 2001-272 de 30 de marzo de 2001, relativo a la firma electrónica y adoptado para la aplicación del artículo 136-4 del CC; y una Orden de 21 de mayo de 2002, relativa al reconocimiento de la calificación de los prestatarios de certificación electrónica y a la acreditación de los organismos encargados de la evaluación. Por otra parte, el artículo 6 de la Directiva, sobre responsabilidad de los prestadores, ha sido transpuesto mediante la Ley núm. 2004-575 de 21 junio 2004 «pour la confiance dans l'économie numérique».

Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*. El objeto de la Directiva, llamada «Directiva sobre el comercio electrónico», es el de favorecer la libre circulación de servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros. La misma establece reglas relativas al establecimiento de prestatarios, comunicaciones comerciales, contratos por vía electrónica, responsabilidad de los intermediarios, los códigos de conducta, así como la reglamentación extrajudicial de los conflictos y los recursos judiciales. Desde siempre, el texto ha sido considerado en Francia como de la mayor importancia. Se ha llevado a cabo un trabajo de fondo remarcable, pero incompatible en

todo caso con la fecha límite de transposición, fijada en el 17 de enero de 2002. El Consejo de Ministros aprobó un primer proyecto de ley «Société de l'information» en junio de 2001, pero jamás fue sometido a la consideración del Parlamento. El pasado mes de enero de 2003 se elaboró un nuevo proyecto de ley bajo la rúbrica «Confiance dans l'économie numérique» y recientemente ya ha sido aprobado: se trata de la Ley núm. 2004-575 de 21 junio de 2004¹⁵. Falta todavía su desarrollo reglamentario mediante Decreto.

Directiva 2001/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, *relativa a la seguridad general de los productos*. Esta Directiva, que es la continuación de una anteriormente adoptada en 1992, tiene por finalidad reforzar la protección de los consumidores mediante la instauración de dos nuevas obligaciones. La primera concierne a los fabricantes que deben advertir a sus clientes de los riesgos que presentan los productos que ya han sido puestos en circulación en el mercado, así como, en su caso, la obligación de retirarlos. La segunda obligación se dirige a los distribuidores que deben participar en lo que se llama el seguimiento del producto. Puesto que el 14 de enero de 2004 finalizó el plazo de transposición, el pasado mes de marzo de 2004, la Comisión Europea dirigió un apercibimiento a Francia. Se ha previsto ya un proyecto de reglamento, en el marco de la Ley de 18 de marzo de 2004, que habilita al Gobierno para transponer, mediante reglamento, las Directivas y otras Disposiciones del Derecho comunitario. Debe observarse que el texto legislativo se limita a copiar pura y simplemente el texto de la Directiva y que esta técnica ha sido presentada por el Gobierno como un medio eficaz de conformarse a las exigencias temporales y de fondo requeridas por el orden jurídico comunitario. Por lo demás, es necesaria todavía una decisión del Consejo de Estado.

Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre acuerdos de garantía financiera*. Esta Directiva, bastante desconocida todavía, tiene interés para las transacciones financieras y permite la constitución de garantías en especie y en títulos. La garantía es un bien que un prestatario compromete en favor del prestamista, con la finalidad de reducir en la medida de lo posible la pérdida financiera en la que éste incurriría si el primero no pudiera cumplir con sus obligaciones financieras. El texto demuestra claramente que su finalidad es la integración y la eficacia económica de los mercados financieros, a base de promover y facilitar las operaciones transfronterizas y reforzando la competitividad del mercado financiero europeo. La transposición de esta Directiva debía haber tenido lugar antes del 27 de diciembre de 2003 y suponía la modificación de algunos artículos de la parte legislativa del «Code monétaire et financier». Se ha llevado a cabo una transposición parcial mediante la Ley «de sécurité financière» de 1 de agosto de 2003 y, a partir de ahora, en esta materia, debe hacerse referencia al artículo de la Ley 431-7 del «Code monétaire et financier». Un segundo proyecto de ley tiene por finalidad asegurar una protección integral de la Directiva. De momento, se ha procedido a una consulta a los medios profesionales con la esperanza de

¹⁵ Existen numerosos comentarios a la ley. La revista *Communication Commerce électronique* consagra íntegramente su número 9 de septiembre de 2004 a comentarios especializados sobre la norma.

que la norma pueda ser tomada en consideración por el Parlamento de aquí a finales de año, a pesar de que es muy dudoso que ello sea así. Sin embargo, una vez más, sería absolutamente necesario porque, de nuevo, el pasado 26 de enero de 2004, la Comisión ha llamado la atención a Francia advirtiéndola de la morosidad en la transposición.

ITALIA

Giovanni Bisazza y Stefano Troiano, Universidad de Verona
y Barbara Pasa, Universidad de Turín

Bibliografía de Derecho europeo

Giovanni Bisazza¹⁶ y Stefano Troiano¹⁷, Universidad de Verona

ADDIS, Fabio (coord.): *Aspetti della vendita dei beni di consumo: atti del dottorato in diritto dei contratti ed economia di impresa*, Milano, Giuffrè (ed.), 2003, p. 237. El volumen recoge las actas de un Seminario que tuvo lugar en la «Scuola di Dottorato in Diritto dei contratti ed economia di impresa». Los escritos italianos tratan de algunos aspectos relativos a la venta de los bienes de consumo y, señaladamente, la obligación de entregar bienes conformes con el contrato, la posibilidad de excluir convencionalmente el derecho de regreso del vendedor final de bienes de consumo; aspectos relativos a las llamadas garantías comerciales.

ARNÒ, Gaetano; FERRI, Barbara Ferri: *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 116. El volumen trata, sintéticamente, de los principales aspectos del Decreto Legislativo 9 de octubre de 2002, número 231, relativo al retraso en los pagos en las operaciones comerciales. De particular interés pueden resultar algunos aspectos relativos al tema fiscal, contable y de balance, a propósito de la aplicación del Decreto.

ALPA, Guido; PATTI, Salvatore (coord.): «Clausole vessatorie nei contratti del consumatore», in *Commentario al Codice Civile* fondato da Piero Schlesinger, diretto da Francesco D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1231. El libro es un comentario exegético y profundo de los artículos 1469-bis ss. del CC italiano, relativo a la disciplina de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.

GAROFALO, Luigi; MANNINO Vincenzo; MOSCATI, Enrico; VECCHI, Paolo Maria: *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, Padova, Cedam, 2003, p. 821. Comentario exegético del artículo 1519 bis del CC italiano relativo a la venta de bienes muebles de consumo. Los comentarios individuales, que firman diversos autores, van precedidos de una nota introductiva y de resumen de los coordinadores del libro.

¹⁶ Doctorando y ayudante en la cátedra de Derecho civil de la Università degli Studi di Verona.

¹⁷ *Associato di Diritto privato* en la Università degli Studi di Verona.

- BENEDETTI, Maria Alberto (coord.): *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 213. Comentario del Decreto Legislativo de 9 de octubre de 2001, número 231, de transposición de la Directiva 2000/35/CE, en el siguiente orden: ámbito de aplicación, plazos de pago e intereses por la morosidad, responsabilidad del deudor y resarcimiento de los daños, abuso del la libertad contractual en perjuicio del acreedor, tutela procesal de los intereses colectivos.
- BIN, Marino; LUMINOSO, Angelo (coord.): «Le garanzie nella vendita dei beni di consumo», in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Francesco GALGANO, Padova, Cedam, 2003. La obra estudia los temas principales que contemplan los artículos 1519-bis ss. del CC italiano, de transposición de la Directiva 1999/44/CE. Además, el volumen dedica una parte a la transposición de la Directiva en el Derecho alemán, austríaco e inglés, así como a la problemática del Derecho internacional privado.
- BOCCHINI, Fernando: *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Torino, Giappichelli, 2003, 487 pp. (vol. I), 271 pp. (vol. II). Se estudian algunos sectores del Derecho del consumo, prestando atención a las temáticas conexas al desarrollo de la «sociedad virtual». La primera sección está dedicada a los mecanismos de celebración de los contratos; la segunda se centra en algunos contratos en particular (venta de bienes de consumo en lugares distintos, operaciones bancarias *on line*, servicios de inversión y tutela de los pequeños ahorradores, venta de paquetes turísticos); la tercera parte está dedicada a las técnicas de tuela del consumidor (derecho de desistimiento, la llamanda «nulidad protectora», el contrato notarial).
- PATTI, Salvatore (coord.): *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, Milano, Giuffrè, 2004, 477 pp. Comentario a los artículos 1519-bis ss. del CC italiano en el ámbito de la disciplina de los bienes de consumo.
- ALPA, Guido; Danovi, Remo: *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*, Milano, Giuffrè, 2004, 380 pp. El volumen recoge las contribuciones de diversos estudiosos sobre el tema de la unificación y la armonización del Derecho privado europeo, con ocasión del seminario celebrado entre los días 8-9 noviembre 2002, organizado por el Consiglio nazionale forense.

Bibliografía de Derecho comparado

Barbara Pasa, Universidad de Turín ¹⁸

En el panorama jurídico italiano, el Derecho comparado ha asumido una relevancia importante, sobre todo a partir de la segunda mitad de los años 90, que es cuando la materia se implanta como de enseñanza obliga-

¹⁸ Doctora en Derecho y *ricercatore* en la Università di Torino. La contribución forma parte del Proyecto «Uniform Terminology for European Private Law», que se desarrolla en el marco del Programa IHP (Improving Human Potential) impulsado por la Comisión europea (Contract núm. HPRN-CT-2002-00229), en el que participan las Universidades de Barcelona, Lyon II, Münster, Njmegen, Oxford, Torino y Warsaw.

toria, a cursar en el primer o segundo año de la carrera (Laurea de Giurisprudenza), Hasta ese momento, el Derecho comparado sólo era de enseñanza obligatoria para los estudiantes que optaban por el nivel de estudios de Diritto transnazionale que, por lo demás, pocas Universidades italianas ofrecían.

El peso específico de esta disciplina respecto a las otras asignaturas troncales del actual trienio de la *laurea* o licenciatura de Derecho (*laurea breve*, de tres años, introducida con la última reforma universitaria de 2001) es todavía hoy variable y está en función del mayor o menor peso académico de quien la enseña, así como de la escuela que está detrás (por ejemplo, la escuela de Rodolfo Sacco tiene discípulos en varias Universidades del Norte de Italia, desde Turín a Milán, de Trento a Trieste).

A parte de por la enseñanza obligatoria de «sistemas jurídicos comparados», el Derecho comparado se caracteriza por sus varias posibles derivaciones y por la tendencia a fragmentarse en múltiples enseñanzas optativas (Derecho privado/público/constitucional/administrativo/penal comparado; Derecho de los países del Este europeo/de los Países africano-asiáticos/angloamericanos, etc.). Además, en la Facultades de Derecho italianas, hoy el comparatista enseña también «Derecho privado comunitario y/o europeo» (y se ocupa de la armonización de algunos sectores del Derecho privado nacional a través de la recepción del *acquis communautaire* y, en particular, de las soluciones adoptadas en sede de Derecho de contratos), mientras que el curso institucional de «Derecho de la Unión Europea» (relativo a la descripción del rol y funciones de las instituciones europeas) se enseña por los profesores de Derecho internacional.

Tales materias son recibidas con entusiasmo por los estudiantes por la formación no dogmática y crítica que proporcionan, por la posibilidad que les brinda de formarse como operadores del Derecho integrados en *networks* o redes de cooperación y diálogo con otros juristas (europeos y no europeos) y, finalmente, porque tal formación facilita la integración con los menores costos posibles.

A pesar de que, como consecuencia de las numerosas escuelas que están diseminadas por todas las Facultades de Derecho italianas –y muchas veces debido a la hegemonía de una Escuela sobre otras, que más tiene que ver con cuestiones personales que científicas–, el marco teórico no es unitario, lo cierto es que el jurista crítico que se forma a través de la ciencia jurídica comparada sigue bien y se adapta sin problemas a la evolución constante del Derecho, lo que equivale a decir que se adapta con facilidad a los repentinos cambios de la sociedad contemporánea.

En esta primera crónica se ha optado por presentar algunos aspectos fundamentales del Derecho comparado italiano: en primer lugar, se presentan los textos sobre los que se basa la enseñanza obligatoria de «sistemas jurídicos comparados» en las Facultades italianas (I); siguen luego algunos textos que invitan al estudio de tradiciones jurídicas diferentes a la *Western Legal Tradition*, con la finalidad de poner de manifiesto prejuicios y estrategias de la circulación de modelos jurídicos (II). En otro apartado (*vid. infra* «Vida Jurídica») se presenta la actividad que lleva a cabo la Asociación Italiana de Derecho Comparado (Associazione Italiana di Diritto Comparato), institución que cuenta entre sus miembros con notorios juristas estudiosos de la materia (III) y se señalan algunos congresos importantes que han tenido lugar durante el año en curso. En crónicas ulteriores se presentará un

apartado específico sobre «Derecho y lengua», al cual se dedican específicamente algunos estudiosos del Derecho y en el cual los elementos lingüísticos del Derecho vuelven a adquirir una importancia central, sobre todo en relación con el proceso de armonización/uniformización europea del Derecho privado.

I. La enseñanza de «Sistemas jurídicos comparados»

Pueden destacarse los siguientes textos:

AJANI, Gianmaria; MONATERI, Pier Giuseppe (coord.): *Casi e materiali di diritto comparato*, recogidos por Barbara Pasa, Stefan Greving, Nuria Pérez, Torino, Giappichelli, 2001.

AJANI, Gianmaria: *Il modello post-socialista*, Torino, Giappichelli, 1999².

ALPA, Guido (coord.): *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, Giappichelli, 1996.

ALPA, Guido: *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, Giappichelli, 2004.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI: *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, traducción de O. Calliano de la 11.^a ed. del año 2002, bajo la dirección de Rodolfo Sacco, Padova, CEDAM, 2004⁵.

DE SIMONE, Francesco: *Introduzione allo studio dei sistemi giuridici*, Napoli, ESI, 1997.

GALGANO, Francesco (coord.): *Atlante di diritto privato comparato*, con la colaboración de Franco Ferrari, Gianmaria Ajani, Bologna, Zanichelli, 1999.

GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo: *Sistemi giuridici comparati*, Torino, UTET, 2002².

GUARNIERI, Attilio: *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2003.

LUPOI, Maurizio: *Sistemi giuridici comparati: traccia di un corso*, Napoli, ESI, 2001.

MATTEI, Ugo: *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 1996.

MATTEI, Ugo; MONATERI, Pier Giuseppe: *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, CEDAM, 1997.

MONATERI, Pier Giuseppe: *Il modello di civil law*, Torino, Giappichelli, 1997².

Otros textos utilizados en las facultades italianas para la enseñanza del Derecho comparado son:

PIZZORUSSO, Alessandro: *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1998².

PORTALE, Giuseppe Benedetto: *Lezioni di Diritto privato comparato. Raccolte dagli studenti*, Torino, Giappichelli, 2001.

RAINER, Michael: *Corso di Sistemi Giuridici Comparati*, Colección de la Università degli Studi «Roma Tre» (Facoltà di Giurisprudenza), Torino, Giappichelli, 2004.

VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria: *La tradizione giuridica occidentale. Testi e materiali per un confronto Civil law-Common law*, I, Torino, Giappichelli, 2004².

VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria: *La tradizione giuridica occidentale. Argomenti per un confronto Civil law-Common law*, II, Torino, Giappichelli, 2003.

II. La perspectiva no eurocéntrica

FAVALI, Lyda: *Qirad islamico, commenda medievale e strategie culturali dell'Occidente*, con presentación de David Forte, Torino, Giappichelli, 2004.

GRANDE, Elisabetta: *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, Giappichelli, 2000.

GUADAGNI, Marco: *Il modello pluralista*, introducción de Luca Castellani, Torino, Giappichelli, 1996.

SERAFINO, Andrea: *Riforma giuridica ed economica in transizione: il caso del Vietnam*, Torino, Giappichelli, 2002.

TIMOTEO, Marina: *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, Cedam, 2004.

Legislación

Giovanni Bisazza y Stefano Troiano, Universidad de Verona

Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa*, modificada por la Directiva 97/55, del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997, *por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa*. Ambas Directivas han sido implementadas, respectivamente, mediante el Decreto Legislativo de 25 enero de 1992, núm. 74, y el Decreto Legislativo de 25 de febrero de 2000, núm. 67.

Directiva 85/374/CEE, de 25 julio de 1985, del Consejo de 25 de julio de 1985, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*. Acto de transposición: Decreto del Presidente de la República de 24 de mayo de 1988, núm. 224.

Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, *referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados*

- fuera de los establecimientos comerciales*. Acto de transposición: Decreto Legislativo de 15 de enero de 1992, núm. 50.
- Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986, *relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes*. Acto de transposición: Decreto Legislativo de 10 de septiembre de 1991, núm. 303, y Decreto Legislativo de 15 de febrero de 1999, núm. 65, que han provocado la modificación de los artículos 1742-1753 del CC.
- Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo*. Modificada por la Directiva 90/88/CEE del Consejo, de 22 de febrero de 1990. Ambas Directivas han sido implementadas, respectivamente, mediante la ley núm. 142, de 19 febrero de 1992 (ley comunitaria para el 1991; cfr. los arts. 18-24) y el Decreto Legislativo de 25 febrero 2000, núm. 63, y Decreto del Ministro del Tesoro de 6 mayo de 2000. La disciplina del crédito al consumo ahora está contenida en los artículos 121 ss. del Texto único de las leyes en materia bancaria y crediticia (Decreto Legislativo de 1 de septiembre de 1993, núm. 385).
- Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, *relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados*. Actuación: Decreto Legislativo de 17 marzo de 1995, núm. 111.
- Directiva 92/49/CEE, *sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE*. Actuación: Decreto Legislativo de 17 de marzo de 1995, núm. 175.
- Directivas 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, *relativa a la seguridad general de los productos*, y 2001/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, *sobre seguridad general de los productos*. Ambas han sido transpuestas mediante el Decreto Legislativo de 21 de mayo de 2004, núm. 172, y el Decreto Legislativo de 17 de marzo de 1995, núm. 115.
- Directiva 93/13/CEE de 5 abril 1993 del Consejo, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. Ha sido implementada con el artículo 25 de la Ley de 6 de febrero de 1996, núm. 52, mediante la cual han sido introducidos en el CC los artículos 1469-bis/1469-sexies.
- Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, *relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido*. Transpuesta mediante el Decreto Legislativo de 9 de noviembre de 1998, núm. 427.
- Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, *relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*. Implementada mediante el Decreto Legislativo de 22 de mayo de 1999, núm. 185.
- Directiva 98/27 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*. Incorporada en el ordenamiento jurídico nacional mediante el Decreto Legislativo de 17 de abril de 2001, núm. 239.

- Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*. Ha resultado implementada mediante el Decreto Legislativo de 2 de febrero de 2002, núm. 24, gracias al cual han sido introducidos en el CC los artículos 1519-bis/1519-nonies.
- Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, *por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica*. Incorporada en el ordenamiento jurídico italiano mediante el Decreto Legislativo de 23 de enero de 2002, núm. 10.
- Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, *relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE del Consejo* (cuarta Directiva sobre el seguro de automóviles). Transpuesta en el ordenamiento jurídico italiano mediante el Decreto Legislativo de 30 de junio de 2003, núm. 190.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*. Implementada mediante el Decreto Legislativo de 9 de abril de 2003, núm. 70.
- Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, *por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*. Transpuesta mediante Decreto Legislativo de 9 de octubre de 2002, núm. 231.
- Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, *relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE*. Incorporada en el Derecho italiano mediante el Decreto legislativo de 21 de mayo de 2004, núm. 170.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2002-2004)

HELENA TORROJA MATEU ¹
y DAVID BONDÍA GARCÍA ²

2002

- Asunto «I c. Reino Unido» (Demanda 25680/94) de 11 de julio de 2002: violación artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y violación artículo 12 (derecho a contraer matrimonio). La demandante se quejaba por el no reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual y del estatus jurídico de los transexuales en el Reino Unido. En particular denunciaba el modo en que fue tratada al querer acceder al empleo, a la seguridad social y a las pensiones y, también, ponía de relieve la imposibilidad para contraer matrimonio. La demandante se realizó una operación de conversión sexual, que fue sufragada por el servicio nacional de salud, y llevaba una vida social de mujer, pero continuaba siendo un hombre en el plano jurídico.

El TEDH reafirma que la esfera personal de cada individuo está protegida por el Convenio Europeo, comprendiendo el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad como ser humano. En rigor, el TEDH no minusvalora las importantes repercusiones que ocasionará un cambio fundamental en el sistema, no sólo a efectos de registros de nacimiento, sino también en ámbitos como el acceso a los registros, el derecho de familia, la filiación, la sucesión, la seguridad social y los seguros. Sin embargo, considera que el Reino Unido no puede invocar más su *margin nacional de apreciación* respecto a esta materia y concluye que la *noción de justo equilibrio* inherente al Convenio Europeo decanta el balance a favor de la demandante, constatando la violación del artículo 8.

También el TEDH estima que el artículo 12 establece expresamente que el hombre y la mujer tienen derecho a casarse, pero afirma que no está convencido de que, hoy en día, se pueda continuar admitiendo que estos términos implican que el sexo deba ser determinado según criterios puramente biológicos. El TEDH manifiesta que, si bien pertenece al Estado Parte la determinación de las condiciones que tiene que reunir una persona transexual que reivindica el reconocimiento jurídico de su nueva identidad

¹ Profesora Lectora de Derecho Internacional Público en la Universidad de Barcelona.

² Profesor Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad de Barcelona.

sexual para establecer que su conversión sexual se ha realizado de forma correcta y las formalidades aplicables a un futuro matrimonio, no ve razón alguna que justifique que los transexuales sean privados en todas las circunstancias de su derecho a contraer matrimonio. Por tanto, concluye que existe violación del artículo 12.

2003

- Asunto «Popescu Nasta c. Rumania» (Demanda 33355/96) de 7 de enero de 2003: Violación del artículo 6.1 (derecho a un proceso equitativo) y violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad). La demandante, después de ver reconocida ante las autoridades judiciales rumanas la vigencia de su título de propiedad sobre un inmueble ocupado desde 1973 por el Museo Nacional de Arte, es privada, por la Administración, de su derecho a acceder a su vivienda a instancias del Presidente de Rumania.

El TEDH constata una violación del artículo 6.1 ante la no ejecución de la decisión de los tribunales internos rumanos y una violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 puesto que el derecho a la propiedad de la demandante había sido establecido mediante una sentencia definitiva. Rumania debe restituir el inmueble litigioso o indemnizar económicamente a la demandante.

- Asunto «K.A. c. Finlandia» (Demanda 27751/95) de 14 de enero de 2003: Violación del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar). El demandante alegaba que la custodia de sus hijos por parte de los servicios sociales, el proceso en el que se decidió esa custodia y la ejecución de dichas medidas era contraria al derecho a la vida privada y familiar garantizado en el CEDH. La custodia sobre sus tres hijos le fue retirada ante las sospechas de que se habían practicado abusos sexuales sobre los menores.

El TEDH, después de un análisis del procedimiento por el que se le retiró la custodia, constata que no existe violación del artículo 8. Sin embargo, el propio Tribunal no aprecia ningún esfuerzo serio y constante por parte de los servicios sociales para facilitar la reunión de la familia. Las restricciones a los contactos entre los padres biológicos y sus hijos, y la ausencia de un examen continuado a propósito de estas restricciones por parte de los servicios sociales contribuyeron más a impedir una reunión de la familia que a favorecerla. Es por ello que el TEDH constata una violación del artículo 8 al no apreciar las autoridades nacionales los elementos que demostraban que la situación familiar había ido mejorando.

- Asunto «Iglesias Gil y A.U.I. c. España» (Demanda 56673/00) de 29 de abril de 2003: Violación del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar). La demandante, actuando en nombre propio y como representante legal de su hijo, alegaba que las autoridades españolas no habían adoptado ni las medidas adecuadas para asegurar la rápida ejecución de las decisiones tendentes a evitar que su ex marido se llevara a su hijo a los Estados Unidos ni las medidas para facilitar el retorno del menor a España.

El TEDH recuerda que el artículo 8 incluye el derecho que tienen los padres a la adopción de medidas para reunirlos con sus hijos y la obligación que tienen las autoridades nacionales de adoptarlas. Las obligaciones

positivas que el artículo 8 hace recaer sobre los Estados Partes en materia de reunión de un padre con sus hijos deben interpretarse a la luz de la Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores.

El TEDH estima que correspondía a las autoridades nacionales competentes aplicar las medidas apropiadas previstas en las disposiciones de la Convención de La Haya con la finalidad de asegurar el retorno del menor con su madre. El TEDH concluye que las autoridades españolas omitieron su deber de realizar los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la demandante al retorno de su hijo y el derecho de éste a reencontrarse con su madre, constatando así una violación del artículo 8.

2004

- Asunto «Lebbink c. Países Bajos» (Demanda 45582/99) de 1 de junio de 2004: Violación del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar). El demandante, Ginger Lebbink, de nacionalidad holandesa, residente en Breda, alega que los Países Bajos han atentado contra este artículo y el artículo 14, con la negativa de otorgarle un derecho de visita sobre su hija nacida fuera del matrimonio. El TEDH concluye que ha existido violación del artículo 8 no siendo necesario proceder a examinar la violación del artículo 14.
- Asunto von Hannover c. Alemania (Demanda 59320/00) de 24 de junio de 2004: Violación del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar). La Princesa Carolina von Hannover intenta sin éxito ante varias jurisdicciones alemanas la prohibición de nuevas publicaciones de fotos aparecidas en diversas revistas durante los años noventa. En 1999 la Corte constitucional federal admite una demanda relativa a unas fotos donde, a diferencia de casos anteriores, aparecía en compañía de sus hijos. La Corte, sin embargo, centrándose en las fotos que únicamente afectan a la persona de la demandante, concluye que no había existido violación de su derecho al respeto a su vida privada y familiar en atención a la personalidad *absoluta de la historia contemporánea* que representa la demandante, que le implica tolerar la publicación de fotos en lugares públicos incluso si no estaba realizando *funciones representativas estatales*. Se primaba así la libertad de prensa y el interés legítimo del público a la información. La demandante alegó ante el TEDH que las decisiones judiciales alemanas atentaban contra su derecho al respeto a la vida privada y su vida familiar.

El TEDH –que no entra en el ámbito de las fotos de la demandante en compañía de sus hijos, pues toda nueva publicación al respecto había quedado prohibida por la jurisdicción alemana– concluye que el artículo 8 prevalece en este caso sobre el artículo 10 (libertad de expresión), a pesar del margen de apreciación que tienen los Estados en este ámbito. Principalmente porque se trata aquí de una difusión no de *ideas* sino de imágenes con información *muy personal e íntima* sobre una persona, cuya realización implica además un acoso que conlleva un sentimiento de intrusión fuerte en la vida privada, e incluso de persecución. El elemento determinante para solucionar el choque entre los intereses en presencia reside en la contribución de las fotos publicadas al *debate de interés general*, lo que no es el caso, por lo que prevalece el artículo 8 sobre el artículo 10.

- Asunto Mora do Vale y otros c. Portugal (Demanda 53468/99) de 29 de julio de 2004: Violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad). Los demandantes son 27 nacionales portugueses residentes bien en Portugal bien en Suiza, antiguos propietarios o herederos en un caso, de un extenso terreno -que incluye zonas agrícolas, inmuebles y un bosque-, que fueron expropiados indebidamente en 1975, en aplicación de la reforma agraria; fueron restituidos de sus bienes en 1989. Ante ello, los interesados pidieron reparación de los daños causados por ocupación ilícita de sus propiedades ante la Administración. Ésta no fijó la indemnización hasta los años 2000 y 2001, decisión que los interesados demandaron ante el Tribunal Supremo administrativo, que aún no ha resuelto el caso; ante tal circunstancia algunos demandaron ante las jurisdicciones civiles a la Administración por daños e intereses, estando aún pendiente el caso ante el Tribunal Supremo. Los demandantes alegan ante el TEDH que tanto la indemnización fijada como el pago tardío atentan a su derecho al respeto de sus bienes (art. 1 del Protocolo núm. 1); así como su derecho a un recurso efectivo (art. 13) por la imposibilidad de forzar a la administración a adoptar una decisión.

El TEDH concluye que hubo violación del artículo 1 del Protocolo número 1, dada la tardanza en la indemnización (16 años) y la *litis pendencia* del caso ante el Tribunal Supremo. De esta forma se rompe el equilibrio entre este interés y las exigencias del interés general. No considera necesario examinar la violación del artículo 13.

Jurisprudencia Nacional entorno al Derecho Comunitario (2002-2004)

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS
Universidad de Barcelona

TRIBUNAL SUPREMO

2002

- Auto TS de 30 de mayo de 2002 (RJ 2002/5214). Cuestión prejudicial: negativa a plantearla. Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (FJ 3.º). El demandante expresa su deseo de que sea planteada cuestión prejudicial por entender que determinadas actuaciones administrativas del Gabinete de Seguridad e Higiene en el Trabajo de Valencia vulnera Directivas de las Comunidades europeas. Se trata de una pretensión incidental a una demanda en la que el demandante reclama responsabilidad civil a los miembros del TSJ Comunidad de Valencia (Sala contencioso-administrativa) porque, según él, su honor ha resultado lesionado por una sentencia. Se desestima el recurso puesto que el derecho comunitario ni es necesario para resolver el recurso en cuestión –sobre derecho al honor– ni tienen nada que ver con él –se refieren a cuestiones de seguridad, salud y protección de los trabajadores. *Vid.* previamente SAP Valencia, de 27 de febrero de 2002 (JUR 2002/117768).
- STS de 24 de junio de 2002 (RJA 2002/5259). Propiedad Industrial: interpretación del Derecho nacional de conformidad con el comunitario. Caducidad parcial de la marca, Ponente: Afonso Villagómez Rodil, FJ 1.º: «Sucede que el referido artículo 4.4 no resulta ajustado a la Primera Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1988 (89/104 CEE), pues en su artículo 10 se está refiriendo al uso de la marca registrada para todos y cada uno de los productos o servicios que ampara y no incluye como efectivo uso lo previsto en artículo 4.4 de la Ley de Marcas, precepto que de esta manera queda descabalgado de la Directiva, instaurándose así una diferencia esencial, pues la Directiva sí resulta propicia a que proceda la caducidad parcial, a tenor de sus artículos 11.4.º y 13 y con ello ampara el uso parcial de la marca para aquellos productos y servicios con demostrada presencia en el mercado. La sentencia de 5 de abril de 1994 (RJ 1994, 2934) pone de manifiesto la rigurosidad de la Ley de Marcas, cuidando de matizar el alcance de la declaración de caducidad, a fin de que ésta no exceda más del de los productos o servicios en verdad afectados, obligando, en su caso, a declaraciones de caducidad parcial. El discurso casacional lleva al necesario alineamiento con el Derecho comunitario y hace preciso que proceda aplicar la caducidad parcial al caso presente a efectos de no

dejar vacío de contenido al artículo 54, y dar cumplimiento a la doctrina del Tribunal de Justicia de Luxemburgo y que esta Sala de Casación Civil tuvo en cuenta en la sentencia de 18 de marzo de 1995, en cuanto vino a declarar que los Tribunales Ordinarios, si bien aplicando el propio Derecho interno, lo ajustarán a una interpretación lo más conforme al Texto de la Directiva de que se trate. A partir de la adhesión de España se halla vinculada al Derecho Comunitario Europeo, originario y derivado, que constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros (Sentencia de 8-11-1996 [RJ 1996, 7954]).

- STS 23 de enero de 2004 (RJA 2004/1). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta: exigencia de responsabilidad civil a los Magistrados del TC, por entender que éste se negó a valorar la procedencia de un recurso de amparo. La sentencia da la razón al demandante. Para ello, el TS trae a colación, en el FJ 7.º, la jurisprudencia del TSJCE que obliga a indemnizar daños al particular que se ve afectado por la resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelva en última instancia aunque en el caso en examen no se trata de la infracción del Derecho comunitario. Puesto que el TS entiende que se ha negado indebidamente el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el TS apoya su resolución dando la razón al demandante en la STEDH de 21 de marzo de 2000 «Dulaurans c. Francia» que, al amparo del artículo 41 CEDH obliga al Estado que haya violado un derecho fundamental a reparar los daños que dicho comportamiento hubiera podido causar a la persona perjudicada. La sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado Francisco Marín Castán.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Acción de cesación

- AAP Castellón, de 6 de octubre de 2004 (JUR 2003/264471), AAP Sevilla, de 16 de septiembre de 2003 (AC 2003/1658), SAP Sevilla, de 16 de septiembre de 2003 (JUR 2003/242991): no es acción de cesación la demanda de las 160 personas que solicitan la resolución judicial de contratos de matrícula por incumplimiento de las obligaciones de la escuela y la resolución judicial de los contratos de crédito vinculados para su financiación. Improcedencia en la adopción de medidas cautelares (paralización del cobro y cancelación o supresión de datos en los ficheros de morosos).
- SAP Baleares de 17 de marzo de 2003 (AC 2003/1624): legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas para interponer una acción de cesación. No es requisito habilitante a estos efectos la inscripción en el Registro de Sanidad y Consumo, que sólo determina la posibilidad de dichas asociaciones de gozar de los beneficios que establece la LGDCU.

Crédito al consumo

- SAP Lugo, de 13 de febrero de 2004 (JUR 2004/92716), SAP La Coruña, de 22 de octubre de 2002 (AC 2003/40): intereses moratorios por no devolución de préstamo considerados abusivos. Consideración de la cláusula como abusiva.

- SAP Orense, de 5 de marzo de 2003 (JUR 2004/142089), SAP Cádiz, de 19 de septiembre de 2003 (AC 2003/1586), SAP Valencia, de 7 de junio de 2003 (JUR 2004/54985), SAP Cádiz, de 26 de marzo de 2002 (AC 2002/1063): nulidad del contrato de préstamo como consecuencia de la nulidad del contrato principal, generalmente porque éste no proporciona por escrito la información sobre el derecho a revocar y, a veces, también porque el contrato de préstamo no contiene toda la información sobre las condiciones de devolución. En la misma línea, SAP Baleares, de 22 de septiembre de 2004 (JUR 2004/74439), SAP Cádiz, de 19 de septiembre de 2003 (AC 2003/1586): en los contratos vinculados de enseñanza y financiación, el incumplimiento de la entidad proveedora de sus obligaciones contractuales puede ser opuesto al prestamista. La resolución del contrato principal determina la ineficacia del contrato de financiación.
- SAP Barcelona, de 7 de marzo de 2003 (JUR 2003/197251): los contratos de crédito al consumo deben contener la tasa anual equivalente. Si se omite, resulta aplicable la penalización del artículo 7 Ley 7/95, de crédito al consumo, que excluye todo interés moratorio y reduce la obligación del consumidor a abonar el interés legal en los plazos convenidos.

Cláusulas generales

- SAP Barcelona, de 25 de febrero de 2004 (JUR 2004/122355), SAP Barcelona, de 11 de diciembre de 2004 (JUR 2004/29761), SAP Barcelona, de 17 de octubre de 2003 (JUR 2004/259572): nulidad de cláusula general de sumisión a arbitraje que se encuentra inserta como condición general en contratos de adhesión celebrados con consumidores. Se alega jurisprudencia comunitaria para justificar la tutela judicial de oficio en esta materia.
- SAP Lugo, de 13 de febrero de 2004 (JUR 2004/92716). *Vid. supra* en «Crédito al consumo».
- SAP Baleares de 17 de marzo de 2003 (AC 2003/1624): la cláusula general de redondeo al alza impuesta en los créditos hipotecarios es abusiva.
- SAP Málaga, de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/132214): la cláusula general en virtud de la cual «el contrato se considera prorrogado por 10 años si una de las partes no lo denuncia con 180 días de antelación a su vencimiento» se considera abusiva. Interpretación del Derecho nacional conforme con el comunitario
- SAP Madrid, de 1 de junio de 2002 (JUR 2002/209501), SAP Alicante, de 20 de marzo de 2002 (JUR 2002/140953): noción de «condiciones generales» y distinción con «cláusulas abusivas». Interpretación del Derecho nacional de conformidad con el comunitario.

Falta de efecto horizontal de las Directivas no transpuestas

- SAP Málaga, de 24 de junio de 2004 (JUR 2004/11587).

Interpretación del Derecho nacional de conformidad con el comunitario

- SAP Madrid, de 10 de septiembre de 2004 (AC 2004/896): no es posible la interpretación conforme de la Ley 32/1998, de marcas con la Directiva

89/104, en relación con la «prescripción por tolerancia», porque el Derecho nacional no prevé tal prescripción y, por tanto, si se aplicara no se estaría ante una interpretación conforme con el Derecho comunitario, sino contraria al Derecho nacional.

- SAP Valencia, de 2 de junio de 2003 (AC 2003/2199): contrato de abandonmentamiento y suministro en exclusiva de carburantes contrario al Derecho comunitario porque impide o restringe el juego de la competencia mediante la imposición al revendedor de una obligación de compra exclusiva al proveedor y de unos precios controlados por este último. Lo prohíbe el artículo 85 TCE, el Reglamento 1984/83 «y, en último extremo, el artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia interpretado según el Derecho comunitario».

Vid. supra «Cláusulas generales».

Ordenación del comercio minorista

- SAP Málaga, de 15 de enero de 2004 (JUR 2004/16557): desistimiento unilateral de contrato de prestación de servicios turísticos (de alojamiento en hoteles en más de cincuenta países durante dos períodos de siete días anuales) no celebrado a distancia ni fuera de establecimiento comercial, en base a lo dispuesto en el artículo 44 LOCM, por entender que la actividad mercantil de la demandada es una prestación de servicios y, por tanto, una actividad de promoción comercial a que se refiere el artículo 1.2.

Seguro de responsabilidad civil

- SAP Madrid, de 19 de enero de 2002 (JUR 200340346): los daños causados a terceros por conducción en estado de embriaguez deben ser indemnizados por el asegurador, pero éste tiene derecho de repetición contra el asegurado. Recurso a la interpretación de las Directivas comunitarias realizada por el TJCE a partir de la cuestión prejudicial planteada en su momento por un juez español.

Responsabilidad por productos defectuosos

- SAP Valencia, de 7 de octubre de 2004 (JUR 2004/48455): imposibilidad de probar la relación de causalidad entre el defecto del producto y el daño causado.

Venta a plazos de bienes muebles

- SAP Barcelona, de 7 de marzo de 2003 (JUR 2003/197251): un contrato de enseñanza de inglés no entra en el ámbito de aplicación de la Ley 28/98, de venta a plazos de bienes muebles: un curso de inglés no puede ser conceptualizado de bien mueble corporal no consumible.

Venta fuera de establecimientos mercantiles

- SAP Salamanca, de 23 de julio de 2002 (JUR 2002/23815): procede la nulidad del contrato porque la mención de la posibilidad de revocar consta en

letra extremadamente pequeña y de manera poco clara: «El lote será entregado por AUBISA, revocable en 7 días».

Viajes combinados

- SAP Baleares, de 19 de diciembre de 2004 (JUR 2004/124246): apreciación de incumplimiento contractual de viaje combinado por no ofrecerse alojamiento en los mismos hoteles que figuraban en el catálogo y obligación de la agencia de probar que éstos eran de la misma categoría que los ofrecidos en el mismo. Condena indemnizar el daño moral.
- SAP Castellón, de 1 de junio de 2002 (AC 2002/1965): no existe responsabilidad solidaria entre el organizador y el detallista, si el daño sufrido no corresponde al ámbito de gestión de esta última.

Miscelánea

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS
Universidad de Barcelona

ESTUDIOS

- Publicado en enero de 2004 el *rapport* sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea en 2003 [ref: CFR-CDF.rapUE.2003] realizado por la red de expertos independientes creada por la Comisión europea (Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior) a requerimiento del Parlamento, con el objeto de hacer un seguimiento de la situación de los derechos fundamentales en los Estados miembros, sobre la base de la Carta de los Derechos fundamentales. Disponible en europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/doc/rapport_2002_fr.pdf.
- Estudio sobre responsabilidad extracontractual y derechos reales, «The interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe» disponible en Internet en http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf. También publicado por la editorial Sellier, 2004 (ISBN 3-935808-20-8) (*vid. infra* recensión de Sergio Cámara Lapuente).
- Estudio sobre el impacto económico de la Directiva 84/374, sobre responsabilidad por productos defectuosos, publicado por la Fundación Rosselli por encargo de la Dirección General de Mercado Interior, http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/goods/docs/liability/2004-06-dev-risk-clause-study_en.pdf.
- Estudio de Derecho comparado sobre las reglas de conflicto de jurisdicciones y de conflictos de leyes relativas a los testamentos y las sucesiones en los Estados miembros de la Unión Europea. Estudio encargado por la Comisión de la Comunidad Europea. Dirección General de Justicia e Interior: *rapport* final de síntesis y conclusiones de fecha 18 de septiembre de 2002, realizado por el Deutsches Notarinstitut (Instituto Notarial Alemán) en colaboración con Heinrich Dörner (U. Münster) y Paul Lagarde (París I). Disponible en <http://www.dnoti.de/DOC/2004/Zusammenfassung.pdf>.
- El Servicio de Estudios jurídicos del Senado francés publica (junio 2004) el estado de la cuestión en materia de legislación europea sobre matrimonios homosexuales (<http://www.senat.fr/lc/lc134/lc134.html>).
- La sección de estudios y relaciones parlamentarias europeas del Servicio de Asuntos Europeos de la Asamblea Nacional Francesa publica una serie de estudios de Derecho comparado sobre temas diversos. En julio de 2004, en relación con el Derecho privado, se han dado a conocer en Internet los siguientes: matrimonio y parejas de hecho en Europa, divorcio, publicidad

del alcohol (http://www.assembleenationale.fr/europe/comparaisons/etudes_compares.asp). En relación con las parejas no casadas y los matrimonios del mismo sexo, véase, además, la Opinión No 1-2003 de 10 de abril de 2003, realizada por la red de expertos independientes creada por la Comisión europea, en respuesta a la recomendación del Parlamento de realizar un seguimiento sobre el respeto a los derechos fundamentales en los Estados miembros [2000/2231(INI)]: «Unions between unmarried partners and same sex marriages: An assessment, in terms of fundamental rights, of the impact of forms of union between unmarried partners and same sex marriages on the right of EU citizens and members of their families to move freely and reside in the Member Status» (http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/indez_en.htm#top).

- Publicado el documento «Fertility and family issues in an enlarged Europe» (T. Fahey and Z. Spéder) de la European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2004 (<http://www.eurofound.eu.int/publications/files/EF03115EN.pdf>).
- Estudio sobre la responsabilidad del prestador de servicios («comparative analysis of national liability systems for remedying damage caused by defective consumer services»), realizado por el Institut für Europäisches Wirtschafts und Verbraucherrecht e.V. por encargo de la Comisión europea. Presentan el report final Ulrich Magnus y Hans W. Micklitz (abril 2004). El documento consta de una parte general sobre los sistemas de responsabilidad civil por daños en las legislaciones europeas (Francia, Alemania, España, Suecia, Italia, Reino Unido y Estados Unidos) y de una parte especial referida a algunos servicios en particular, entre ellos los médicos y de turismo, con análisis de derecho comparado (http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_safe/serv_safe/liability/reportabc_en.pdf).

LEGISLACIÓN EN CURSO

- Propuesta de Directiva sobre prácticas comerciales abusivas. De acuerdo con el Libro Verde para la protección del consumidor de 2001 [COM (2001) 531 final], la Comunicación de Seguimiento del Libro Verde, de 2002 [COM (2002) 289 final] y las respuestas a consultas y otros estudios y, entre ellos, la evaluación del impacto de las propuestas (SEC [2003] 724, Bruselas, 18.6.2003), que incluye un documento de trabajo elaborado bajo la dirección de los Prof. Hans Schulte-Nölke y Reiner Schulze, sobre las leyes nacionales que regulan las prácticas comerciales desleales («Analysis of National Fairness Laws», disponible en inglés [versión que incluye los *rappports* de Derecho nacional, escritos indistintamente en inglés y francés] y una versión reducida, limitada al análisis comparativo, en alemán y francés, que puede consultarse en (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/studies/index_en.htm); finalmente el pasado 18 de junio de 2003, la Comisión adoptó una propuesta de Directiva sobre prácticas comerciales abusivas [COM (2003) 356 fin]) (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/directive_prop_es.pdf), con el objeto de facilitar el comercio transfronterizo e incrementar la protección al consumidor. *Vid.* además ahora la Sección 5, Título III, Capítulo I, del Tratado por el que se aprueba

una Constitución europea, en lo que concierne a la competencia leal y la prohibición de prácticas abusivas.

La Directiva propuesta sobre prácticas comerciales modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE y 98/27/CE y complementa la legislación existente, como la Directiva 87/192/CEE, 2000/31/CE. Además, en el futuro deberá ponerse en relación con los proyectados Reglamento sobre promociones de ventas en el mercado interior [COM (2001) 546 final] y Reglamento relativo a la cooperación en materia de protección a los consumidores entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores, presentada el 18 de julio de 2003 por la Comisión europea al Parlamento y al Consejo [COM (2003) 0443].

El pasado 20 de abril de 2004, el Parlamento Europeo emitió su informe sobre el proyecto de Directiva (PE 338.449, RR/529444ES.doc), vistos los previos de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior y la opinión de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Política del Consumidor (A5-0188/2004) (<http://www2.europarl.eu.int>), y el 18 de mayo de 2004 fue aprobado por el Consejo en su 2583.^a sesión (Competitividad-Mercado Interior, Industria e Investigación; Press:140 Nr: 9081/1/04 REV1; http://ue.eu.int/cms3_applications/applications/news-Room/loadBook.asp?BID=88&LANG=7&cmsid=353). La Directiva volverá al Parlamento para una segunda lectura el próximo otoño. Recientemente, también se ha publicado el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo [= CESE] (DOCE C 108, de 30 de abril de 2004).

En esencia, se trata de una Directiva marco que pretende proteger los intereses económicos de los consumidores, allí donde no exista legislación sectorial específica del Derecho comunitario sobre prácticas comerciales desleales. La lealtad puede apreciarse tanto antes como después de la venta y son desleales las contrarias a la diligencia profesional (concepto que requeriría mayor definición, según el CESE, epígrafe 3.8.1) y que distorsionan el comportamiento económico del consumidor, que es algo que, con carácter general, deberá demostrar el demandante. Sobre éstas existe una prohibición general, que luego se concreta en dos tipos de prácticas: las engañosas (lo son tanto las acciones como las omisiones) y las agresivas (limitan la libertad de elección del consumidor). La Directiva no se ocupa de las relaciones de las empresas entre sí, sino sólo de las que existen entre la empresa y el consumidor (crítico, en este punto, el CESE, epígrafe 3.4.1); éste es el consumidor según la definición que proporcionan numerosas Directivas, pero se añade también el parámetro del «consumidor medio» según lo define el TJCE («el consumidor razonablemente informado y normalmente atento y perspicaz»), descartando, pues, el consumidor «vulnerable» o «atípico», sin perjuicio de la protección a grupos concretos de personas, como los niños (el CESE teme los problemas que tal restricción de protección pueda causar al consumidor menos informado, epígrafe 3.6.2). Se excluye cualquier aspecto de Derecho contractual y, por tanto, no se entra a analizar los efectos que como consecuencia de una práctica comercial desleal tiene el engaño sobre la formación de la voluntad del consumidor, algo que el CESE lamenta (epígrafe 3.3.4). La Directiva acoge el principio del reconocimiento mutuo («cláusula de mercado interior»). Se asume el papel fundamental de los Códigos de conducta y se impone el reconocimiento de la legitimación a personas o asociaciones

para hacer cesar las prácticas desleales. El CESE (epígrafe 3.10.1) recomienda la posibilidad de incluir la solución extrajudicial de las controversias. Finalmente, se añade una lista negra de prácticas comerciales consideradas desleales en todo caso y, por tanto, prohibidas. Entre ellas, las ventas en pirámide [vid. la pregunta escrita del parlamentario Christoph Konrad (PPE-DE) a la Comisión (DOCE C 174 E de 19/06/2001, pp. 0034-0035)].

- Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre servicios en el mercado interior. Publicada ya la opinión del Comité de expertos en materia civil (Bruselas, 22 de octubre de 2004, Doc. JUR 13858/04] sobre las reglas de Derecho internacional privado contenidas en la misma, basadas en el *country origin principle* (principio de aplicación de la ley del Estado en que la empresa que presta los servicios está establecida), puestas en relación con las reglas basadas en ese mismo principio contenidas en Roma I (ley aplicable a las obligaciones contractuales) y en la Propuesta de Roma II (ley aplicable a las obligaciones extracontractuales).
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II) [COM(2003)427 final-2003/0168 (COD)], DOCE C 241, de 28 de septiembre de 2004.
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo (COM/2004/0173 final-COD 2004/0055).
- Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («ROMA II») (COM/2003/0427 final-COD 2003/0168).
- Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores que deroga la Directiva 87/102/CE y modifica la Directiva 93/13/CE (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del art. 250 del Tratado CE), Bruselas, 28.10.2004, COM(2004)747 final-2002/0222 (COD). La propuesta modificada introduce el concepto de «crédito combinado», revisa el método de cálculo de la tasa anual y acentúa las obligaciones de información precontractuales y contractuales.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [SEC(2004) 1314] (COM/2004/0718 final-COD 2004/0251).

INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

- Los informes anuales sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario, aunque no actualizados, están disponibles en http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/pdf/rapport_annuel/20_rapport_annuel.htm. Un informe del UNICE (Union of Industrial and Employer's Confederations of Europe) da cuenta del estado de la cuestión en torno a la transposición de la Directiva 99/44, cuyo plazo de transposición expiró el 1 de enero de 2002 (<http://www.unindustria.bg.it/restyling/servi-zi/ambiente/tutlavoratore/sicurprod/document/rapportounice.pdf>). Además, en relación con las Directivas que afectan al funcionamiento mercado

interior, puede verse el *working-paper* hecho público por la Dirección General de Mercado Interior en julio de 2004 (http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/score/indez_en.htm), que anuncia un déficit de transposición del 2,2% (lo que equivale a más de 134 Directivas aún no transpuestas en los 15 Estados miembros, a pesar de haber transcurrido el plazo). Francia tiene el peor récord, seguida de Grecia, Alemania, Italia y los países del Benelux. En relación con los nuevos Estados miembros, existen bastantes disparidades en cuanto a la velocidad de acomodación a la nueva legislación europea.

- La STJCE 1 de julio de 2004 C-311/03, «Commission des Communautés européennes c. République française», condena a Francia por la falta de transposición de la Directiva 99/44; la STJCE 19 de febrero de 2004 C-310/03, «Comisión de las Comunidades Europeas c. Gran Ducado de Luxemburgo», hace lo propio con el Ducado de Luxemburgo y, en ese mismo día, la STJCE de 19 de febrero de 2004 C-312/03, «Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de Bélgica», condena al Reino de Bélgica [sobre el retraso en este último país, BODEN, Didier: «Le retard pris par la Belgique pour transposer la Directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation», 4 (2003) *GPR* (= *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatright*) 190]. Por otra parte, la STJCE de 13 de mayo de 2003 (asunto C-463/00) ha establecido que el Reino de España ha infringido el principio de libre circulación de capitales (art. 56 TCE) al haber mantenido en vigor determinadas disposiciones de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de privatización, y los Reales Decretos relativos a Repsol S.A., Telefónica de España S.A. y Telefónica Servicios Móviles S.A., Corporación Bancaria de España S.A. (Argentaria), Tabacalera S.A. y Endesa S.A., que establecían la aplicación de un régimen de autorización administrativa previa. Aunque España ha adoptado una nueva normativa (Disposición adicional 25 de la Ley núm. 62/2003) el 30 de diciembre de 2003, la Comisión considera insuficientes las modificaciones introducidas y le insta a cumplir la decisión del Tribunal de Justicia (art. 228 TCE) [IP/04/923, 15/07/2004].
- También la Comisión Europea ha decidido denunciar a España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a propósito de su legislación sobre la transferencia de carteras de seguros entre operadores que, en su opinión, es discriminatoria con las empresas de seguros no españolas. También ha denunciado a Italia por inadecuación al Derecho comunitario de la legislación relativa a las actividades de los «consultores laborales» («consulenti del lavoro») y a la recuperación extrajudicial de créditos. Y a Francia le ha reprendido por el hecho de que aplique sin discriminación su régimen sobre la toma de fotografías aéreas, que en la actualidad impone una obligación de autorización exclusivamente a quienes no sean súbditos franceses (art. 226 TCE) [IP/04/937, 16/07/2004].
- La Comisión Europea ha decidido llevar a Italia ante el TJCE en relación con determinadas disposiciones de su legislación interna sobre los contratos públicos de obras y ha solicitado a España, los Países Bajos y Finlandia que ajusten su legislación al Derecho comunitario e introduzcan procedimientos efectivos que permitan a los licitadores oponerse a las decisiones de los órganos de contratación. A Dinamarca le solicita una nueva interpretación de la Directiva 92/50/CEE sobre contratos de servicios [IP/04/951, 19/07/2004].

- La Comisión también ha sancionado a Bélgica porque estima que el baremo de honorarios recomendado para los arquitectos infringe las normas europeas de competencia, puesto que su finalidad es coordinar la política de precios de los arquitectos en Bélgica, algo que no es necesario para el buen ejercicio de la profesión [IP/04/800, 24/06/2004].
- La Comisión Europea ha decidido recurrir contra España ante el Tribunal de Justicia porque discrimina fiscalmente los fondos de pensiones extranjeros. La Comisión considera que la legislación española obstaculiza la prestación de los servicios de los fondos de pensión extranjeros en el mercado español y la contratación de seguros voluntarios de pensión con instituciones extranjeras. España ha anunciado que no piensa modificar su legislación hasta que no finalice el plazo de transposición de la Directiva 2003/11 sobre fondos de pensiones, esto es, el 23 de septiembre de 2005 [IP/04/845, 2/07/2004].
- En relación con el mercado interior, la Comisión Europea ha decidido pedir formalmente a 9 Estados miembros, que acumulan un total de 15 casos de infracción, que cumplan su compromiso de aplicar correctamente varias normas. España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Portugal no han aplicado plenamente la Directiva de 1992 sobre el derecho de préstamo público y el derecho de alquiler. La Comisión ha archivado un caso individual sobre derechos de autor contra Luxemburgo, que finalmente ha aplicado la Directiva de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Grecia aún no ha incorporado al Derecho nacional las Directivas de 2002 sobre los márgenes de solvencia de las empresas de seguros de vida y de seguros distintos de los seguros de vida. Bélgica, Grecia, Francia, Italia, Luxemburgo y Suecia no han aplicado la Directiva de 2002 sobre garantías para las transacciones financieras. Si no se recibe una respuesta satisfactoria en el plazo de dos meses, la Comisión podrá actuar contra estos Estados miembros ante el Tribunal de Justicia [IP/04/891, 13/07/2004].
- La Comisión ha iniciado un procedimiento de infracción del Derecho comunitario contra cinco Estados miembros (Austria, Alemania, Finlandia, Grecia y Luxemburgo) por falta de transposición de las Directivas 2000/43 y 2000/78, de lucha contra la discriminación [IP/04/947, 19/07/2004].
- Recientemente se ha dado a conocer también la STJCE 9 de septiembre de 2004, «Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España», en la que el TJCE estima incorrecta la transposición de los artículos 5 y 6 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas. En su virtud, la interpretación *contra proferentem* no tiene lugar cuando son las asociaciones las que litigan mediante acciones de cesación (algo que la ley española no había precisado) y, por otra parte, se estima que la expresión del artículo 6 «estrecha relación» no es posible restringirla mediante la acumulación de criterios de conexión previamente definidos, tales como requisitos acumulativos relativos a la residencia y el lugar de celebración del contrato contemplados en el artículo 5 del Convenio de Roma.

CUESTIONES PREJUDICIALES

- Petición de decisión prejudicial planteada mediante resolución del Szombathelyi Városi Bíróság, de fecha 10 de junio de 2004, en el asunto entre Ynos Kgt y Varga János (Asunto C-302/04) [DOCE C 251, de 9 de octubre de 2004, 5]. El citado Szombathelyi Városi Bíróság solicita del TJCE que se pronuncie con carácter prejudicial sobre las siguientes cuestiones:

a) El artículo 6.1 de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, según el cual los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional, ¿puede interpretarse en el sentido de que puede constituir el fundamento de una disposición nacional como el artículo 209, apartado 1, del Polgári Törvénykönyv (CC húngaro), aplicable cuando se constata el carácter abusivo de una condición general de un contrato, según la cual las cláusulas abusivas no dejan de vincular al consumidor *ipso iure*, sino sólo cuando exista una declaración expresa de éste, es decir, en caso de que prospere la impugnación?

b) De esta disposición de la Directiva, según la cual el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas, ¿se desprende que, cuando las cláusulas abusivas establecidas por un profesional no vinculen al consumidor en las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, pero sin dichas cláusulas, que forman parte del contrato, el profesional no habría celebrado dicho contrato con el consumidor, la validez de todo el contrato no puede verse afectada si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas?

c) Desde el punto de vista de la aplicación del Derecho comunitario, ¿es relevante que el litigio principal haya surgido antes de la adhesión de la República de Hungría a la Unión Europea, pero después de la adaptación de su Derecho interno a la Directiva?

- Petición de decisión prejudicial planteada mediante resolución de la Supreme Court (Irlanda), de fecha 27 de julio de 2004, en el asunto Eurofood IFSC Ltd. y en el asunto de The Companies Acts 1963 to 2003 (leyes de sociedades de 1963 a 2003), Enrico Bondi contra Bank of America N.A., Pearse Farell (the Official Liquidator), Director of Corporate Enforcement and the Certificate/Note holders (Asunto C-341/04) [DOCE C 251, de 9 de octubre de 2004, 13]. La Supreme Court (Irlanda) solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre las siguientes cuestiones:

a) Cuando se presenta ante un tribunal competente en Irlanda una solicitud de liquidación de una sociedad insolvente y, mientras está pendiente la adopción del auto de liquidación, dicho tribunal dicta una resolución por la que se nombra a un síndico provisional facultado para tomar posesión de los activos de la sociedad, gestionar sus asuntos, abrir una cuenta bancaria y designar a un Solicitor, todo ello con los efectos jurídicos de privar a los administradores de la sociedad de las facultades para intervenir, ¿constituye dicha resolución, en relación con la presentación de la solicitud, una decisión de apertura del procedimiento de insolvencia en el sentido del artículo 16, interpretado a la luz de los artículos 1 y 2 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo?

b) Si la respuesta a la primera cuestión es negativa, la presentación en Irlanda ante la High Court de una solicitud de liquidación obligatoria de una sociedad por dicho tribunal ¿constituye la apertura de un procedimiento de insolvencia en el sentido del referido Reglamento, en virtud de la disposición legal irlandesa (artículo 220, apartado 2, de la Companies Act 1963) que considera que la liquidación de la sociedad se inicia en la fecha de la presentación de la solicitud?

c) ¿Tiene el artículo 3 de dicho Reglamento, en relación con el artículo 16, la consecuencia de que un tribunal de un Estado miembro distinto de aquel en el que se encuentra el domicilio social de la sociedad y de aquel en el que la sociedad lleva a cabo la administración de sus intereses de manera habitual y de modo que pueda ser averiguado por terceros, pero en el que se haya abierto en primer lugar un procedimiento de insolvencia, sea competente para abrir el procedimiento principal de insolvencia?

d) Cuando

i) los domicilios sociales de una sociedad matriz y de una filial suya se encuentran en dos Estados miembros diferentes;

ii) la filial lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses de modo que pueda ser averiguado por terceros y con plena y regular observancia de su propia identidad social en el Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social, y

iii) la sociedad matriz se encuentra, en virtud de su participación accionarial y de su facultad para nombrar administradores, en una posición de control y controle, de hecho, la política de la filial, ¿son factores determinantes, al objeto de determinar el «centro principal de intereses», los indicados en el apartado ii) *supra* o, por el contrario, los indicados en el apartado (iii) *supra*?

e) Cuando resulta manifiestamente contrario al orden público de un Estado miembro permitir que una resolución judicial o administrativa surta efectos jurídicos en relación con personas u organismos cuyo derecho a un procedimiento justo y a ser debidamente oídos no haya sido respetado al adoptar la resolución de que se trate, ¿está obligado un Estado miembro, en virtud del artículo 17 de dicho Reglamento, a otorgar reconocimiento a una resolución de los tribunales de otro Estado miembro destinada a iniciar un procedimiento de insolvencia de una sociedad, en una situación en la que el tribunal del primer Estado miembro considera que la resolución de que se trata ha sido adoptada sin tener en cuenta dichos principios y, en particular, cuando el solicitante del segundo Estado miembro se haya negado, pese a los requerimientos del tribunal del segundo Estado miembro y contraviniendo sus órdenes, a facilitar al liquidador provisional de la sociedad, debidamente nombrado con arreglo al Derecho del primer Estado miembro, una copia de los documentos fundamentales en los que se basa la solicitud?

- Petición de decisión prejudicial planteada mediante resolución del Fővárosi Bíróság (Hungría), de fecha 24 de junio de 2004, en el asunto Attila Vajnai (Asunto C-328/04) [DOCE C 267, de 23 de octubre de 2004, 27]. El Fővárosi Bíróság solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la siguiente cuestión: Lo dispuesto en el artículo 269/B, párrafo primero, del

Büntető Törvénykönyv (Código penal húngaro; en lo sucesivo, «Btk.»), según el cual comete delito menor, cuando la conducta no sea constitutiva de una infracción penal de mayor gravedad, quien utilice o exhiba en público el símbolo consistente en un estrella roja de cinco puntas, ¿es compatible con el principio fundamental del Derecho comunitario de no discriminación? El artículo 6 TUE, según el cual la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y la Directiva 2000/43/CE, que se refiere asimismo a las libertades fundamentales, [de conformidad] con los artículos 10, 11 y 12 de la Carta de derechos fundamentales, ¿permiten que una persona que desee manifestar sus convicciones políticas mediante símbolos que las representen pueda hacerlo en cualquier Estado miembro?

OTRAS NOTICIAS DE INTERÉS

- Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de diciembre de 2003, por la que se establece un marco general para la financiación de acciones comunitarias en apoyo de la política de los consumidores en el período 2004-2007 (DOUE L 5, de 9 de enero de 2004). Se trata de establecer un marco financiero, de 4 años de duración, para financiar determinadas acciones (un total de 19) de desarrollo de la política de los consumidores y que servirá para financiar, por ejemplo, el sistema RAPEX (de intercambio rápido de información entre países para el caso de detección de productos que presenten riesgos), la Red para la solución extrajudicial de litigios de consumo (EJE) (red de órganos nacionales de solución extrajudicial de los litigios de consumo transfronterizos mediante la utilización de los nuevos medios de comunicación, en especial Internet; *vid.* DOUE C 155 de 6 de junio de 2000) y proyectos específicos que respondan a los objetivos y las prioridades de la política comunitaria de los consumidores. Dentro de ese marco la Comisión hace pública una convocatoria de propuestas 2004 en la que participen asociaciones de consumidores en los siguientes ámbitos: competencia, protección de los intereses económicos de los consumidores, seguridad general de los productos y servicios. Se pretende conocer mejor la aplicación efectiva del acervo comunitario efectuando un análisis completo de la experiencia de los consumidores. Más información, http://europea.eu.int/comm/consumers/tenders/information/grants/application_en.htm.
- Consulta pública sobre la simplificación de la legislación comunitaria en materia de propiedad intelectual, en el marco de la iniciativa de la Comisión para legislar mejor (IP/03/214). Para el texto del documento de trabajo: http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/review/review_en.htm.
- Además, *vid.* la Comunicación de la Comisión COM (2004) 432 final, Bruselas 16 de junio de 2004, en la que se evalúa la aplicación del marco de acción de la Comisión, de febrero de 2003, «Actualizar y simplificar el acervo comunitario» (IP/04/758, de 16 de junio de 2004).
- Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM(2004)327 final, Bruselas, 30/04/2004].
- Acuerdo del Consejo sobre la Directiva que prevé la patentabilidad de los programas de ordenador (IP/04/659, de 18 de abril de 2004). *Vid.* ade-

- más el *working paper* disponible en: http://www4.europarl.eu.int/estudios/internet/workingpapers/juri/doc/107_es.doc.
- La Comisión obtiene garantías para proteger los datos personales de los pasajeros de vuelos transatlánticos (IP/04/650, de 17/05/2004) (*vid.* Decisión de 14 de mayo de 2004, en DO L 235, de 6 de julio de 2004).
 - La Comisión hace públicos los informes sobre la integración de los mercados financieros realizados por cuatro expertos en el sector de la banca, los seguros, los valores mobiliarios y la gestión de activos). Se lanza una consulta para conocer la opinión del público (fecha máxima para efectuar observaciones, 10 de septiembre de 2004). Los textos pueden ser consultados en la siguiente dirección: http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/actionplan/stocktaking. (IP/04/601, de 06/05/2004). *Vid.* además el estudio realizado para conocer y entender la motivación y las experiencias de los consumidores que han adquirido servicios financieros en otro país miembro («Qualitative study among cross-border buyers of financial services in the european union. final report») en: http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/fina_serv/cons_experiences/cross_border_final_report_en.pdf.
 - La Comisión propone una legislación europea sobre las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor. Tras la Decisión [COM(2004)261 final], se hacen ahora públicas las consultas (106, pero sólo 98 publicadas en http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/management/contributions_en.htm).
 - La Comisión propone la creación de un tribunal de patentes comunitarias [IP/04/137, de 2 de febrero de 2004].
 - La Comisión crea un grupo consultivo europeo de los consumidores (Decisión 2003/709/CE, de 9 de octubre de 2003, DO L 258, de 10 de octubre de 2003) al que podrá consultar los problemas que afectan a los consumidores a nivel comunitario.
 - El Comité de las Regiones aprueba una declaración sobre el proceso constitucional de la Unión. Destaca cuatro puntos: el nuevo marco de distribución de competencias en la Unión, una nueva definición del principio de subsidiariedad, que reconoce la dimensión local y regional y prevé mecanismos de aplicación y control de la subsidiariedad, un papel mayor de los parlamentos nacionales en la vida democrática europea y en el proceso de elaboración de la legislación europea, el reconocimiento de la cohesión territorial como objetivo de la Unión que da una verdadera base constitucional a la política de cohesión. Esta Declaración tenía por objetivo solicitar a los cargos electos locales y regionales su movilización en favor del proceso constitucional con motivo de las próximas elecciones [COR/04/29, de 19 de julio de 2004].
 - Decisión de la Comisión, de 7 de julio de 2004, por la que se modifica su Reglamento interno (DO L 251, de 27 de julio de 2004); ídem, del Consejo (DO L 319, de 20 de octubre de 2004).
 - Decisión 2004/566/JAI del Consejo, de 26 de julio de 2004, por la que se modifica la Decisión 2000/820/JAI sobre la creación de la Escuela Europea de Policía (CEPOL), en el sentido de dotarle de personalidad jurídica (DO L 251, de 27 de julio de 2004). Otras modificaciones, en el mismo DO, Decisión 2004/567/JAI del Consejo, de 26 de julio de 2004.
 - El proyecto sobre la calidad del «e-learning» organiza un encuentro en Estrasburgo (Francia) el 21 y 22 de septiembre de 2004 (http://www.qualification.net/cgi/index.php?wpage=resume_conference&wlang=es).

- Presentado por la Dirección General de Mercado interior el plan para la integración de los servicios financieros (junio de 2004) (http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/actionplan/progress_10_fr.pdf).
- El penúltimo número (5/2004) de la revista *on line Jean Monnet Working Papers* contiene las ponencias del Congreso realizado los pasados 28-29 de abril en el Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, con el título «The EU Constitution in a Contextual Perspective» (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501.html>).
- Publicada en castellano, por un equipo de juristas dirigidos por el profesor Dr. García Cantero, la Parte General del Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), 44 (2002) *Revista Jurídica del Notariado*, 299-396.
- Están disponibles en la página web del German Law Archive (<http://www.iuscomp.org/gla/>) que desde la Humboldt Universität Berlin gestionan los profesores Gerhard Danneman y Marcin Szala, dos nuevas traducciones legales en inglés: «Auslandsunterhaltungsgesetz» (= «Foreign Maintenance Act») y «Adoptionsvermittlungsgesetz» (= «Adoption Placement Act»).
- La *Academia Europaea* hace pública una declaración en la que invita a los responsables políticos a no obviar el sector de las humanidades a la hora de potenciar el espacio europeo de la investigación (http://www.acadeuro.org/downloads/Humanities_statement.pdf).
- La Comisión Europea publica un nuevo Plan de Acción para combatir el fraude en los pagos durante el período 2004-2007, que tiende a reforzar la confianza del consumidor en el uso de la tarjeta de crédito y a fomentar las compras en otros Estados miembros, y que será complemento de la Directiva sobre servicios de pago que la Comisión cuenta con presentar en el año 2005 (IP/03/1641 y MEMO/03/248).
- La Comisión Europea aprueba (10 de noviembre de 2004) una estrategia para la aplicación de los derechos de propiedad intelectual en terceros países, que consiste en una aplicación y ejecución firmes y efectivas de la legislación existente en materia de derechos de propiedad intelectual (http://europa.eu.int/comm/trade/issues/sectoral/intell_property/pr101104_es.htm).

Vida jurídica

Italia: La «Associazione italiana di diritto comparato».

En la web (<http://www.aidc.it/>) de la Associazione italiana di diritto comparato (AIDC) se puede encontrar la relación de cursos de Derecho comparado que tienen lugar en todas las Universidades italianas.

La AIDC es la asociación de estudiosos del Derecho comparado fundada en 1958, cuando en Italia fue convocado el primer concurso a una cátedra de Derecho privado comparado. Durante un cierto tiempo, la actividad de la AIDC fue más bien discreta, hasta que se advirtió la voluntad de los estudiosos italianos que participaban en los congresos de la Académie internationale de droit comparé, de fomentar y organizar mejor la participación italiana. Ello llevó a la revitalización de la AIDC, gracias al impulso de Mauro Cappelletti (que sería el Presidente), Rodolfo Sacco (que sería el Vicepresidente) y de Pietro Verrucoli, Giorgio Bernini, Giuseppino Treves, Vittorio Denti, Stefano Rodotà, Gabriele Crespi Reghizzi, que fueron llamados para componer el equipo directivo. Desde hace mucho tiempo, el Secretario de la AIDC es Maurizio Lupoi. Dos ilustres comparatistas como Mario Rotondi y Gino Gorla –en particular este último, siempre partícipe activo en la Asociación– fueron nombrados presidentes honorarios. La AIDC rápidamente se hizo notar con la organización de la participación italiana en el Congreso internacional de Teherán (IX Congreso mundial de Derecho comparado). En aquella ocasión, gracias al talento organizativo de Verrucoli, la Asociación promovió la publicación de todas las contribuciones nacionales italianas en un único volumen que se distribuyó en el Congreso.

Actualmente, la AIDC está presidida por el profesor Antonio Gambaro, profesor de Derecho comparado en la Università Statale di Milano. Cada dos años, la AIDC organiza un «Coloquio Bienal». En el último encuentro, el XVI, se discutió el tema «Scienza e Diritto», con la intención de discutir qué ciencias interesan al jurista y confrontar los paradigmas de la ciencia y el Derecho, así como los modelos en la reglamentación del Derecho, la ciencia y la tecnología.

El Coloquio se organiza en varias sesiones de trabajo, en las cuales se discuten temas específicos (por ejemplo, propiedad intelectual y competencia; ciencia, discrecionalidad y Administración pública; medicina legal y Derecho, ciencia y proceso civil; perfiles de *comparative law & economics* en el ámbito del resarcimiento de daños).

Los trabajos del último Coloquio han sido recopilados en la obra *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Atti del Convegno celebrado en Pisa il 22/24 maggio 2003 coordinado por Giovanni Comandè, Giulio Ponzanelli, Torino, Giappichelli, 2004.

BÁRBARA PASA
Universidad de Turín

RESEÑA DE CONGRESOS EN MATERIA
DE DERECHO PRIVADO EUROPEO**III Jornada Internacional «El derecho civil catalán y la codificación. Propuestas europeas», Barcelona, 20 y 21 de octubre de 2003.**

Los pasados días 20 y 21 de octubre de 2003 se celebró en Barcelona, en el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, la III Jornada Internacional sobre derecho de los contratos: «El derecho civil catalán y la codificación. Propuestas europeas». La Jornada, dirigida por el profesor Ferran Badosa i Coll y coordinada por la profesora Esther Arroyo i Amayuelas, obedecía a la ejecución de una acción integrada entre las Universidades de Verona y de Barcelona, y tenía como trasfondo la creciente europeización jurídica del Derecho privado y las eventuales repercusiones que dicho fenómeno puede alcanzar en la codificación del Derecho civil catalán.

La Jornada se inauguró por la señora Araceli Vendrell i Gener, Directora General de Derecho y de Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia e Interior de la Generalitat de Catalunya. La segunda intervención corrió a cargo de la Dra. Esther Arroyo i Amayuelas, que desarrolló una ponencia relativa al concepto de *acquis communautaire* y su contenido en el ámbito del Derecho contractual europeo. A continuación, el Dr. Martin Ebers, de la Universidad de Münster, centró su exposición en las líneas directrices de la Ley de modernización del derecho de obligaciones en Alemania o *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, de 26 de noviembre de 2001, aludiendo a las fuentes inspiradoras de la reforma y a las principales diferencias que, en sede de incumplimiento, pueden apreciarse entre el BGB y el Derecho europeo. La última ponencia de la mañana, relativa a la transposición en Italia de la Directiva 1999/44, sobre garantías en la venta de bienes de consumo, fue a cargo del Dr. Stefano Troiano, de la Universidad de Verona. La exposición se centró, esencialmente, en el análisis del ámbito objetivo de la reforma del Codice civile y la noción de «falta de conformidad».

Se dio inicio a la sesión de tarde con la ponencia de la Dra. Juana Marco Molina, relativa a la transposición en España de la Directiva 1999/44/CE, poniéndose de manifiesto la necesidad de que el legislador catalán evite y resuelva, entre otras cuestiones, las distorsiones que provoca en materia de garantías en la venta de bienes de consumo la distinción introducida por el legislador estatal en función de la persona del comprador, siendo así que ni tan siquiera coinciden los conceptos estatal y comunitario de consumidor. De la transposición en Francia de la Directiva trató, a continuación, el profesor Cyril Nourissat, de la Universidad de Bourgogne (ahora, Lyon III). De hecho, habida cuenta que dicha transposición aún no se ha producido, la ponencia se centró en la exposición de las razones jurídicas y políticas que la retrasan o impiden. Muy crítico se mostró, la mañana siguiente, el profesor Alessio Zaccaria, de la Universidad de Verona, en relación con la transposición en Italia de la Directiva 2000/35, sobre morosidad, que analizó enumerando los elementos distintivos entre la ley interna y la norma comunitaria. Dada su falta de transposición en España, el profesor Ferran Badosa i Coll se refirió en su intervención a la normativa vigente sobre el particular, que se centra en el artículo 17 de la Ley de ordenación del comercio minorista, reformado por la Ley 47/2002, con evidentes lagunas. Este último bloque incluyó también la ponencia del Dr. Joan Marsal i Guillamet, que consistió en

una explicación sistemática de los diversos supuestos de invalidez previstos en los PECL, al tiempo que se indicaban las influencias recibidas. La Jornada concluyó con la exposición del Dr. Francesco Ruscello, de la Universidad de Verona, relativa a la Directiva 2001/95, sobre seguridad en los productos y su incorporación al ordenamiento italiano mediante Decreto Legislativo de 17 de marzo de 1995.

MIRIAM ANDERSON
Profesora Lectora de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

Principles of European Contract Law (III), Facultat de Dret de la Universitat de Lleida, 7/8 mayo 2004.

El pasado mes de mayo de 2004 tuvo lugar en la Facultad de Dret i Economia de la Universitat de Lleida el III Congreso internacional sobre Derecho privado europeo. Eventos jurídicos como éste se vienen celebrando desde el año 2000, con una cadencia de aproximadamente dos años, gracias al entusiasmo de su organizador, el profesor de Derecho civil de la UdL, Antoni Vaquer Aloy, cabeza visible del comité científico formado también por los profesores Santiago Espiau (UB), Stefan Leible (U. Jena) y Ferran Badosa (UB). Se trataba de dar a conocer la III Parte de los Principios de Derecho contractual europeo redactados por la Comisión Lando y editados por LANDO, Ole; CLIVE, Eric; PRÜM, André; ZIMMERMANN, Reinhard: *Principles of European Contract Law. Part III*, The Netherlands, Kluwer, 2003, y de discutir sobre el papel que éstos puedan tener en la futura construcción de un Derecho privado europeo unificado, sin negligir tampoco la posible repercusión que aquéllos pudieran tener en el Derecho civil catalán, ahora en plena expansión codificadora (*vid.* Ley 29/2002, de 30 de diciembre). En ese contexto debe encuadrarse la idea de necesidad de «modernización» de ese Derecho expresada en la inauguración del Congreso por el Consejero de Justicia, Josep Maria Vallès, aunque seguramente la materia de la que se trataba —el derecho de obligaciones— es, de momento, la que menos se presta a experimentar nuevas regulaciones en Cataluña, vista la indeterminación de lo que deba entenderse por «bases de las obligaciones contractuales» que, como se sabe, son de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.8.ª CE); por otra parte, la prescripción, que es otro de los temas incluidos en la nueva entrega de los PECL, ya ha sido objeto de regulación en la Ley 29/2002, *Primera Llei del Codi civil de Catalunya*, sin que se aprecien influencias significativas de los Principios en ella, seguramente porque en el momento de la promulgación de la norma aquéllos no eran del todo conocidos. Dato que el profesor Zimmermann (Hamburgo), uno de los ponentes sobre la materia, asumió con cierto estupor, sin que, por lo demás, ni el profesor Vaquer (Universidad de Lleida), que con él compartía mesa y ponencia, ni el moderador, profesor Albert Lamarca (Universidad Pompeu Fabra), con la misma vecindad civil que este último, supieran o pudieran explicarle bien las razones exactas.

Hubo una ponencia para los capítulos más relevantes de los que los PECL se ocupan, aunque fueron más de uno los conferenciantes en cada una de ellas y, siendo todos de nacionalidad distinta, ello permitió poner en relación la regulación de los Principios con el Derecho nacional propio de

cada uno. Precedió a todas las sesiones, a modo de lección introductoria, una presentación de los PECL a cargo del profesor Eric Clive (Edinburgh), uno de los editores de esta nueva entrega, y, como colofón, el último día, el profesor Jan Smits (Maastricht) intervino cuestionando el proyecto de europeización jurídica; con todo, el profesor Zimmermann recordó al ponente que la tarea más sencilla de comparación jurídica ya constituía una labor de construcción de «Derecho europeo» en la que todas las culturas podían converger. Esta última sesión permitió relajar algo la concentración de los presentes, tras un día y medio de conferencias de una gran enjundia jurídica. Además de los ya anunciados, a lo largo de todo el viernes día 7, se abordaron estos otros temas: pluralidad de deudores (profesor Dr. Simon Whittaker [Oxford] y profesora Dra. Eugenia Dakoronia [Atenas]); cesión de créditos (profesora Dra. Brigitta Lurger [Salzburg] y profesor Dr. Lorenzo Prats [Cantabria]); cambio de deudor (profesor Dr. Stefan Leible [Jena] y profesor Dr. Miguel Ángel Adame [Sevilla]) y compensación (profesor Dr. Pascal Pichonnaz [Fribourg, Suiza] y profesora Dra. M.^a Ángeles Parra [La Laguna]).

La publicación de las actas del Congreso está prevista para finales de año en la editorial Tirant lo Blanch.

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS
Universidad de Barcelona

«The Architecture of European Codes & Contract Law (SECOLA)», 18 y 19 de junio de 2004

La Society of European Contract Law (SECOLA) celebró en Viena, los pasados 18 y 19 de junio de 2004, su Congreso anual, dedicado esta vez a «The Architecture of European Codes & Contract Law». La Conference, dirigida por el Presidente de SECOLA, el profesor Dr. Stefan Grundmann, contó con unos 150 participantes, y destacó, además de por la calidad de las ponencias (a las que se pueda acceder a través de la página web de la Sociedad), por los intensos debates que algunos temas suscitaron.

El Congreso se dividió en tres ponencias. La primera de ellas se dedicó a la estructura y a las líneas generales que deben presidir la regulación de los contratos tanto en los distintos códigos civiles nacionales, como en un hipotético código civil europeo. Intervinieron el profesor Stefan Grundmann (Universidad de Erlangen-Nuremberg), el profesor M. Schauer (Universidad de Viena) y el profesor P. Corlay (Universidad de París XI) para hablar de sus respectivos códigos nacionales, el profesor L. Vékas (Universidad de Budapest) lo hizo respecto a los códigos centroeuropeos, y, entre otros, los profesores H. Collins y C. M. Bianca en relación con el código civil europeo.

La segunda ponencia tuvo por objeto la formación del contrato, tema que asimismo fue abordado a través de la experiencia de los diversos códigos nacionales. Entre los modelos tratados, además del italiano, el inglés y el centrouropeo, estaba el catalán, con la exposición que los profesores de la Universitat Rovira i Virgili, Esteve Bosch y Ana Giménez Costa, realizaron respecto a la regulación de la opción en la ley catalana 22/2001.

Finalmente, la tercera ponencia abordó la problemática del Derecho del consumo y su hipotética inclusión en el código civil. Como en las otras ponencias, además de analizar algunos modelos nacionales —con especial refe-

rencia a los países con un específico código del consumo, como Austria, con la exposición de la profesora. B. Lurger-, se abordó la cuestión de la posición a adoptar en un posible código civil europeo.

Por último, cabe señalar que la próxima SECOLA Conference tendrá lugar en Praga, los días 17 y 18 de junio de 2005, bajo el título «Standard Contract Terms in Europe: A Basis and a Challenge for European Contract Law».

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili

Bamberger Verbraucherrechtstage (Primeras Jornadas sobre Derecho del consumo en Bamberg, Alemania), 7-8 de octubre de 2004.

Bajo los auspicios del Ministerio federal de protección del consumidor, alimentación y agricultura de Alemania y con la organización a cargo del Instituto de Derecho europeo económico y de consumo (VIEW) dirigido por el profesor Hans-W. Micklitz, se celebraron en la localidad bávara de Bamberg las Primeras Jornadas sobre Derecho de consumo en octubre de 2004. Las materias seleccionadas para su debate contaron el acierto de combinar la perspectiva del Derecho alemán con el tratamiento del Derecho comunitario de consumo. La elección de los ponentes alemanes sin duda consiguió congregar a los más influyentes y consagrados catedráticos alemanes sobre la materia, así como a unos pocos profesores más jóvenes destacados en la especialidad; además, como ponentes extranjeros fueron invitados también los profesores S. Weatherill (Universidad de Oxford), T. Wilhelmsson (Universidad de Helsinki), G. Howells (Universidad de Lancaster) y B. Stauder (Universidad de Ginebra). Excepto por parte de los ponentes no germano-parlantes, tanto la exposición como los intensos debates en torno a cada ponencia tuvieron lugar en alemán.

Las Jornadas se dividieron en dos días. El jueves 7 de octubre tuvo un apretado programa que comenzó a las nueve de la mañana y concluyó a las nueve de la noche, con cuatro paneles o secciones. La sesión se inauguró con una presentación de la señora Renate Künasts, Ministra de protección al consumidor, alimentación y agricultura, para dejar paso al primer panel, cuyo tema fueron las cuestiones fundamentales, las ambigüedades constitucionales comunitarias, los problemas de la armonización de mínimos y los aspectos procesales de la protección del consumidor. Actuando el profesor Micklitz como moderador, tres ponentes desarrollaron las principales ideas suscitadas por este tema. El profesor Weatherill disertó sobre las ambigüedades constitucionales del Derecho europeo de consumo, a partir del artículo 12 del proyecto de Constitución europea (en su versión de agosto de 2004). Ante las posibilidades de una transferencia mayor de competencias nacionales a la Unión Europea, que parece estar en la agenda de las instituciones, y ante el tratamiento de la cláusula de «armonización mínima» como un oxímoron por el proyecto de Constitución europea, la Comisión europea y la propia jurisprudencia del TJCE (de la que expuso los casos C-376/98 y C-491/01 sobre publicidad del tabaco y el caso C-183/00, «María Victoria González Sánchez v. Medicina Asturiana») sobre la Directiva de responsabilidad por daños causa-

dos por productos defectuosos, el profesor Weatherill realizó una defensa de la «armonización mínima» para favorecer la diversidad y el pluralismo. Por su parte, el profesor Thomas Wilhelmsson examinó una serie de tesis sobre la labor de los Estados miembros en la construcción del Derecho europeo de consumo, decantándose también en contra de la armonización máxima preconizada desde documentos comunitarios como la Estrategia para la política de consumo 2002-2006 o la propuesta de Directiva sobre prácticas comerciales abusivas. Para el profesor Wilhelmsson el objetivo del Derecho de consumo debería ser primariamente ofrecer una red de seguridad mínima para los consumidores del mercado interno y no armonizar el campo completamente, pues no se ha demostrado la necesidad de este cambio, produciría distorsiones por falta de delimitación de las reglas consumeristas tanto respecto del Derecho privado general como de otras áreas con regulación específica y se perdería legitimidad democrática y competición entre los ordenamientos. El profesor Graf-Peter Callies, de la Universidad de Frankfurt am Main, cerró la terna con una exposición del Derecho procesal civil y su incidencia en el ámbito del Derecho de consumo europeo y alemán; su exposición giró en torno a dos ideas: el Derecho contractual como «Constitución» de la sociedad de consumo y los derechos civiles como «Constitución» del Derecho contractual. La discusión que siguió, principalmente en torno a la dicotomía entre armonización máxima o mínima, fue una de las más vivas del seminario.

El segundo panel versó sobre el Derecho sobre concentraciones de empresas y la legislación *antitrust*, en particular, sobre la Ley alemana de competencia desleal (UWG). Actuando como moderador el profesor Schwintonski, de la Universidad Humboldt de Berlín, el profesor Norbert Reich (rector de la Facultad de Derecho de Riga y profesor de la Universidad de Bremen) expuso sus reflexiones sobre la doctrina establecida por la STJCE *Courage v. Grehan Ltd.* (asunto C-453/99) y la cuestión acerca de si tal jurisprudencia potencia o desincentiva la indemnización por daños causados por las prácticas colusorias, comparada con la restrictiva jurisprudencia alemana; todo ello desde el punto de vista del interés de los consumidores en caso de violación de las normas de competencia desleal. A continuación, el profesor Jürgen Kessler (Berlín) vertió sus opiniones sobre algunos aspectos deficitarios de la UWG en relación con la protección de los consumidores. Por su parte, Peter W. Heermann, profesor de la Universidad de Bayreuth y juez del OLG de Nürnberg, exploró el grado de coordinación entre el Derecho comunitario y el Derecho alemán sobre competencia desleal a partir de los materiales legislativos y jurisprudenciales de ambos sistemas jurídicos.

La tercera mesa redonda, dirigida por el profesor B. Stauder, tuvo por objeto los servicios financieros, el crédito al consumo, los seguros y la protección del inversor. El profesor Udo Reifner, del Instituto de servicios financieros de Hamburgo, abrió el turno de intervenciones con su ponencia sobre la protección del consumidor en la concesión de créditos, comparando también el Derecho alemán y el Derecho comunitario y poniendo especial énfasis en el crédito hipotecario, entre otras modalidades, con una visión bastante pesimista del estado de la cuestión. Por su parte, Wolfgang Kohte, de la Universidad de Halle/Wittenberg, analizó el contraste entre la «invisibilidad» del rápido endeudamiento y el sobreendeudamiento de los consumidores frente a la «visibilidad» del cobro duradero de las obligaciones contraídas en favor de los prestamistas. El profesor Peter Derleder, de la Universidad de Bremen, disertó sobre los problemas del consumidor en relación con créditos

inmobiliarios y en particular con algunas fórmulas financieras como los fondos de inversión inmobiliarios cerrados. El profesor berlinés Hans-Peter Schwintonski incidió muy críticamente en las propuestas reformistas de la Comisión nombrada por el Ministerio de Justicia alemán para la modificación del seguro de vida, en tanto que el Dr. Martin Ebers (Universidad de Münster) analizó también estas iniciativas en particular en la conclusión del contrato de seguro de vida y en los deberes de información contractual.

Las intervenciones del primer día de las Jornadas se cerraron con un cuarto panel relativo al Derecho de obligaciones, al Derecho comunitario sobre servicios, Derecho de la construcción y protección de los consumidores. Los encargados de desarrollar estas materias, actuando como moderador el profesor Reiner Schulze (Universidad de Münster), fueron los profesores Pfeiffer (Universidad de Heidelberg) sobre cláusulas abusivas, Schulte-Nölke (Universidad de Bielefeld) sobre la calidad de los servicios desde una perspectiva jurídica comunitaria, así como el Dr. Gebauer (Universidad de Heidelberg) y el abogado Schwenker (Celle) sobre los aspectos civiles del Derecho de la construcción en relación con la defensa de los consumidores.

El segundo día de las Jornadas se abrió con el quinto panel propuesto, relativo a la protección individual y colectiva del consumidor y los problemas relacionados con el Derecho internacional privado. Desde esta perspectiva procesal, supervisadas por el profesor Reich, se dictaron tres ponencias: una, a cargo de la profesora Astrid Stadler, de la Universidad de Konstanz, sobre las acciones individuales y colectivas, otra del profesor Harald Koch (Universidad de Rostock) en torno a la cuestión de la necesidad de un proceso específico para la protección de los consumidores y la posibilidad de codificar este nuevo Derecho procesal de consumo, y una tercera ponencia del profesor Peter Rott (Universidad de Bremen) sobre la protección del consumidor en el tráfico internacional y en el Derecho internacional privado.

Las Jornadas se cerraron con el sexto y último panel, relativo al futuro del Derecho del consumo. El profesor Geraint Howells expuso sus puntos de vista sobre el tema centrándose en los ventajas e inconvenientes que presenta el cada vez mayor empleo de las cláusulas generales o abiertas en la legislación comunitaria de consumo; asimismo volvió a rescatar la cuestión de la armonización máxima o mínima. El resto de los integrantes de la mesa redonda (Dr. Metz y profesores Reich, Schulze y Stauder) también expusieron sus visiones prospectivas sobre el futuro de las reglas de consumo desde diversos ángulos. Así, por ejemplo, el profesor Schulze dibujó las que, a su juicio, serán las cinco líneas de fuerza de la futura normativa consumerista, como, por ejemplo, su relación con el Derecho contractual general, la tendencia dudosa a la armonización de máximos o la mayor permeabilidad en los próximos años del Derecho de consumo a las reglas sobre competencia desleal. Finalmente, el responsable y organizador de estas primeras jornadas sobre Derecho de consumo, el profesor Micklitz (Universidad de Bamberg) realizó una sucinta exposición de los resultados de la reunión y anunció la aparición de las ponencias en un libro conjunto patrocinado por el Ministerio alemán de protección de los consumidores a comienzos de 2005.

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

Selección de otros congresos de los juristas comparativistas italianos.

- Genova, 3 giugno 2004: «Un pianeta globalizzato? Quale diritto?», organizzato dal profesor M. Lupoi, presso la Facoltà di Giurisprudenza di Genova, in occasione delle celebrazioni di Genova capitale europea della cultura (sito internet: <http://www.giuri.unige.it/novita/2004/programma-ge-2004.html>).
- Torino, 28 giugno 2004: «Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World. Il diritto civile, internazionale e comparato nella complessità giuridica globale», Sala delle Conferenze dell'Archivio di Stato di Torino (algunas intervenciones están publicadas en la revista *on-line Global Jurist*, sito internet: www.bepress.com/gj/).
- Torino, 1-4 luglio 2004: «The Acquis General Meeting», organizzato dai Proff. G. Ajani e H. Schulte-Noelke, en el Archivio di Stato di Torino (sito internet: <http://www.acquis-group.org/>).
- Trento, 8-10 luglio 2004: «The Common Core of European Private Law, 10th General Meeting: The EU Enlargment and the 'Common Core project'», organizado por los Profs. U. Mattei y M. Bussani en la Facoltà di Giurisprudenza di Trento (sito internet: <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html>).

BÁRBARA PASA
Universidad de Turín

Recensiones de libros especialmente dedicados al Derecho privado europeo

BAR, Christian von; DROBNIG, Ulrich (dirs.): *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study*, Sellier (European Law Publishers), München, 2004 (ISBN 3-935808-20-8), XXXI + 541 pp.

I. Origen y objetivos

Al margen de las razones oficiales que impulsaron a los responsables de este volumen colectivo a emprender un estudio de esta magnitud y dificultad, lo cierto es que su aparición constituye una buena noticia para cualquier interesado en el proceso de armonización del Derecho privado europeo. La razón estriba en que el minucioso texto (con casi seiscientas páginas de letra menuda) constituye un valioso compendio comparatista sobre una materia que hasta la fecha había merecido menos atención en los análisis relacionados con la convergencia comunitaria: la interrelación o interacción entre el Derecho de obligaciones y contratos, el Derecho de cosas y el Derecho de daños. De esta forma, se trae al primer plano de la reflexión, con un documentado examen de los sistemas jurídicos de los quince Estados miembros (antes de la ampliación) de la Unión Europea, la pertinencia de proceder a la armonización conjunta de los derechos reales y de las reglas de la responsabilidad civil extracontractual en caso de prosperar la anunciada vertebración comunitaria del Derecho contractual europeo.

La idea central de este estudio, expuesta de forma diáfana y contundente a través de múltiples ejemplos y de una exploración sistemática de las áreas limítrofes y yuxtapuestas entre los tres ámbitos iusprivatistas, consiste en que no resulta técnica ni económicamente abonado legislar sobre el Derecho contractual si no se abordan asimismo el Derecho de cosas (propiedad y derechos reales) y el Derecho de daños. Esta conclusión se refuerza con el aserto de que un tratamiento aislado de esos campos puede perjudicar el correcto funcionamiento del mercado interior. Tal visión orgánica del Derecho privado europeo cuenta con algunos precedentes investigadores bien conocidos, también impulsados por los directores del presente libro, que contrastan con las últimas declaraciones programáticas de la Comisión Europea (Comunicación sobre Derecho contractual europeo de 11 de julio de 2001 y Plan de Acción de 12 de febrero de 2003), más orientada a avanzar sólo en la convergencia del Derecho contractual. Así, el estudio encargado y avalado por el Parlamento Europeo, titulado *The private law systems in the EU: Discrimination on grounds of nationality and the need for a european civil code*, Working Paper, Juri 103 en, Luxemburg, 1999 (dirigido por von Bar, con la participación de Barendrecht, Basedow, Drobnig, van Gerven, Hondius, Kerameus, Koussoulis, Lando, Loos y Tilmann), y la *Joint Response of*

the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code (ERPL, 2002, 2), emitida por los directores de ambos grupos de investigación, von Bar y Lando. En consecuencia, este nuevo ensayo llega en un momento crítico para la consideración de lo que debería ser el contenido de las futuras acciones de las instancias comunitarias a la hora de definir el ámbito del «Marco Común de Referencia» y del «Instrumento Facultativo» anunciados por la Comisión Europea en su Plan de Acción. La apuesta por un contenido más amplio que el estricto Derecho de obligaciones y contratos se engasta en el parecer de otras instituciones comunitarias, como el Parlamento Europeo o el Consejo de Justicia y Asuntos Internos de la UE, que se han mostrado críticas con la autorrestricción de la Comisión Europea. Pero el libro objeto de este comentario, además de su valía autónoma como estudio comparatista y como hito en la defensa de una aproximación comunitaria más completa y sistemática al Derecho patrimonial, cuenta con un valor añadido: es fruto del encargo de la propia Comisión Europea, que desea tener más elementos de juicio antes de adoptar su decisión final sobre el objeto de sus próximos movimientos.

En efecto, la Comisión Europea (DOUE S, 136 de 16.7.2002, y S, 154 de 9.8.2002) solicitó públicamente un «Estudio relativo a los derechos reales y al derecho de la responsabilidad extracontractual en su relación con el derecho contractual», que fue adjudicado el 21 de enero de 2003 al profesor Dr. Christian von Bar (Director del «Grupo de Estudios sobre un CC europeo» y Director del Instituto de Estudios jurídicos europeos de la Universidad de Osnabrück) y al profesor Dr. Ulrich Drobnig (Director emérito del Instituto Max Planck de Hamburgo de Derecho Comparado e Internacional Privado). En el breve tiempo de un año escaso, con la colaboración de un nutrido grupo de especialistas, los adjudicatarios enviaron (el 23 de febrero de 2004) el resultado a la Dirección General de Salud y Protección del Consumidor. Con igual diligencia, el libro, cuyo prefacio lleva por fecha mayo de 2004, fue publicado el 29 de junio de 2004 por la editorial muni-quesa Sellier, que será la encargada de publicar también los resultados del «Grupo de Estudio sobre un CC europeo». El estudio está también disponible en su integridad, con libre acceso, en el sitio web de la Comisión (<http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf>), si bien con una paginación mínimamente diferente (en parte debido a la identidad de numeración de varias decenas de páginas en los epígrafes del índice, que no se corresponden con la paginación final del texto: *vid. infra* § 11).

Los objetivos del estudio se insertan en la preocupación (y la pregunta) de la Comisión europea por saber si las tres citadas áreas jurídicas –contratos, responsabilidad civil y derechos reales– producen interferencias entre sí que pueden obstaculizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Aprovechando esta coyuntura, los editores se fijan como fines, por un lado, «promover la opinión informada y el avance en el proceso de formación política respecto al fin sustantivo del Marco Común de Referencia», y, por otro lado, responder a la interpelación del Parlamento Europeo acerca de si tiene sentido aproximar el Derecho contractual sin la regulación de las áreas conexas (prefacio y p. 10). No se busca, sin embargo, reexplicar desde el método del Derecho comparado los sistemas contractuales europeos, sino explorar las áreas limítrofes a tales sistemas.

II. Autoría y métodos

Para afrontar los objetivos fijados, los investigadores involucrados han tomado como punto de partida algunos materiales ya existentes, como los datos sobre los ordenamientos jurídicos nacionales que figuran en las «notas» a los «Principios del Derecho Contractual Europeo» de la Comisión Lando, algunos de los resultados del proyecto de Trento sobre el «Núcleo común del Derecho privado europeo», los materiales de los seminarios continuados sobre Derecho europeo de daños dirigidos por von Bar (y, en particular, los dos volúmenes de su obra *The Common European Law of Torts*, 1998 y 2000, muy presentes sobre todo en la primera parte de este libro) y los diversos informes y borradores de los equipos de trabajo integrados en el «Grupo de estudio sobre un CC europeo» dirigido por el propio von Bar. Cabe destacar que la metodología empleada se basa, en la mayor parte del libro, en la comparación, bastante detallada, de las reglas existentes sobre cada problema tratado en las jurisdicciones de los mencionados quince Estados miembros, si bien el método no es enteramente uniforme: en algunos pasajes la exposición se centra sólo en los sistemas representativos de grandes familias jurídicas (es el caso de los epígrafes destinados a la responsabilidad por información defectuosa, pp. 239-305: sistema italiano, inglés y alemán), en otros epígrafes la exposición se ciñe prácticamente a un ordenamiento jurídico (la oponibilidad de los contratos a los terceros y por los terceros, materia examinada casi exclusivamente desde el Derecho francés, pp. 406-428; o el Derecho sobre el *trust*, enfocado esencialmente desde el Derecho anglosajón, pp. 363-398), mientras que en la mayor parte del libro la comparación es más amplia y minuciosa, bien asignando epígrafes específicos a cada sistema jurídico en cada punto (particularmente en la primera parte, en la que la autoría de von Bar es más plenamente reconocible), bien haciendo un tratamiento más global con referencias más escuetas a las diversas reglas nacionales al hilo de la exposición institucional.

La nómina de autores es muy amplia, figurando en la portadilla del libro hasta 44 participantes, distribuidos en cuatro grupos diferenciados: en primer lugar, los responsables del libro y adjudicatarios del proyecto de investigación de la Comisión, von Bar y Drobnig –recayendo sobre el primero la revisión editorial de todo el conjunto–; en segundo lugar, bajo el rótulo de «en colaboración con» se incluyen diez autores en los que figura una amplia representación de la Academia italiana (Alpa, Bussani, Castronovo, Gambaro); en tercer lugar, los «miembros del equipo de investigación de Osnabrück del Grupo de estudios sobre un Grupo de estudio sobre un CC europeo», en su mayoría doctorandos; y en cuarto lugar, se inserta un amplio grupo de profesores y doctores a los que, con el apelativo de «con la asistencia de», se reconocen diversas labores en la confección del libro (suministro de información, participación en jornadas o congresos que han servido a los correspondientes autores en la redacción de sus epígrafes, asistencia en la redacción de algunos apartados, etc.). El Derecho español, que se encuentra correcta y ampliamente descrito a lo largo del libro, ha sido confeccionado a partir de la intervención de cuatro personas: como miembro del equipo de Osnabrück, Begoña Alfonso de la Riva y, fuera de los créditos, como investigadora del equipo de Hamburgo, Almudena de la Mata; entre los juristas del cuarto grupo citado se encuentran los catedráticos Encarna Roca Trías y Ángel Carrasco Perera, que aportaron informes nacionales y comentarios sobre las

garantías sobre inmuebles y sobre muebles, respectivamente, en los epígrafes redactados al efecto por los profesores Gambaro y Drobnig.

III. Estructura

Este libro se divide en una introducción, cinco partes y anexos (tablas de abreviaturas, legislación, casos de jurisdicciones de habla inglesa y doctrina). La *introducción* (pp. 1-23) narra el trasfondo que dio lugar al libro con un resumen de las diversas iniciativas y textos comunitarios de los últimos años relacionados con el Derecho contractual europeo; a continuación aborda un resumen de los principales problemas que produce la interacción del Derecho de daños y del Derecho de propiedad y derechos reales en el Derecho de obligaciones y contratos, para concluir con la explicación de los materiales empleados y de la compleja distribución de materias y autoría del volumen. La *primera parte* (pp. 25-315) versa sobre la interrelación entre la responsabilidad civil extracontractual y el Derecho de obligaciones y contratos. Es la sección más extensa, hasta el punto de suponer más de la mitad del libro, y en su confección se aprecia preponderantemente la mano del profesor von Bar. La *segunda parte* (pp. 317-398) lleva la indagación por la interacción de ámbitos a los propios del Derecho contractual con los derechos reales, en tanto que la *tercera parte* (pp. 399-429) se ocupa de los temas comunes a las dos partes anteriores (fundamentalmente, las comunicaciones electrónicas y eficacia de los contratos en relación con los terceros). La *cuarta parte* (pp. 431-455) cuenta con una metodología distinta a partir de los materiales suministrados por dos cuestionarios enviados a organizaciones de empresarios y de consumidores y a diversos operadores jurídicos; con ello se intenta ofrecer a la Comisión la «información desde la práctica jurídica y empresarial» que aquélla busca para esclarecer la legitimidad competencial y la dirección de sus próximos pasos. Por último, la *quinta parte* (pp. 457-469) sintetiza la interacción de los ámbitos estudiados bajo el título «Análisis y recomendaciones».

IV. Contenido

El primer frente limítrofe explorado cobra todo su sentido con la constatación de que el Derecho de obligaciones y contratos y el Derecho sobre la responsabilidad civil extracontractual están muy imbricados en los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Lo difuso de las fronteras conceptuales se muestra en diversos factores: el Derecho contractual trata no sólo de la protección del derecho al cumplimiento, sino también de la tutela de las expectativas razonables (*reliance interest*); además, se ha ampliado hasta incluir el interés de los terceros e invadir la esfera de las negociaciones contractuales; por su parte, el Derecho de daños ha desarrollado obligaciones cuasi-contractuales y también protege paulatinamente más contra intervenciones de terceros respecto a un contrato celebrado entre dos partes. En este sentido, puede decirse que el Derecho contractual moderno trabaja cada vez más *erga omnes*, en tanto que el moderno Derecho de daños tiende a hacerlo *inter partes* (p. 460). Buenos ejemplos de esta interacción pueden ser, como pura muestra, la responsabilidad del representante sin poder (*falsus procurator*) o las informacio-

nes incorrectas emitidas por profesionales (asesores bursátiles, bancos en relación con créditos, dictámenes de profesionales, etc.). También las áreas de confluencia en el segundo frente analizado, las relaciones entre el Derecho contractual y el ámbito de la propiedad y los derechos reales son suficientemente elocuentes con la sola mención del problema del momento de la transferencia de la propiedad a través de los contratos, el impacto de la ineficacia contractual respecto a los derechos reales creados o transmitidos por esta vía o la plena interconexión entre del *trust* y ambos campos, contractual y propietario.

El desarrollo del primer problema, abordado en la primera parte del libro, cuenta con una división en siete grandes secciones: una general, otra sobre diferencias entre la responsabilidad contractual y la no contractual, para seguir con la interferencia de aquélla en los derechos contractuales (en particular, la influencia abusiva de los terceros en una relación contractual), y analizar finalmente la responsabilidad en contextos específicos, las diferencias terminológicas entre ambos ámbitos y los problemas relacionados con el Derecho internacional privado. De este esquema, cuajado de interesantes conclusiones y esclarecedoras síntesis del estado de cada problema en los diversos sistemas jurídicos, cabe glosar brevemente el contenido de dos secciones particularmente reveladoras. El estudio de las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad civil se concreta en diez puntos: la dependencia de la culpa, la indemnización de los daños por pérdida económica, la indemnización por pérdida de oportunidades (*loss of chance*) y por pérdida no económica, la indemnización agravada o sancionadora (*punitive damages*, normalmente en relación con bienes de la personalidad y para castigar al agente, no para compensar a la víctima), el llamado «daño patrimonial puro» (*pure economic loss*), la responsabilidad del empresario, la reducción o exclusión de responsabilidad, la culpa concurrente de la víctima (*contributory negligence*) o la prescripción. Por su parte, la sección dedicada a la responsabilidad en contextos específicos acomete el examen de la responsabilidad precontractual, la protección de los consumidor, la responsabilidad por productos y por servicios defectuosos, así como debido a mala información (incluida la publicidad).

La segunda parte aborda, en primer lugar, los aspectos generales de las concomitancias entre el Derecho contractual y el Derecho de cosas. Así, se reflejan las diversas concepciones que subyacen en los apelativos *Law of Things* o *Property Law*, para concluir que pese a la distinta terminología y a un concepto estricto de cosa en Alemania y Grecia, frente a uno más amplio en el resto de los Estados miembros, el resultado unánime es comprender bajo ese término no sólo las cosas corpóreas sino también los bienes incorpóreos, como los derechos patrimoniales. A continuación, en una acertada síntesis se exponen problemas clásicos como la cuestión por el *numerus clausus* de los derechos reales o la transmisión de la propiedad y del riesgo, que el estudio, alegando razones de operatividad, circunscribe a la compraventa y a los bienes muebles. Al respecto, esas páginas distinguen una «aproximación unitaria» (Francia, Bélgica, Luxemburgo, Inglaterra, Italia, Portugal) y una «aproximación escindida» (España, Países Bajos y Suecia, así como Austria, con rasgos peculiares), para referirse, en este último caso, a los sistemas que aplican el esquema conjunto del título y el modo. El estudio, siguiendo en este punto la dirección marcada por Karl Larenz, se inclina por este segundo sistema, aunque pone de manifiesto, con diversos argumentos, que la diferencia entre ambos es en la actualidad prácticamente inexistente. Como conclusión llamativa y desde luego inesperada para los responsables de este es-

tudio, como ellos mismos confiesan (p. 328, § 487), para las empresas consultadas, unánimemente, las diferencias entre los sistemas de transmisión de la propiedad no son relevantes para la práctica comercial transfronteriza.

A continuación el libro examina en dos sucintas pero sustanciosas síntesis, el estado de la cuestión relativo a las garantías tanto sobre muebles como sobre inmuebles creadas por vía contractual; en los dos casos se examinan, además de las reglas nacionales, los problemas específicamente generados por el tráfico transfronterizo intracomunitario. Esta parte se cierra con una sección dedicada al *Trust Law*, cuyo fragmento más interesante estriba precisamente en los obstáculos transfronterizos al *trust* mobiliario del *Common Law* (pp. 383 ss.); ahí se pone de manifiesto cómo la falta de una institución paralela en el *Civil Law* reduce bastante la operatividad de este instrumento, que corre el riesgo de no reconocerse en otras jurisdicciones; y también se examinan los problemas existentes para los fiduciarios o *trustees* no residentes en territorio anglosajón y otras reglas que merman la circulación del *trust* en el comercio intracomunitario. Pese a la conclusión del autor de esta sección (S. Swann) de que en otras jurisdicciones las funciones del *trust* son asumidas por el Derecho contractual, se echa de menos en esta parte un estudio comparativo de las instituciones continentales funcionalmente afines, de acuerdo con el método empleado a lo largo del libro, pues, en efecto, esta sección versa exclusivamente sobre los usos comerciales del *trust* sobre bienes muebles en el sentido que esta institución tiene en el *Common Law* (y, sobre todo, en Inglaterra y Gales, con alguna pincelada relativa al Derecho escocés).

La escueta parte tercera del libro, relativa a los aspectos comunes a las dos partes anteriores, arroja la interesante conclusión de que armonizar tan sólo el Derecho contractual, sin adoptar de forma coetánea reglas comunes sobre responsabilidad extracontractual y sobre derechos reales, ocasionaría algunos problemas en relación con las comunicaciones y contrataciones por vía electrónica, aunque tampoco tendría consecuencias devastadoras (p. 406). Por otra parte, la eficacia de los contratos hacia los terceros, en sus varias vertientes (transferencia *erga omnes* de derechos reales por vía contractual, responsabilidad extracontractual del tercero que vulnera a sabiendas derechos nacidos de un contrato y responsabilidad de las partes hacia los terceros por las consecuencias del cumplimiento de la prestación contractual), son examinadas desde el concepto de la *opposabilité* en el Derecho francés.

De la cuarta parte de este estudio cabe inducir reveladoras reflexiones para el actual momento de la armonización del Derecho privado europeo, más por lo fallido de los resultados de este apartado del estudio, que por haber conseguido sus objetivos. Sin duda, en el trasfondo del fin de recabar datos y opiniones procedentes de los operadores en el mercado europeo se encuentra la preocupación de la Comisión europea por encontrar justificación fáctica a sus iniciativas de aproximación de la legislación de los Estados miembros en beneficio del mercado interior, de acuerdo con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, especialmente tras el aviso que supuso la STJCE de 5 de octubre de 2000 sobre la publicidad del tabaco. Por eso los responsables de este estudio organizaron un sistema de cuestionarios para conocer el impacto práctico real de la interacción entre Derecho contractual, responsabilidad civil extracontractual y derechos reales. A tal efecto, confeccionaron dos cuestionarios que enviaron en 650 cartas a asociaciones internacionales y europeas de empresarios y de consumidores, a cámaras de comercio e industria, empresas de diversos sectores, bufetes de abogados y diversos gremios.

En tanto que el primer cuestionario se envió a todos, el segundo, con aspectos más concretos basados en las conclusiones preliminares, sólo se remitió a los que contestaron al primero; éstos no llegaron al 10% (67 respuestas; tan sólo 18 respuestas al segundo cuestionario) procediendo la mayoría de Alemania y Austria, seguidas a distancia por Italia y Suecia (desde España tan sólo se produjeron dos contestaciones: de un abogado alemán ejerciente en Madrid y de la CECU, «Confederación Española de Consumidores y Usuarios»). No es preciso leer entre líneas para constatar la decepción y desconfianza de los responsables del estudio en los resultados de esta parte de la investigación (*vid., ad ex.*, pp. 22-23, 327, 435 ss., y, sobre todo, véanse las afirmaciones de las pp. 459 y 462-466); y ello tanto por razones numéricas y de representatividad como por otras menos prominentes, como, según los editores, el interés de algunos de quienes contestaron por intentar ejercer influencia política en este estudio, por su oposición frontal a cualquier armonización (p. 463), o la ignorancia de los auténticos problemas jurídicos transfronterizos de la interacción de las áreas analizadas (por ejemplo, la errónea creencia generalizada entre los operadores de que es posible alterar por acuerdo contractual adelantado el régimen de responsabilidad civil extracontractual, que normalmente está sujeto de forma imperativa al régimen del país de importación).

En cualquier caso, de esta cuarta parte, cabe recomendar al lector el examen de las páginas 446 a 452 que, agazapadas, casi ocultas en la forma de la carta enviada con el contenido del segundo cuestionario (cuyos resultados se integran a lo largo de todo el estudio), ofrecen un interesante catálogo de las auténticas diferencias entre los sistemas jurídicos en relación con las tres materias examinadas en el estudio. Es decir, a la inversa de los estudios al uso, centrados en mostrar las líneas de convergencia, estas pocas páginas sintetizan las líneas divergentes entre los ordenamientos jurídicos, en busca de respuesta sobre si esas disparidades suponen auténticos obstáculos para el comercio en el mercado interior comunitario. De las respuestas, tiene valor rescatar, con los matices y advertencias apuntados, la de las empresas a la pregunta de si se han abstenido de realizar negocios por entender que los riesgos de responsabilidad civil regidos por un ordenamiento extranjero podrían ser demasiado altos o inestimables (respuesta: no) y la de los consumidores a la cuestión de si se han abstenido de contratar por la incertidumbre sobre sus derechos o sobre el ejercicio de éstos conforme a un Derecho extranjero (respuesta: sí, sobre todo en seguros, propiedad inmobiliaria y automóviles). La lectura que se desprende de este ambicioso pero parcialmente frustrado experimento estadístico es clara: es difícil obtener datos para corroborar las tesis favorables o contrarias a una mayor armonización del Derecho privado europeo (lo prueba también lo escasamente concluyentes que son varios estudios de análisis económico de este fenómeno jurídico) y es también complicado que esos datos sean fidedignos y auténticamente representativos de todos los sectores implicados.

V. Aspectos críticos sobre la investigación

La indudable valía comparatista de este estudio no se ve empañada por ciertas críticas metodológicas menores a las que puede estar sujeto, algunas de las cuales ya han aflorado en las líneas anteriores. Así, entre los aspectos

metodológicos, se acaban de apuntar las limitaciones de la información práctica obtenida a partir de los cuestionarios o también el limitado uso del Derecho comparado en unos pocos pasajes (*vid., supra*, §§ 4 y 8), que llega a su extremo más puramente nacional en la sección sobre la «l'opposabilité des effets traslatifs ou constitutifs de droits réels» (por lo demás, el único apartado del libro redactado en francés, pp. 408-428, en un libro escrito en inglés). Además, cabe añadir otras dos apreciaciones metodológicas que hubieran enriquecido el estudio, aunque sin duda, su falta de consideración cuenta con el respaldo de los tiempos y los espacios en los que se éste se desenvolvía: por una parte, los derechos (personales o reales) relacionados con inmuebles se han orillado de la investigación, cuando sin duda, los aspectos contractuales y de derechos reales que les afectan son también dignos de atención en un mercado interior en el que la inversión inmobiliaria transfronteriza es notoria y cabe detectar problemas por falta de armonización, sin ir más lejos, a partir de la respuesta de los consumidores transcrita unas líneas más arriba. Sin embargo, el libro declara, a veces con argumentos discutibles o sin ellos, las razones de esa marginación: respecto a los arrendamientos de inmuebles o la transmisión de la propiedad inmobiliaria (p. 324) o los *trusts* [*«trusts of land as such (which are in many matters subject to distinct rules of their own) may be put to one side since our focus is on obstacles to the free movement of wealth»*, p. 364]; sí se aborda, en cambio, la materia de la hipoteca inmobiliaria (pp. 349 ss.). Por otra parte, el libro deja fuera absolutamente el Derecho público, que en materias como la responsabilidad extracontractual o el Derecho de propiedad acaso mereciera alguna alusión a aspectos importantes de interacción del Derecho público en esos campos del Derecho privado (por citar sólo dos: responsabilidad de la administración en la prestación de servicios, límites y limitaciones en la adquisición de la propiedad como frontera a la autonomía contractual). Como es lógico, bastantes de las respuestas cosechadas en los cuestionarios que enviaron los responsables del libro aludieron a los costes generados por las reglas obligatorias sobre responsabilidad de productos y, en particular, a los «obstáculos en el Derecho público» para la contratación transfronteriza, a lo que este estudio responde que «those observation had nothing to do with the subject of this study».

Entre los aspectos de acribia del libro tan sólo resulta pertinente objetar a la pulcra presentación (erratas menores al margen, como en el título de la portada: «A Comparative [*sic*] Study») dos aspectos: por una parte, una descoordinación entre el índice y el texto, un desencuentro que va de la página 183 a la 295 del índice, en relación con las páginas 239 ss. del texto, apareciendo duplicadas con contenido distinto una cincuentena de páginas en el índice. Por otra parte, resulta sintomático un ya usual defecto foráneo de cita de los apellidos de los autores españoles, al que acaso entre los entendidos pueda poner coto el conocimiento de la reciente STJCE de 2 de octubre de 2003, *Carlos García Avello v. Estado belga* (asunto C-148/02). Si bien las nutridas referencias a la doctrina española están correctamente compuestas en las notas correspondientes del texto, con sus dos apellidos (v. gr., Díez-Picazo, Pantaleón Prieto) en cambio, en el listado final de obras muchos de los autores citados figuran tan sólo con su segundo apellido, lo que sin duda entorpecerá la búsqueda de obras a los colegas extranjeros interesados: así, Alabart (S. Díaz), Álvarez (C. Lasarte), Berdejo (J. L. Lacruz), Fernández (I. Tapia), Múgica (S. Cavanillas), Perera (A. Carrasco), Tolsada (M. Yzquierdo) o Yagüez (R. de Angel).

VI. Conclusiones del estudio

La parte quinta del libro desgrana el análisis final y las recomendaciones a tenor de la investigación previa. De nuevo se estructuran las reflexiones en torno a los dos campos estudiados. Así, en primer lugar, se vuelven a poner de manifiesto la constelación interminable de problemas limítrofes entre el Derecho contractual y el Derecho de daños. El texto pone de relieve cómo la interferencia entre los dos ámbitos, que no puede excluirse por un acuerdo contractual previo, se produce tanto dentro de los sistemas nacionales como en un eventual nuevo sistema europeo en el que sería preciso delinear con precisión qué se entiende por «Derecho contractual» y cómo interactuaría con áreas conexas. El libro distingue entre dos conceptos de «interferencia»: una *técnica*, que sólo surge e un único y mismo sistema legal (no existe interacción entre el Derecho contractual de un Estado miembro y el Derecho de daños de otro) y que sólo afecta al mercado interior por el problema de la «complejidad» de los problemas existentes; según los responsables del volumen las empresas al contratar en otros mercados nacionales simplemente no lo toman en serio o lo dejan al azar, pues muy pocas son conscientes de los riesgos de la responsabilidad extracontractual que pueden producirse a partir de una relación contractual. La otra noción de interferencia, *económica*, es más amplia, y es el que la Comisión tiene en mente: saber si las diferencias nacionales en estos ámbitos confluentes afectan a la exportación y a las libertades fundamentales. La respuesta negativa de las empresas contrasta con las conclusiones del estudio. Los responsables de éste recomiendan a la Comisión Europea que no limite el ámbito del futuro «Marco Común de Referencia» (MCR) al Derecho contractual, sino que incluyan íntegramente el Derecho de daños en él. En apoyo técnico de esta idea aducen que en la delimitación de las líneas fronterizas del Derecho contractual sería muy difícil distinguir el Derecho de daños «cercano al contrato» y el «lejano al contrato» para cubrir en el MCR sólo el primero.

Además, esta parte final incluye lo que denomina un «sumario de las mayores áreas de interferencia para el mercado interior» (pp. 462-467), en el que, hasta un número de catorce, incluye en realidad el resumen de las respuestas recibidas al cuestionario planteado, entreverado por las apreciaciones críticas de los autores del volumen. Entre las ideas más relevantes, cabe destacar las siguientes: la dicotomía de regímenes de responsabilidad (contractual y extracontractual) genera costes de información, pues es preciso consultar expertos en ambos campos para conocer realmente el Derecho extranjero; las empresas, profesionales y comerciantes concentran la mayor parte su esfuerzo negociador en convenir la aplicación de su propio Derecho nacional para reducir riesgos, lo que demuestra la ansiedad por las desventajas que el desconocimiento del Derecho ajeno produce; existe una conciencia de que los riesgos generados por las responsabilidades civiles son cubiertos por seguros, de manera que se genera una opinión acerca del mínimo impacto de la interacción las áreas jurídicas tratadas, pero no se toma en cuenta el problema del coste del seguro como coste adicional en la contratación intracomunitaria; uno de los aspectos que más preocupa a los operadores jurídicos es el lenguaje de los contratos y la inseguridad jurídica generada por el empleo de terminología en idioma extranjero, que obliga a recurrir a asesoramiento jurídico; en general, existe una sobrevaloración de las posibilidades de la autonomía de la voluntad contractual en relación con la responsabilidad civil no contractual.

Por último, en cuanto a la interacción entre el Derecho contractual y el Derecho de propiedad y los derechos reales, las últimas páginas del libro hacen un llamamiento a considerar con mayor atención la perturbadora interferencia que puede producirse en los «contratos con efecto propietario» es decir, aquellos en los que se transfiere un derecho real. A juicio de los autores, los sistemas jurídicos en los que se da una aproximación «dividida» o «escindida» (título/modo) consiguen reducir los indeseados impactos del contrato sobre el derecho real. Además, el estudio pone el acento en el «desastroso efecto» para el mercado interior de la citada interferencia en el ámbito del movimiento transfronterizo dentro de la Unión Europea de los bienes muebles gravados. En caso de producirse su exportación, se denuncia el riesgo de la extinción de la carga, gravamen o garantía si los requisitos jurídicos del Estado receptor difieren de los del Estado en los que la carga se creó. Para paliar este inconveniente, que afecta sobre todo a las pequeñas empresas, el estudio sugiere una armonización por pasos del Derecho de garantías mobiliarias.

En conclusión, este estudio, encargado por la Comisión Europea, que ahora aparece en forma de libro, atesora un doble valor en el panorama bibliográfico del Derecho comparado y del Derecho privado europeo: un *valor intrínseco*, tanto por el prontuario de soluciones jurídicas que ofrece, la síntesis de las líneas de convergencia y divergencia nacionales entre el Derecho contractual, el de daños y el de cosas, el tratamiento detallado y fiable de las fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales, y el análisis crítico de los datos de la práctica jurídica y empresarial recabados; y un *valor extrínseco*, al traer al centro del debate sobre el futuro del Derecho privado europeo y sobre los contornos del aún amorfo «Marco Común de Referencia» de la Comisión europea la necesidad (documentada) de tener presente asimismo las reglas sobre la responsabilidad civil extracontractual y sobre la propiedad y los derechos reales en el futuro armonizador.

Sergio CÁMARA LAPUENTE
Universidad de La Rioja

HERKENRATH, Klaus: *Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, dem Vereinigten Königreich, Frankreich und Italien. Auswirkungen nationaler Umsetzungstechniken auf den Harmonisierungserfolg*, Peter Lang, Frankfurt a. M. 2003, 205 pp.

A partir del ejemplo que proporciona la Directiva sobre cláusulas abusivas, y sobre la base de la (limitada) discrecionalidad del legislador a la hora de transponerlas, Klaus Herkenrath analiza las diferentes técnicas utilizadas y la manera en que ello contribuye al éxito de la armonización. Posteriormente, el autor analiza las disposiciones de esa misma Directiva sobre cláusulas abusivas y los actos de transposición en Alemania, Gran Bretaña, Francia e Italia, tanto desde el punto de vista de los sujetos a quienes van dirigidas (consumidor, empresario), como desde el ámbito de aplicación objetivo, el control del contenido (especialmente, las cláusulas del contrato, las circunstancias concurrentes, el clausulado del Apéndice), así como la transposición de la orden de transparencia, las normas de interpretación, las consecuencias de la

abusividad de una cláusula, el procedimiento de control abstracto por parte de las asociaciones de consumidores y las normas de conflicto.

Herkenrath muestra que la defectuosa transposición de Directivas en los ordenamientos jurídicos nacionales obedece a dos consideraciones: en primer lugar, hay déficits de transposición reconducibles a problemas de contenido, es decir, a veces el legislador nacional transpone la Directiva con un contenido distinto a lo por ésta previsto. En segundo lugar, otros problemas son los que Herkenrath reconduce a lo que él agrupa bajo la denominación de «defectos de coordinación» («Koordinierungsmängel») y son todos aquellos que se plantean cuando no existe una relación armónica entre las reglas generales del Derecho nacional y las normas derivadas de la transposición de las Directivas, supuesto que el régimen general contenido en los códigos diga una cosa y la ley especial otra distinta.

En general, el trabajo de Herkenrath proporciona una buena visión de conjunto sobre la transposición de la Directiva sobre cláusulas abusivas¹, pero es de lamentar que el autor no tenga suficientemente en cuenta la jurisprudencia del TJCE. Ésta hubiera sido especialmente útil para resolver la cuestión que el autor plantea, acerca de si es necesario acto de transposición alguno en el caso de que la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de cada país miembro ya se haya pronunciado anteriormente y de forma reiterada en el sentido que luego recogerá expresamente y por escrito la Directiva. Efectivamente, a esta cuestión ha dado respuesta ya la STJCE de 10 de mayo de 2001, en el asunto «Comisión c. Holanda»², en la que, a propósito de la transposición de la Directiva sobre cláusulas abusivas y, en concreto, a propósito de la orden de transparencia, el TJCE ha declarado que no se puede renunciar a un acto de transposición de la norma a pesar de la existencia de jurisprudencia nacional que obligue en el mismo sentido. Según el TJCE:

«es indispensable que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales»³.

Es, pues, incorrecto, que Herkenrath manifieste que no existe pronunciamiento del TJCE sobre este punto. Tal afirmación debe ser tan rebatida

¹ A este propósito, *vid.* todavía el «Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores» (COM 2000, 248 final), así como la explicación en la doctrina alemana, KAPNOPOULOU, Ellissavet N.: *Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union. Das griechische Verbraucherschutzgesetz als Beitrag zum Europäischen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997; PFEIFFER, Thomas, en GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard (eds.): *Das Recht der Europäischen Union*, München, C.H. Beck, 2003, A 3, así como MICHLITZ, Hans-W., en *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 1, München, C.H. Beck, 2001⁴, en el comentario al § 13 AGBG.

² STJCE 10 de mayo de 2001, Asunto C-144/99, «Comisión c. Holanda» (Rec. 2001 I, 3541).

³ STJCE 10 de mayo de 2001, Asunto C-144/99, «Comisión c. Holanda» (Rec. 2001 I, 3541), § 17; STJCE 23 de marzo de 1995, Asunto C-365/93, «Comisión c. Grecia» (Rec. 1995 I, 499), § 9; por último, TJCE 9 de septiembre de 2004, Asunto C-70/03, «Comisión c. España» (todavía no publicada), § 15.

como la tesis del autor (pp. 43, 145) que propugna la innecesariedad en Alemania de una plasmación legislativa concreta del deber de transparencia. Fueron precisamente los precedentes jurisprudenciales a los que se acaba de aludir los que impulsaron al legislador a introducir tal deber –previamente falto de manifestación legislativa expresa–, a propósito de la reforma de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones. En concreto, lo recoge ahora el § 307.1, II BGB.

Martin EBERS
Universidad de Münster

GEBAUER, Jochen: *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, 454 pp.⁴

En un trabajo reflexivo y brillantemente escrito, Jochen Gebauer plantea hasta qué punto las libertades fundamentales reconocidas en el TCE –libertad de circulación de mercancías (art. 28 ss.), de trabajadores (art. 39 ss.), de establecimiento (art. 43 ss.) y de libre prestación de servicios (art. 49 ss.)– han adquirido, por obra de la labor jurisprudencial del TJCE, el carácter de derechos fundamentales.

Inicialmente, el TCE reconoció las libertades fundamentales para procurar un mercado interior libre de obstáculos al comercio. Desde esta concepción, teóricamente los particulares sólo pueden recibir la protección de tales libertades en tanto en cuanto la determinación de su posición jurídica venga a la vez exigida por la creación de ese mercado. Eso significa, en definitiva, que podrán hacer valer las libertades fundamentales en función del provecho o rendimiento que tal protección procure al mercado interior. Y de ahí cabe aun deducir que tales libertades proporcionan una protección muy limitada porque únicamente sirven en circunstancias en las que interviene un elemento transfronterizo; no protegen la actividad económica o el libre mercado como tales, sino cuando tal actividad o libre mercado se da entre Estados. Con carácter general, pues, queda excluida la salvaguardia de las libertades fundamentales en situaciones puramente internas. En este sentido sería característico de las mismas que sólo vincularan a los Estados miembros y a los organismos de la Comunidad y no que tuvieran eficacia horizontal (entre particulares). Naturalmente, los agentes económicos privados siempre podrían apelar a las libertades comunitarias, pero, cuando lo hicieran frente a otro particular, éstos de ningún modo estarían obligados a observar un determinado comportamiento conforme con las libertades reconocidas en el TCE.

El Derecho comunitario también reconoce derechos fundamentales (implícitos)⁵ que, según Gebauer, a diferencia de las libertades fundamentales, no

⁴ La traductora agradece a la Profesora Doctora Laura Huici Sancho (Derecho Internacional Público, UB) algunas aclaraciones de Derecho comunitario que han servido para mejorar la comprensión del texto alemán.

⁵ Desde finales de los años 60 el TJCE conceptúa los derechos fundamentales como principios jurídicos fundamentales del Derecho comunitario. Sobre el tema, *vid.*, por orden de aparición, PERNICE, Ingolf: *Grundrechtsgehalte im Europäischen*

están orientados a la consecución del mercado interior sino a la protección jurídica de los individuos. La preservación y exigibilidad de los derechos fundamentales comunitarios es independiente del provecho que los mismos puedan comportar al mercado. En este sentido, proporcionan una protección absoluta que, a diferencia de lo que ocurre con las libertades fundamentales, alcanza supuestos en los que no existe ningún elemento transfronterizo. Además, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales sí que es posible, es decir, es posible que un particular resulte obligado frente a otro a respetar la protección que a este último le dispensa el derecho fundamental de que se trate.

Así pues, aunque desde un punto de vista puramente teórico, libertades fundamentales y derechos fundamentales se diferencian tanto por la estructura de la norma que los reconoce cuanto por la finalidad protectora que ambos persiguen, sin embargo, en la jurisprudencia del TJCE, las diferencias quedan frecuentemente desdibujadas. Según la tesis de Gebauer y que muchos comparten, el Tribunal acostumbra a tratar las libertades como si éstas sirvieran para proteger a los individuos que se consideran perjudicados en derechos que se entienden fundamentales⁶. Los elementos básicos de tal evolución son: 1) la identificación o el reconocimiento de las libertades comunitarias como de-

Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden, Nomos, 1979; HUMMER, Waldemar: «Grundrecht und grundrechtsähnliche Verbürgungen in den Europäischen Gemeinschaften – Versuch einer Systematisierung und einer gegenseitigen Abgleichung», en SCHWIND, Fritz (ed.): *Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in -und ausländischer Gelehrter*, Wien, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1986, 60-88; RESS, Georg; UKROW, Jörg: «Neue Aspekte des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Gemeinschaft», (1990) *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW), 499-505; LENZ, Carl Otto: «Der europäische Grundrechtsstandard in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs», (1993) *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (EuGRZ), 585-589; RENGELING, Hans-Werner: *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, München, C.H. Beck, 1993; NETTESHEIM, Martin: «Grundrechtliche Prüfdichte durch den EuGH», (1995) *EuZW*, 106-108; JÜRGENSENS, Thomas; SCHLÜNDER, Irene: «EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten», 121 (1996) *Archiv des öffentlichen Rechts* (AÖR), 200 ff.; KUGELMANN, Dieter: *Die Grundrechte in Europa*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 1997.

⁶ Así, la libertad de circulación de trabajadores (art. 39 TCE) desde la sentencia *Bosman* ha sido considerada como «Derecho fundamental a la libertad de circulación»; STJCE 15 de diciembre de 1995, Asunto 415/93 (*Bosman*), Rec. 95, 4921. Algunos elementos que tienen que ver con los derechos fundamentales se han desarrollado en el ámbito de las libertades comunitarias en las siguientes sentencias: STJCE 13 de abril de 2000, Asunto C-176/96 (*Lehtonen*), Rec. 2000, 2681; STJCE 11 de abril de 2000 (*Deliège*), Rec. 2000, 2549; STJCE 27 de enero de 2000, Asunto C-190/98 (*Volker Graf*), Rec. 2000, 493; STJCE 23 de noviembre 1989, Asunto C-145/88 (*Torfaen*), Rec. 1989, 3851; STJCE 16 de diciembre de 1992, Asunto 169/91 (*B&Q*), Rec. 1992, 6635; STJCE 10 de mayo de 1995, Asunto C-384/93 (*Alpine Investments*), Rec. 1995, 1141. *Vide*, además, WALTER, Christian, en EHLERS, Dirk (dir.): *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Berlin, De Gruyter, 2003, § 1, §§ 35-49 («Grundfreiheiten haben in der Rechtsprechung des EuGH zunehmend den Charakter wirtschaftlicher Grundrechte gewonnen»). Contra una concepción jurídica amplia de las libertades comunitarias, KINGREEN, Thorsten: *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Berlin, Duncker & Humblodt, 1999, pp. 72, 118 ss.

rechos subjetivos, con la consecuencia de su aplicabilidad directa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; 2) la construcción de un ámbito de protección de las libertades comunitarias tendente a la completa prohibición de discriminaciones; 3) el recurso a argumentos que tradicionalmente han servido para hacer efectivos y salvaguardar los derechos fundamentales, como por ejemplo «deberes de protección» y «eficacia horizontal de los derechos».

Con todo, Gebauer afirma que no es demostrable que las libertades hayan ido transformándose en derechos fundamentales. Cuando juzga casos concretos, el TJCE se refiere siempre al Derecho aplicable, es decir, a las libertades fundamentales reconocidas en el TCE, aunque, de hecho, desde un punto de vista estructural y de contenido no esté valorando libertades sino derechos fundamentales. Según Gebauer, este núcleo de derechos fundamentales que se reconocen en el seno de las libertades (*Grundrechte in Grundfreiheiten*) debería ser objeto de una diferenciación más definida. Visto que conceptual y sistemáticamente se trata de cuestiones distintas, el autor concluye que debe establecerse una mayor y más clara diferencia entre «derechos fundamentales» y «libertades fundamentales». El intento de explicar las normas sobre derechos fundamentales como parte integrante de las libertades lleva a contradicciones y debe ser rechazado. Para eliminarlas, sería suficiente con remitir cada norma a la aplicación que en cada caso le corresponda, según cuál sea la categoría a la que pertenezca.

La argumentación de Gebauer convence por la profundidad de sus argumentos y su claridad expositiva. La propuesta de diferenciar conceptualmente entre libertades y derechos fundamentales presenta la ventaja de permitir una aplicación del Derecho comunitario más transparente y comprensible. Las utilidades prácticas de tal sistematización se pueden apreciar, sobre todo, en los casos en los que la aplicación de unos y otros concurre. Cuando, por ejemplo, el entrenador belga Heylens ve dificultado el ejercicio de su profesión en Francia⁷, puede ser muy útil ponderar si tal conflicto debe resolverse según la protección individual subjetiva que proporciona el derecho fundamental al libre ejercicio de la profesión, o bien a partir de la protección que dispensa la libertad comunitaria, dirigida a la preservación del mercado, que asegura la libre circulación de trabajadores. Una clara diferenciación entre ambas categorías de normas resulta además ventajosa porque perfila con nitidez el reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros. Normalmente, las circunstancias que llevan a la aplicación de las libertades fundamentales pertenecen al ámbito «mercado interior» y, por tanto, a un ámbito esencial de la competencia comunitaria. Por el contrario, no todos los asuntos que tienen por objeto la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos son susceptibles de ser examinados por el TJCE. Efectivamente, algunas decisiones de especial valor para la protección de los derechos fundamentales quedan todavía reservadas a las jurisdicciones nacionales. Habrá que esperar todavía para saber cómo los tribunales de justicia precisan el contenido de las libertades y el de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución europea cuando los Estados miembros la ratifiquen. Por el momento, es sobre todo la ciencia jurídica europea la que debe continuar

⁷ STJCE 15 de octubre 1987, Asunto 222/86 (Heylens), Rec. 1987, 4097.

profundizando en el discurso acerca de los derechos fundamentales contenidos en las libertades⁸. El desarrollo futuro de tal discusión merece cierta expectación.

Martin EBERS
Universidad de Münster

KAMMERER, Christoph: *Harmonisierung des Verbraucherrechts in Europa. Das verbraucher-schützende Widerrufsrecht der §§ 355 ff. BGB im Lichte der europarechtlichen Vorgaben und im Vergleich zum Code de la consommation*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2004, 260 pp.

Los numerosos derechos de revocación o desistimiento que aparecen regulados en las no menos numerosas directivas dedicadas al Derecho del consumo⁹ han sido objeto de especial atención por la doctrina alemana en los últimos años. Efectivamente, existe ya un número considerable de monografías¹⁰ dedicadas al estudio del derecho de revocación en el Derecho europeo, en las leyes de transposición alemanas y en comparación con los otros orde-

⁸ Vid. todavía GANTEN, Ted Oliver: *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten. Die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- und Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten*, Berlin, Duncker & Humblodt, 2000; RUFFERT, Matthias: «Rights and Remedies in European Community Law: A comparative view», 34 (1997) *Common Market Law Review (CML Rev)*, 307-336; PRECHAL, Sacha: «Does direct effect still matter?», 37 (2000) *CML Rev* 37, 1047-1069.

⁹ Vid. el planteamiento en ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Die Basistexte des Europäischen Privatrechts», en SCHULZE, Reiner; AJANI, Gianmaria (eds.): *Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003, pp. 305, 313.

¹⁰ Vid. sobre todo la excelente tesis de BÜBER, Janko: *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers: das verbraucher-schützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 2001 (recensión de MANKOWSKI, Peter: [2002] *Verbraucher und Recht [VuR]*, 264 ss.), así como la tesis de Habilitación de LORENZ, Stephan: *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag. Eine Untersuchung der Möglichkeiten und Grenzen der Abschlusskontrolle im geltenden Recht*, München, C.H. Beck, 1996-1997, y MANKOWSKI, Peter: *Beseitigungsrechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004. Además, CERTA, Patrick: *Widerruf und schwebende Unwirksamkeit nach den Verbraucherschutzgesetzen*, Mannheim, 2000; PUDOR, Kerstin: *Die Wirkungsweise verbraucher-schützender Widerrufsrechte. Zur Wirksamkeit des Verbrauchervertrages bei bestehendem Widerrufsrecht nach den §§ 1 HWiG, 7 VerbrKrG und 5 TzWrG*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000; ENGELHARDT, Janine: *Europäisches Verbrauchervertragsrecht im BGB – eine systematische Untersuchung der §§ 13, 14, 361a und 361b BGB und Induktion weiterführender Ansätze aus HTWG, VerbrKrG, AGBG, TzWrG und FernAG*, Frankfurt a.M., 2001; KALSS, Susanne; LURGER, Brigitta: *Rücktrittsrechte*, Wien, Verl. Österreich, 2001; FISCHER, Nikolaj: *Das allgemeine verbraucher-schützende Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB. Ein Beitrag zur Dogmatik der Wirkungsweise von Widerrufsrechten im Privatrecht*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 2003; THOLE, Anne: *Das europäische verbraucher-schützende Widerrufsrecht in §§ 355, 357 BGB. Hintergrund, Rechtswirkungen und Rechtsnatur in vergleichender Betrachtung des französischen und österreichischen Rechts*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004.

namientos jurídicos europeos. Desde luego, el interés por el estudio de la figura no se circunscribe sólo a constatar que el principio *pacta sunt servanda* se ha relativizado. Más bien es de temer que la multiplicación de monografías sobre el derecho de revocación sea consecuencia de la técnica de transposición utilizada por el legislador alemán. Efectivamente, al comienzo se promulgaron una multiplicidad de leyes especiales de consumo al margen del BGB, en cumplimiento del deber de transposición de las directivas comunitarias, que, algunas de ellas, contenía la regulación del «derecho de revocación» aunque cada norma regulaba de forma propia e independiente sus presupuestos y consecuencias jurídicas. Luego, procedente de la Ley de contratos celebrados a distancia, de 27 de junio de 2000, el legislador introdujo en el BGB [§§ 361 a y 361 b)] una regulación del derecho de revocación cuyo supuesto de hecho y consecuencias jurídicas eran unitarias y, por tanto, independientes de la razón que originariamente lo había motivado (el efecto sorpresa en la contratación o la imposibilidad de examinar la mercancía, por ejemplo). La Ley de modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania, que entró en vigor el 1 de enero de 2002, integró en el BGB la legislación sobre Derecho del consumo. El derecho de revocación que asiste al consumidor tiene ahora una nueva ubicación, en una sección propia dentro de la parte general del Derecho de obligaciones en los §§ 355 a 359 BGB.

Por el contrario, con la transposición de las Directivas comunitarias, el legislador francés se ha limitado a introducir en el *Code de la consommation* las disposiciones que afectan al derecho del consumo, sin preocuparse a la vez de unificar el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas del ejercicio del derecho de revocación.

En este contexto se sitúa el trabajo de Christoph Kammerer, que principalmente trata de determinar si los legisladores francés y alemán han cumplido correctamente sus deberes comunitarios. Por otra parte, un examen de Derecho comparado centrado en la transposición francesa proporciona valiosa información acerca de hasta qué punto es posible conseguir mediante Directivas la pretendida armonización del Derecho en todos los Estados miembros. El autor llega a la conclusión de que ambos ordenamientos jurídicos infringen, en parte, el Derecho comunitario¹¹, si bien el Derecho francés prevé disposiciones más favorables al consumidor que el Derecho alemán. En opinión de Kammerer, en el Derecho de consumo, la armonización del derecho de revocación sólo se ha conseguido parcialmente. Especialmente distintas son las disposiciones alemana y francesa sobre la información que debe proporcionarse al consumidor acerca de la existencia de un derecho de revocación, así como los plazos inicial y final para hacerlo efectivo. Para paliarlo, Kammerer propone una mayor armonización del tema a nivel comunitario. Es lo que, en esencia, ahora también propone la Comisión europea, que en su Plan de Acción de 12 de febrero de 2003, sobre un Derecho contractual europeo más coherente¹², se refiere precisamente a la necesidad de regular de forma más coherente esta materia. La propia Comisión,

¹¹ Para el caso alemán, pp. 157-198; en Francia, pp. 216 ss.

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de relaciones. Un derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción, COM 2003, 68 final, DOCUE C 63, de 15 de marzo de 2003, pp. 8, 11, 39 ss. (Erklärung zu DOCUE: Das Amtsblatt heißt jetzt: Amtsblatt der Europäischen Union! also nicht mehr Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften!).

con su Comunicación del pasado 11 de octubre de 2004, impulsa definitivamente el comienzo de los trabajos de mejora del *acquis communautaire* en materia contractual¹³.

Martin EBERS
Universidad de Münster

NASARRE AZNAR, Sergio: *Securitisation & mortgage bonds: legal aspects and harmonisation in Europe*, Cambridge, Gostick Hall Publications, 2004.

El sistema de crédito territorial en Europa es el objeto de análisis del libro escrito por el doctor Sergio Nasarre, Profesor Lector de la Universitat Rovira i Virgili, resultado de la investigación (M. Phil. Dissertation) llevada a cabo por el autor en el Land Economy Department de la University of Cambridge, gracias a la beca concedida por la Fundación Caja Madrid. El libro representa una más de las muchas contribuciones de este especialista al desarrollo de una materia que a los civilistas, con notorias excepciones, nos ha sido siempre, en general, bastante ajena. El mejor ejemplo de la especialización del autor es su tesis doctoral, *La garantía de los valores hipotecarios*, Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Barcelona-Madrid, 2003 [reseñas: GÓMEZ GÁLLIGO, Javier (2003): *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 3041 ss.; GUASCH I MARTORELL, Rafael, 3 (2004): *Revista Catalana de Dret Privat* 181-184], de la cual en muy buena parte se nutre el libro que ahora se recensiona (*vid.* otros comentarios al mismo ya publicados: ALI, Paul, 10 [2004]: *Trusts & Trastees*, 34-35; ALI, Paul, 10 [2004]: *Journal of International Banking Law and Regulation*, 417).

La elección de temas como el mencionado es, ya de por sí, un mérito de este joven civilista; pero lo es mucho más si, como ocurre en el presente caso, la investigación se plantea, desarrolla y resuelve satisfactoriamente. Sergio Nasarre hace asequible al lector un sistema que, sin ningún tipo de paliativos, es complejo (consciente de ello, el autor ilustra sus explicaciones con cuadros sinópticos y esquemas); además, supera con creces la dificultad añadida que siempre supone conjugar los sistemas de *Civil Law* y de *Common Law*, más aún cuando de Derecho de bienes se trata; y, lo que es más importante, el estudio tiene un pretexto excelente y, por tanto, una finalidad muy concreta: presentar elementos de reflexión para una futura armonización del mercado hipotecario en Europa, con lo cual, además del estudio de los Derechos nacionales, el autor cuenta con la regulación que proyectan numerosas Directivas europeas (relacionadas en pp. V-VI).

Efectivamente, un mercado que pretenda asegurar la libre circulación de capitales [arts. 3.c) y 67 TCE] debe procurar la armonización de las normas, técnicas e instrumentos de financiación. En lo que respecta al mercado hipotecario y, en concreto, en lo que concierne a las *mortgage-securities*, es esto último lo que pretende precisamente el profesor Nasarre. La *mortgage*, igual que

¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro», COM 2004, 651 final.

la hipoteca –a pesar de las diferencias (*vid.* cuadros sinópticos de pp. 102-104)–, es una garantía del crédito que recae sobre la propiedad (generalmente inmobiliaria) y su conversión en *securities* o títulos valores («titulización», *securitization*) proporciona liquidez a los bancos (lo cual contribuye a abaratar los costes de la adquisición de la vivienda porque procura nuevos fondos al Banco que le permiten el otorgamiento de nuevos préstamos) mediante la creación, emisión y colocación en el mercado de títulos valores que equivalen exactamente a los activos representados por los créditos hipotecarios concedidos por el banco a sus clientes.

Tras analizar los instrumentos de financiación del mercado hipotecario y sus ventajas mediante la titulización de activos en los países de *Civil Law* (Francia, Alemania y España) y en los de *Common Law* (Estados Unidos y Gran Bretaña) a partir de los dos ejemplos que proporcionan la «cédula hipotecaria» y «los bonos de titulización hipotecaria» (caps. 2, 3 y 4), el profesor Nasarre propone la posible incorporación en el Reino Unido de instrumentos que hasta la fecha son desconocidos en este país (cédula hipotecaria) (cap. 5) y, correlativamente, plantea cómo podría incorporarse en los países civilistas el sistema inglés de titulización hipotecaria (cap. 6), que funciona sobre la base del *trust*. Aunque Nasarre concluye que, en su opinión, es la deuda territorial (*Grundschild* o *Schuldbrief*) –una garantía independiente del crédito– la que debería ser tomada en consideración como modelo a tener en cuenta en la creación de una garantía común para toda Europa (lo que ya se conoce como «eurohipoteca»). En un cuadro sinóptico muy ilustrativo, el autor refleja la diferencia que existe entre la hipoteca continental y la *mortgage* inglesa y las que separan a ambas de esta deuda territorial, que parece estar ganando terreno en las operaciones financieras en los países en los que existe, como Alemania o Suiza (pp. 102-104).

El sistema anglosajón de titulización de activos, según la práctica en Gran Bretaña o Estados Unidos (el autor se refiere también a otros países en pp. 91-92) es, de manera simplificada, el siguiente: el banco o acreedor originario cede los créditos hipotecarios a un *Special Purpose Vehicle* (SPV, que puede ser una sociedad o bien un fondo independiente constituido por el conjunto de créditos), que es quien emite los títulos valores que deben ser colocados entre los inversores y los administra en su beneficio (es el *trustee* o propietario legal). Los titulares de los títulos valores pueden ser, o bien copropietarios del *pool* o fondo común constituido por el conjunto de éstos (son los propietarios en equidad), o bien ser titulares de un derecho de crédito contra el SPV garantizado por un derecho de hipoteca sobre el *pool* que éste detenta en su beneficio. En el primer caso, existe un *trust* entre el banco emisor y el SPV (cesión del crédito), y en el segundo, un *trust* entre el SPV y los titulares de los títulos valores (constitución del gravamen).

El *trust* no está generalmente regulado en España, aunque algunas de sus aplicaciones (*trust-like device*) esten presentes y, entre ellas, las comerciales o financieras (*v.gr.* fondos de inversión mobiliaria o inmobiliaria o titulización de hipotecas). Algo que el autor critica por la inseguridad que genera tal proliferación de figuras pensadas *ad hoc* y al margen del sistema e incluso con diferencias entre sí y, claro, también entre los diferentes países regidos por un mismo sistema de *Civil Law*. Además, muchas veces no es posible cubrir las lagunas con las normas generales que el CC prevé en materia de obligaciones y contratos (pp. 63, 95). Por eso, el profesor Nasarre aboga por la institucionalización de la figura del *trust* o fiducia en los Códigos civiles na-

cionales y, por tanto, por su reconocimiento con carácter general en las jurisdicciones de *Civil Law* (pp. 65, 95-96, 100). Se trata, en definitiva, de regular jurídicamente la «obligación de actuar en interés de un tercero, a quien beneficia la propiedad sobre la cual uno tiene el control, según las instrucciones por el ordenante o constituyente del *trust*» (FRACHTER, William F.: «Trust», *International Encyclopedia of Comparative Law*, VI, Chap. 11, Tübingen, 1973 [1-120], 7), admitiendo en todo caso que la división de la propiedad en «legal» y «de equidad» es prescindible por las dificultades de encaje en el sistema español. El estudio se insiere en la línea de otros ya existentes sobre la materia [especialmente destacable CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.): *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex (ed.), 2003, 1099-1172], pero la diferencia es que aunque el profesor Nasarre tiene en cuenta que una regulación del tema significa contar con todas sus potenciales aplicaciones, además de las financieras o comerciales, su estudio, dadas las características de la obra en que se inserta, es instrumental, dirigido a otorgar plasmación legislativa concreta –coherente y uniforme– a *trusts* de carácter financiero que funcionan en la práctica y que en realidad no se reconocen como tales (en palabras del autor, p. 106, n. 347). Así, desgrena los elementos que deberían formar parte de la estructura del *trust* y apunta las posibles opciones que se deberían tener en cuenta en su configuración dogmática (pp. 96-100).

Se entenderá mejor la propuesta del autor si se explica, a partir del ejemplo que proporciona la regulación española sobre titulización de créditos hipotecarios (pp. 60-63) cuáles son los problemas que ésta presenta, a saber: la naturaleza del negocio de cesión, la del patrimonio que resulta del conjunto de las participaciones y la de los derechos de los inversores. Avanzo ya que comparto el planteamiento del problema y la solución que el autor pretende, pero sin embargo creo que sus afirmaciones en torno a cómo la figura debería ser regulada en España admiten algún planteamiento alternativo.

En España, el fondo de titulización hipotecaria no está formado por un conjunto de créditos hipotecarios cedidos por el banco emisor, sino por el conjunto de títulos cada uno de los cuales representa un porcentaje del crédito hipotecario originario cedido (art. 15 Ley 1/1981, de regulación del mercado hipotecario, según redacción Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria). Ese conjunto de participaciones, llamado «fondo», forma un patrimonio separado y cerrado, diferente del del emisor de los títulos y carente de personalidad jurídica (art. 5 Ley 19/1992, y lo mantiene, para la titulización de otros créditos diferentes a los de carácter hipotecario, el art. 1 RD 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización), que es administrado por una entidad financiera especializada (las denominadas sociedades gestoras de fondos de titulización hipotecaria), también encargada de gestionar el proceso de titulización hipotecaria. Aparecen, pues, los elementos de un esquema fiduciario típico: el patrimonio independiente y la gestión separada.

La constitución de un patrimonio «independiente» –luego volveré sobre ello– no es consecuencia de la cesión de crédito del artículo 149 LH, porque no se trata de un negocio de cesión «personal» (art. 1526 ss. CC), aunque el profesor Nasarre (p. 61) más bien parece negar la aplicación del artículo 149 LH por el hecho de estar ante una garantía que no es la convencional regulada

en la LH. De ahí, él mismo deriva la consecuencia que, aunque no sería necesario, el consentimiento del deudor es altamente recomendable porque tanto el inversor como la sociedad gestora tienen acciones contra el deudor en caso de incumplimiento (art. 15.4 LMH, 65-66 RD Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario). En realidad, la cesión del crédito quedaría perfeccionada con el acuerdo entre cedente y cesionario dirigido a la transmisión del crédito y, puesto que el deudor cedido no es parte en el negocio de cesión, éste es inmediatamente eficaz aunque no se le haya comunicado e incluso sin que la haya consentido, tal y como resulta de los artículos 1198.2 y 3, 1526, 1527 CC. Es verdad que otra cosa parece dar a entender el artículo 149 LH, en relación con la cesión de créditos hipotecarios, pero el precepto debe leerse de acuerdo con el artículo 151 LH y los artículos 242 y 243 RH, los cuales demuestran que la cesión es válida aunque no se haya puesto en conocimiento del deudor. Naturalmente, sin perjuicio de la responsabilidad del cedente por los daños que pueda sufrir el cesionario como consecuencia de la falta de notificación (art. 151 LH).

El *pool* o fondo común ni es el comprador de los créditos que le cede el banco, ni tiene tampoco personalidad jurídica. Aunque Sergio Nasarre cree, en los dos casos, que sí (p. 61). Lo primero es consecuencia de entender que existe una cesión personal y, por tanto, un negocio de transferencia o atributivo. Ello es así porque *casi* todas las definiciones del *trust* (y remarco el «casi» apoyándome en las excepciones que representan el CC de Québec y el anteproyecto catalán sobre la fiducia, tristemente abandonado) llevan implícitas la idea de transmisión de la propiedad al fiduciario o *trustee* de ese patrimonio separado y afectado a la finalidad prevista por el constituyente. Sin embargo tan absurdo sería pensar que el patrimonio pasa a ser titular de sí mismo (aunque Nasarre no lo cree: «[...] there is no problem in admitting a patrimony owner of itself», p. 99), como lo es afirmar que el fiduciante transfiere bienes a un patrimonio que no existe más que a partir del propio acto de vinculación a la finalidad prevista. Tampoco hay necesidad de establecer ficciones con carácter retroactivo. En realidad, lo que hay es un acto unilateral de afectación /vinculación de bienes del constituyente en beneficio de personas determinadas o determinables. El esquema es el de los actos dispositivo-constitutivos.

Siguiendo, empero, el trazado por el profesor Nasarre —que es el de los actos dispositivo-atributivos (p. 99, «like the donation»)— el banco es el cedente y el adquirente es el fondo. Pero, a falta de un titular —planteemos ahora la hipótesis (cierta) de que no lo sea la sociedad de gestión (fiduciario)—, el autor no tiene más remedio que hacer ver que es *como* si éste tuviera personalidad jurídica (con razonamiento próximo al del legislador etíope, *vid.* DAVID, René, prólogo a Nicolas Chr. VOSIKIS: *Le trust dans le Code civil éthiopien. Étude de droit éthiopien avec référence au droit anglais*, Genève, 1975, 8) o, en otra variante, como si fuera él mismo titular de sí mismo (a pesar de la aparente contradicción en que incurre en p. 99), porque reconoce que, en otro caso, los bienes deberían ser considerados *res nullius* (pp. 97, 99). No es así: lo impide la extensión de los poderes de gestión y administración con los que resulta investido el fiduciario. La unidad de los patrimonios sin titular se mantiene por su adscripción a un fin determinado. Desde mi punto de vista, divergente al del autor, no habría, pues, ningún inconveniente dogmático en la recepción del modelo, mucho menos desde que la LEC

reconoce a los patrimonios de afectación legitimación activa y pasiva (art. 6.1.4 y 5, art. 7.5 y 6 LEC) y, antes, el Reglamento Hipotecario los había considerado susceptibles de inscripción (art. 11.4 derogado). Otra cosa es que no resulte conveniente por tratarse de un ejemplo poco arraigado en los ordenamientos jurídicos nacionales y, por tanto, que dificulta la armonización. Ése es el defecto que mayormente han achacado siempre al proyecto catalán sus detractores.

Descartado que los beneficiarios deban ser considerados propietarios (*vid. infra* párrafo XII), aun cabría pensar en la transferencia de propiedad al fiduciario-administrador, que es otra hipótesis que Nasarre contempla (p. 98), aunque la descartan las leyes españolas antes citadas, que siempre se refieren a las sociedades gestoras como legitimadas para la «administración y representación legal de los Fondos (art. 5.2 Ley 19/1992), «gestoras de negocios ajenos» que asumen «la representación y defensa de los intereses de los titulares de los valores emitidos» (art. 6.1 Ley 19/1992); ídem, artículo 12 RD 926/1998. BADOSA COLL, Ferran: «La constitució de patrimonis en el Dret civil català», 5 (2002) *La Notaria* ([15-63], 36), trae también a colación la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional, para afirmar que «la DA 8.^a rebla la idea de què les Societats gestores tenen com a objecte social el poder administrar y representar els Fons, sense que es parli de “titularitat”».

El problema de considerar propietario al fiduciario es que ello es excesivo. Si lo que interesa es la gestión, es suficiente otorgar poder de disposición al administrador y no es necesario, además, concederle la propiedad; una propiedad que, por otra parte, sería una «propiedad fiduciaria» o «propiedad-función» y, por tanto, limitada simplemente a la administración (para el desarrollo de la idea, BADOSA: «La constitució», 30). Así lo afirma Nasarre (p. 98, p. 99), aunque también añade otras razones que no son tan convincentes. Así, cuando rechaza la posibilidad de que una misma persona sea titular de dos patrimonios separados. El autor no tiene en cuenta no sólo que ese es el esquema del *trust* en Escocia (REID, Kenneth G.C., «Patrimony Not equity: the trust in Scotland», 3 [2000] *European Review of Private Law* 427-437) sino que éste era, además, el modelo que preveía el artículo 2070.2 del malogrado proyecto francés sobre la fiducia («[E]n cas de décès du fiduciaire, les biens et droits objet de la fiducie ne font pas partie de sa succession. En cas de dissolution d'une personne morale fiduciaire, les biens et droits objet de la fiducie ne font pas partie de l'actif partageable ou transmissible à titre universel»; texto y comentarios en BÉNABENT, Alain: *Droit civil. Les contrats spéciaux*, Paris, 1995², 456-466). Pero, sobre todo, Nasarre olvida que en el Derecho español existen muchos otros ejemplos que demuestran que no es «difficult to admit a sole owner [...] with two patrimonies» (p. 98). Así, en el Derecho civil catalán, artículo 37 CS [beneficio de separación de patrimonios], artículo 153 CS [herencia de confianza], artículo 183.1 CS, «massa de béns genèricament diferenciada», y 213-214, 240.4.º [fideicomisos], artículo 349.4.ª, 388 CS [reservas]. Fuera del ámbito sucesorio, el esquema descrito se reproduce, aunque con pluralidad de titulares, en los artículos 1674.2 y 1675.2 CC, en relación con el contrato de sociedad, y en los artículos 1347.2n), 1349, 1354 CC, en relación con el régimen de gananciales.

Si, en un intento de regulación de la figura, se optara por ese modelo, Nasarre no debería temer por hipotéticos problemas de confusión de patrimonios (p. 98), puesto que ello sería incompatible con el reconocimiento legal de la

separación. Y mucho menos debería cuestionarse que uno de los patrimonios del fiduciario —el «en *trust*»— pudiera ser apartado de la agresión de los acreedores. En este punto, Nasarre afirma que «[T]he agreement between the settlor (constituyente) and the trustee (fiduciario) is only a personal right and does not bind them at all». No debería olvidarse que estamos hablando de hipótesis *de lege ferenda* y que es obvio que uno de los extremos sobre los que el legislador debería pronunciarse es el relativo al régimen de responsabilidad del patrimonio afectado y la garantía que éste supone para sus acreedores que, sin duda, deberá estar al margen totalmente de la que para los acreedores del fiduciario suponga su patrimonio personal [vid. art. 2.2 II Convenio de La Haya 1985; art. I (1) y (3), II, III, V (3) Principios Europeos de Derecho de *Trusts*]. Otra cosa diferente de la que plantea el profesor Nasarre y seguramente más discutible es hasta qué punto el artículo 1911 CC, que consagra la responsabilidad patrimonial universal del deudor, es un freno a la posibilidad de sustraer voluntariamente bienes de la garantía que los mismos representan para los acreedores del constituyente. Yo creo que la ley sí puede establecer límites [vid. ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «La regulación quebequesa del *trust*», 11-12 (2001) *La Notaria* (91-119) 118].

Finalmente, es preferible considerar que el derecho de los inversores es un derecho de crédito a percibir el capital y los intereses que genere el crédito hipotecario participado, que convertirlos a todos ellos en copropietarios del fondo como todavía es el caso en Francia (art. 214-43.1 Code monétaire et financier), a pesar de las propuestas de cambio (pp. 52-53) y como, en España, propugnaba igualmente el artículo 2.2 Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva (vigente hasta el 5 de febrero de 2004) en relación con los fondos de inversión mobiliaria («patrimonios pertenecientes a una pluralidad de inversores [...], cuyo derecho de propiedad [...] administrado por una Sociedad Gestora a quien se atribuyen las facultades del dominio sin ser propietaria del Fondo con el concurso de un Depositario [...]») o los fondos de inversión en activos del mercado monetario. Aunque sólo sea porque una comunidad con infinidad de comuneros que ni tan siquiera se conocen entre sí y que además no ejercen ninguna de las facultades que la ley reconoce a los copartícipes de una cosa común no es poca ficción. Lo apunta el propio Sergio Nasarre en la página 64. Sin embargo, el autor tampoco descarta que puedan o deban ser copropietarios en las páginas 98-99.

Naturalmente, se trata de un derecho de crédito contra el fondo que la sociedad gestora, como representante, debe pagar a los inversores, pero frente al cual, curiosamente, no existe ninguna acción de reclamación directa ¿Qué ocurre, pues, si la sociedad no paga? Hay que diferenciar según el incumplimiento sea imputable al deudor en cuyo préstamo participa dicha persona, o bien a la propia sociedad (pp. 62-63):

a) Si resulta que los inversores no cobran debido a la mala gestión de la sociedad administradora, por ejemplo porque, pudiendo [arts. 65.1, 66.a) RD 685/1982], sin embargo no reclama el crédito al deudor, el artículo 15.4 LMH y el artículo 65.2 RD 685/1982 les permiten reclamar para la efectividad de los vencimientos de la participación hipotecaria, por principal e intereses, contra la entidad emisora, esto es, el patrimonio personal de la sociedad gestora. La responsabilidad no recae en ningún caso sobre el fondo común.

b) Si el incumplimiento es debido al impago del deudor hipotecario, los artículos 66 RD 685/1982 y 15.4 LMH legitiman al titular de la participación

para compeler a la entidad emisora a que inste la ejecución hipotecaria; o bien para concurrir, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario (el banco), en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación y sin perjuicio de que la entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo y el cedido en la participación, cuando éste fuera inferior. Para el inversor existe, además, si bien de forma subsidiaria, la posibilidad de instar directamente la ejecución, en la cuantía proporcional a su participación, cuando no lo haga en el plazo previsto el acreedor hipotecario (el banco). Es una aplicación del artículo 1111 CC que, además, Nasarre extiende a la hipótesis en que la sociedad gestora no haya conminado al banco (acreedor hipotecario) a proceder a la ejecución (p. 63), tal y como le permite expresamente el artículo 65 RD 685/1982 y se deduce igualmente de su deber de administrar. Pero entonces estaríamos en el supuesto planteado *sub a*) y es seguro que, por esa vía, los inversores no podrían dirigirse subsidiariamente ni contra el banco ni contra el deudor hipotecario porque ninguno de los dos es deudor de la sociedad administradora.

En cualquier caso, el fondo es inatacable y los titulares de las participaciones de los créditos hipotecarios no tienen acción directa contra el mismo.

En definitiva, tal y como concluye el autor en el capítulo VII, una adecuada armonización del mercado hipotecario en Europa exigiría la adopción de tres medidas: la regulación de las cédulas hipotecarias en el Reino Unido; la regulación del *trust* en los países de tradición civilista con la finalidad de mejorar el funcionamiento actual de los mecanismos financieros que utilizan con ese modelo, lo que, además, permitiría ampliar nuevos supuestos de titulización, y, finalmente, la incorporación de instrumentos de deuda territorial mucho más flexibles, en los países en que éstos no existan, que faciliten la transmisión del crédito hipotecario. Conclusiones que sólo un riguroso estudio analítico, crítico y, sobre todo, funcional, hace posibles. Si además son de utilidad al legislador, comunitario, estatal o autonómico, el doctor Nasarre puede darse por completamente satisfecho. Porque eso demostrará que la Universidad continúa al servicio de la sociedad, que es, en definitiva, la que justifica la existencia de unos profesores que, además, investigan.

Esther ARROYO I AMAYUELAS
Universidad de Barcelona

REICH, Norbert; MICKLITZ, Hans-W.: *Europäisches Verbraucherrecht*, 4.^a edición, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, 1268 pp.

El derecho del consumo ha sido –y es– uno de los pilares básicos de la armonización del Derecho privado en la Unión Europea. Incluso cabría preguntarse si no ha sido demasiado básico, puesto que no resulta fácil subsumir las normas consumeristas en normas contractuales generales. No hay que olvidar que ni las instituciones europeas han promulgado un código de Derecho de consumo, ni el Derecho de consumidores y usuarios comunitario actualmente en vigor alcanza para formular un Derecho general de obligaciones y contratos. Y, sin embargo, los Reglamentos y, esencialmente, las Directivas

han contribuido decisivamente no sólo al desarrollo de un estrato jurídico europeo, sino también a modificaciones, no de tono menor, y a reformas en los sistemas jurídicos nacionales, a pesar de que el carácter puntillista del Derecho comunitario ha originado incoherencias en este estrato jurídico europeo y han surgido dificultades en la transposición de Directivas que han puesto en serio riesgo la cohesión de los ordenamientos nacionales. Por ello, uno de los principales méritos del libro escrito por los profesores Reich y Micklitz es la sistematización del Derecho de consumo comunitario, tarea ardua puesto que no se corresponde con las categorías jurídicas nacionales, sino que, con demasiada frecuencia, se basa en el logro de ciertos objetivos de política jurídica (p. 321).

El libro *Europäisches Verbraucherrecht* constituye un esfuerzo riguroso por dotar al Derecho de consumo comunitario con una estructura conceptual científica. Así, aunque se divide en seis partes, las dos primeras («El consumidor en el mercado interior» y «Derecho del comportamiento comercial») representan, en términos civilistas, una especie de parte general, mientras que las partes 3 a 5 («Derecho contractual», «Prestación de servicios financieros» y «Seguridad y calidad ambiental») abrazan el Derecho sustantivo y la última de las partes («Protección jurídica») el Derecho procesal. Es por ello que el título del libro no refleja con total exactitud su contenido real, pues los profesores Reich y Micklitz no sólo se ocupan del Derecho de consumo *stricto sensu*, sino que tratan extensamente el Derecho del mercado interior. Así, los autores estudian desde la publicidad comparativa (pp. 303 ss.) hasta la directiva sobre comercio electrónico (pp. 614 ss.), así como las transferencias transfronterizas (pp. 767 ss.) o el derecho de la competencia (pp. 225 ss.). En opinión de los autores, la transparencia y la lealtad servirían indirectamente para proteger los derechos de los consumidores (por ejemplo, las normas destinadas a fomentar la competencia en el mercado interior, puesto que conducen a un mayor abanico de elección de los consumidores entre productos y servicios [pp. 143, 177]). De hecho, una de las propuestas que se formulan en el libro es la promulgación de un Derecho europeo de la lealtad comercial (p. 431), una propuesta claramente relacionada con la concepción del consumidor como un *homo oeconomicus passivus* (p. 11). No obstante, puede discutirse si el consumidor es tan racional en sus decisiones desde un punto de vista estrictamente de mercado. Ciertamente, un consumidor informado es dueño de sus decisiones económicas (p. 305), pero éstas no siempre son tan racionales como cabría esperar. Las relaciones entre la conducta del consumidor y la propiedad intelectual (pp. 226 ss.) muestran que no necesariamente la calidad de los productos y servicios determina la elección del consumidor, ya que muchos consumidores prefieren la descarga de películas y música de Internet que la compra de originales, pese a la calidad de imagen y sonido. La piratería representa una amenaza para el mercado interior, aunque las «víctimas» sean ahora —y de modo excepcional— las multinacionales.

Del título del libro podría presuponerse la existencia de un concepto unitario de consumidor en el Derecho comunitario, mas ya desde el principio, los autores deben admitir la existencia de tal concepto (p. 46). Algunas veces el término *consumidor* designa al adquirente final de bienes y servicios, otras al cliente (por ejemplo, en los viajes combinados, p. 678, o en las transferencias transfronterizas, p. 767), otras al usuario (comercio electrónico, p. 621), incluso a cualquier persona en general (responsabilidad por producto). Es por ello que no puede sorprender que Reich y Micklitz deban tratar del

concreto concepto de consumidor en cada Directiva que analizan, algunas de las cuales abrazan también a las personas jurídicas (como en los viajes combinados, p. 678). Ésta es sólo una de las inconsistencias que el libro subraya. Son incoherencias que pueden traer causa del legislador europeo, como sucede en las dificultades que plantea el ámbito respectivo de aplicación de las Directivas sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, contratos a distancia (p. 579) y comercio electrónico (p. 643), o la falta de definición de qué es un día laborable en relación con la facultad de desistimiento que se establece en la última de las Directivas mencionadas (p. 591). Pero es el Tribunal de Justicia en ocasiones también, a consecuencia de un cambio de orientación jurisprudencial, el que provoca cierto grado de incertidumbre, por ejemplo, en cuanto al ámbito de aplicación de la Directiva sobre viajes combinados (p. 677). Los autores también indican la existencia de lagunas en el Derecho comunitario. Un buen ejemplo lo proporciona la forma, pues existen una pluralidad de normas que se ocupan de la forma de las declaraciones de voluntad de las partes, de la publicidad, del contrato, etc., y sin embargo no se regulan las consecuencias del incumplimiento de los requisitos formales impuestos a los contratantes (en relación con el aprovechamiento por turnos, véase p. 722). Y las soluciones pueden ser divergentes en los Estados miembros, desde la nulidad a la ineficacia a instancia del consumidor, pasando por la inoponibilidad). Igualmente, la terminología no es uniforme, de lo que la dicotomía desistimiento/revocación constituye un conocido ejemplo, al que los autores se refieren repetidamente (así, en relación con la Directiva sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, p. 560).

Los deberes de información impuestos a los empresarios, especialmente en la fase precontractual, juegan un papel muy importante en el Derecho comunitario (pp. 23 ss.), y el libro les dedica su segunda parte, así como abundantes páginas en cada capítulo dedicado a las singulares Directivas. Estos deberes de información, sin embargo, pueden afectar a la formación del contrato o a los remedios de que puede valerse el consumidor que ha contratado sin haber dispuesto de toda la información relevante. Algunas de estas reglas sólo afectan a los consumidores, otras pueden ser extendidas a la parte contractual más débil, pero sólo unas pocas son susceptibles de ser incorporadas a un Derecho contractual general. Los esfuerzos que realizan los autores en esta segunda parte del libro constituyen una contribución de enorme valor a un Derecho contractual europeo más coherente, tal como lo ha planeado la Comisión Europea. No hay que olvidar que, de acuerdo con la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001, a finales de 2004 debería haberse tomado una decisión sobre si era necesario consolidar las Directivas en vigor y promulgar nuevas Directivas con el fin de garantizar el funcionamiento del mercado interior. Reich y Micklitz, pese a que éste no era probablemente su objetivo prioritario, ofrecen diversos y excelentes ejemplos de la necesidad de mejorar el *acquis communautaire*. De hecho, muchas de las propuestas que realizan los autores merecen ser tenidas en cuenta. Únicamente con intención enunciativa, cabe citar la formulación de una cláusula general para la protección de la lealtad comercial en el mercado interior (p. 448), la promulgación de normas de conflicto para que la decisión sobre cuál es la ley aplicable a los contratos con consumidores no dependa de normas nacionales (pp. 474 ss.) o la necesidad de prestar una mayor atención a la resolución extrajudicial de las controversias con consumidores (p. 1231).

Como ya se ha señalado, el libro contiene una completísima exposición del *acquis communautaire* en los campos tanto del Derecho de consumo como del mercado interior. Los autores facilitan a sus lectores no sólo un extensivo análisis del Derecho en vigor, sino también de sus precedentes, de la evolución legislativa del área en cuestión y, si procede, de las tendencias futuras que cabe colegir de los trabajos preliminares de las instituciones comunitarias. Citas exhaustivas de jurisprudencia, y no sólo del Tribunal de Justicia Europeo, sino también de los tribunales nacionales cuando ello es oportuno (por ejemplo, de la House of Lords, en la p. 1131), complementan la exposición teórica. Sólo se echa de menos el estudio de la Directiva sobre morosidad, pues aun no formando parte estrictamente del Derecho de consumo, debe contribuir al funcionamiento leal del mercado, especialmente en países donde las grandes empresas de distribución no dudan en pagar a sus proveedores incluso a 120 días, por no mencionar a las administraciones públicas. Hay que destacar, por último, que la propia obra no ha permanecido inmune al desarrollo del derecho de consumo. En relación a la edición anterior, el profesor Micklitz se ha convertido en coautor y la extensión se ha doblado; asimismo, se ha prescindido del subtítulo. En realidad un *tratado*, el libro *Europäisches Verbraucherrecht* está llamado a convertirse en una obra de referencia, que merece un lugar destacado en las bibliotecas de los juristas interesados en el Derecho de consumo, el mercado interior y la armonización del Derecho privado en el seno de la Unión Europea.

Antoni VAQUER ALOY
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Lleida

STEIN, Peter G.: *El Derecho romano en la historia de Europa*, traducción española de César Hornero y Armando Romanos, Madrid, Siglo Veintiuno de España Ed., 2001, 201 pp.

«Hubo ciencia, pero hubo también amor». Así describe Maitland, el ilustre jurista inglés, el trabajo desarrollado por la vertiente germanista de la Escuela histórica alemana. Nada mejor que esta frase y la nacionalidad del personaje y de los alabados para sintetizar la obra objeto de esta reseña: Maitland, de puro cariz *common law*, ensalza el trabajo de los germanistas –*civil law*– con una referencia a lo que el estudio del derecho ha sido a lo largo de la historia de Europa y debe continuar siendo: pasión por la búsqueda de la justicia.

El renacimiento del interés por la creación de un Derecho privado europeo en los últimos años mediante una triple fuente (normativa comunitaria, Tribunales de Justicia europeos y grupos de investigación paneuropeos sobre Derecho civil con temática iusprivatista europea) no es una novedad, sino más bien la continuación de lo que el nacimiento de los Derechos privados nacionales (Derecho romano y nación estado) quebraron: la realidad de un Derecho común europeo (*Ius commune*). Ésta es la reflexión final de la obra que, no obstante, entiende que existe una diferencia entre el *Ius commune* «tradicional» y el nuevo derecho común: que éste es impuesto y que el primero fue recibido con buen agrado por los diferentes países. Quizás desde la óptica in-

glesa (el autor es *Emeritus Regius Professor* de Derecho Civil de la Universidad de Cambridge) pueda ello concebirse así, pero no hay que olvidar que el Derecho comunitario es el resultado de la voluntad de los Estados miembros, acordada en los órganos comunitarios, y que, por lo tanto, es aceptado voluntariamente por aquéllos.

Aparte de esta reflexión final, la obra traza muy bien el *iter* del Derecho romano, desde las XII Tablas hasta el siglo xx. Es explicado como una historia, cuyo hilo conductor es el diferente rol que el Derecho romano ha tenido a lo largo de su existencia. Son constantes las dicotomías Derecho romano común *vs.* Derecho local o regional (la Alemania renacentista); Derecho romano clásico (Escuela Histórica del Derecho) *vs.* Derecho justinianeo (glosadores medievales); estaticismo y pureza del Derecho romano (Renacimiento y Humanismo) *vs.* Derecho romano evolucionado y comentado (Baja Edad Media); Derecho romano como resolutor de problemas (regiones que aceptaron el *ius commune*) *vs.* Derecho romano como intruso (territorios con costumbres arraigadas e incluso recopiladas, como el norte de Francia); Derecho civil (propiedad) *vs.* Derecho canónico (matrimonio y sucesiones); *ius commune* *vs.* codificación; creación legal del derecho *vs.* costumbre *vs.* jurisprudencia *vs.* juristas. La virtud de este trabajo es que, en un espacio reducido, nos da una visión de Europa como una unidad jurídica que, debido a diversos avatares históricos, se ha visto abocada a la disgregación y al regionalismo jurídico. Pero que, dado que los problemas y las necesidades del tráfico jurídico-económico son los mismos en cualquier territorio, y dado que partimos todos del Derecho romano (incluso numerosos territorios que no fueron romanizados intensamente adoptaron el Derecho romano como fuente de solución a sus problemas, como el norte de la actual Alemania y las diversas tribus germánicas que invadieron el Imperio), el autor se esfuerza en mostrarnos ejemplos en los diversos países, que guardan entre ellos relación. Así, la explicación de la organización inmobiliaria feudal mediante el concepto romano de la *emphyteusis* (justificación y problemática de conjugar la doble propiedad inmobiliaria: *emphyteusis* en lugar de *dominium*); este problema persiste en nuestro Derecho civil, con la pareja dominio directo y dominio útil de la enfiteusis (art. 1605 CC). En Derecho inglés, ello se solucionó y se adoptó mediante el *trust*, que reserva la propiedad formal o de mera gestión al *trustee* y la propiedad útil o en equidad para el *beneficiary*. Esta misma cuestión jurídica es la que posibilitó a Hugo Doneau (siglo xvi) el concebir la categoría general y vigente en la actualidad (tanto en *civil law* como en *common law* con los *interests and rights in rem*) de los *iura in re aliena* para proteger los derechos del vasallo. Otro ejemplo, es el razonamiento del español Francisco de Vitoria (siglo xvi) sobre la aplicación del romano *ius gentium* y su reconversión en el iusnaturalista *ius inter gentes* (conjunto de reglas que gobiernan las relaciones entre un pueblo y otro), con el fin de explicar las nuevas relaciones que se establecían entre España y sus nuevas posesiones ultramarinas; al tiempo, De Vitoria consideraba inaplicable la categoría romana de *res nullius* a dichos territorios, basándose en el derecho natural de los indígenas a la propiedad de sus tierras, en tanto que personas.

La ventaja de este libro es que prescinde de las divergencias entre *civil law* y *common law*, que a menudo son utilizadas como excusas para no proseguir con la armonización del Derecho civil en Europa, especialmente para la elaboración de un Código Civil europeo, e intenta construir puentes entre

ambos sistemas. Como ejemplo, el tratamiento que realiza el autor del jurista inglés Bracton (siglo XIII), el cual recoge el *common law* inglés (nacido de las diferentes costumbres locales de aquel territorio) en su *Tratado latino sobre las leyes y las costumbres de Inglaterra* siguiendo una sistematización de categorías romanas (adoptadas de la *Summa codicis* de Azzo), cuyo lenguaje recuerda incluso al *Digesto*. Si bien a partir de entonces todo fueron divergencias respecto a la evolución del Derecho civil en el continente, debido sobretudo al trabajo «introspectivo y resistente al cambio» de la *Inn of Court*, las instituciones puras del *common law* (esta vez entendido como antagónico a *equity law*) reflejaron elementos romanos muy destacados, como el caso de prever únicamente la reparación pecuniaria en caso de incumplimiento de los contratos, al estilo del procedimiento formulario romano. Debido a tales rigideces, la *Chancery* inglesa no pudo más que intentar suavizar esta situación, creando todo el derecho paralelo de la equidad, que permitía, además, el cumplimiento forzoso, entre otros.

También ayuda a comprender la evolución de la técnica jurídica en los diversos territorios europeos. Así, por ejemplo, señala cómo la Carolina (Ley imperial de Carlos V en 1532) influyó en el modo de decidir de los jueces alemanes que, a menudo, caían en la arbitrariedad y en antagonismos, debido a lo complejo y dispar del derecho local que conocían y aplicaban. Se les obligó a pedir dictamen «en la más cercana universidad, ciudad u otra fuente de conocimiento jurídico», porque a los profesores de universidad se les consideraba más doctos y más formados en *ius commune*, de manera que podían atender mejor a los alegatos de los abogados que a menudo también utilizaban argumentos de *ius commune*.

Otra de las constantes de la obra es la interrelación entre el *ius commune* y el resto de disciplinas y áreas del desarrollo del ser humano. Como es sabido, Savigny consideró que el derecho no era una mera producción de la razón (como lo entendían los iusnaturalistas), sino que es producto de la tradición de cada sociedad, y el derecho debe cambiar como la sociedad evoluciona, como su lengua. Y consiguió explicar de manera convincente que, entendiendo al Código como el máximo exponente del razonamiento jurídico, éste sólo puede convertirse en realidad si confluyen la máxima participación popular y un alto nivel de preparación técnica por parte de los juristas, siendo imposible su existencia en otros casos. Hallamos un paralelismo con esta concepción del Derecho como algo popular e inmanente de la sociedad en un momento histórico en que Derecho común europeo y religión estaban íntimamente relacionados (siglo XIV): la didáctica del Derecho procesal y civil a través de diversos tratados con la temática de un juicio de Dios, donde Jesucristo es el juez y decide una *actio spoli* y una reivindicatoria de Satanás contra los bienes de la humanidad, la cual es defendida por la Virgen María, que excepciona mediante posesión ilegítima y mediante la doctrina de actos propios (si el demandante es el culpable de la situación precaria del hombre, no puede beneficiarse de la misma).

Naturalmente que la columna vertebral de la obra la configuran los ilustres juristas y obras que destacaron en sus respectivas épocas, cuyas ideas y aportaciones están bien sintetizadas (tabla cronológica e índice onomástico incluidos): XII Tablas, Instituciones de Gayo, Código Teodosiano, Bolonia, Glossa de Accursio, las Siete Partidas, Bártolo, Doneau, Grocio (Holanda, orígenes del Derecho natural, antítesis de la concepción del derecho como de origen divino), Leibniz (plenitud del Derecho natural), Pothier, Savigny, co-

dificaciones, Ihering (Pandectística alemana, en busca del espíritu del Derecho romano, abstracción) y el *ius commune* en la actualidad (San Marino y caso inglés de 1987 que aplicó directamente el Derecho romano, en su discrecionalidad, en concreto, la *confusio* para un caso de mezcla de petróleos).

Se trata, pues, de una obra excelente tanto para los investigadores del Derecho en general, como para alumnos de Derecho romano, Derecho civil e historia del Derecho. Es un trabajo con una gran fuerza de actualidad, buscando convergencias en las raíces de nuestro *ius commune*, una base sobre la cual sustentar el actual proceso de armonización del Derecho civil en Europa. Sencillo, pero al mismo tiempo completo, invita al lector a situarse en una posición objetiva, externa y de contemplación global de la historia del Derecho privado en Europa de los últimos veinticuatro siglos.

Sergio NASARRE AZNAR
Profesor Lector de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: *El procedimiento arbitral. (Ley 60/2003, 23 de diciembre, de arbitraje)*, Estudia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004, 368 pp.

§. Recensiar una obra como ésta no resulta en absoluto sencillo. La dificultad que anuncio no es debida a defectos atribuibles a su contenido, sistemática o a la forma en que el autor se expresa, sino a lo que supone la labor misma de recensionar, es decir, de describir críticamente o comentar una obra literaria o científica.

Hace ya algunos años que, desde la docencia, empezó mi inmersión en el mundo del arbitraje. Pronto descubrí que el texto legal que servía de apoyo a mis explicaciones (e implicaciones) sobre la materia –la Ley 36/1988– no resolvía de manera satisfactoria muchas cuestiones de índole procesal y, lo que es peor, que, respecto de algunas de esas cuestiones, la Ley simplemente guardaba silencio. A lo lamentable del descubrimiento se unió con el tiempo la constatación práctica de que las ventajas que doctrinalmente se unían al arbitraje frente al proceso constituían poco menos que un *desideratum* en nuestro país, pues si bien los operadores económicos canalizaban la resolución de buena parte de sus controversias a través del arbitraje, en la mayoría de los casos fijaban fuera de nuestras fronteras el lugar en que éste debía desarrollarse. Con la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil y, sobre todo, con la Ley 60/2003, de Arbitraje, creí resueltos uno y otro problema. Sólo en parte estaba en lo cierto. Tras la lectura de este libro he corroborado que la nueva regulación supera, en efecto, muchos de los defectos atribuibles a su predecesora (estos defectos alcanzaban –entre otros extremos– al efecto negativo o excluyente del convenio arbitral, al régimen de la ejecución provisional del laudo y a la tutela cautelar en el procedimiento arbitral). La lectura también ha confirmado mis impresiones de que la asunción de las directrices fijadas por la Ley Modelo de la CNUDMI hará que nuestra regulación interna se muestre en adelante internacionalmente atractiva. Pero, en lo que a mi persona hace, este libro ha tenido mayores efectos que los mencionados: gracias al trabajo del profesor Cucarella Galiana se me han revelado nuevos problemas en materia procesal arbitral y ofrecido soluciones a algunas de las dudas que hace tiempo rondaban por mi cabeza. Esto último viene a justificar, como antes decía, la dificultad que para mí representa comentar esta monografía y, además, hacerlo con sentido crítico. Me limito, por tanto, a dar somera cuenta de lo que tan brillante y exhaustivamente en ella se dice.

§. *El procedimiento arbitral* constituye un análisis serio y riguroso de los aspectos procesales de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje

(en adelante, LA), y, más aún: de un vasto número de cuestiones procesales surgidas al socaire de la nueva regulación legal. Su autor sistematiza el estudio de aquellas y estas cuestiones en cuatro capítulos, dedicados –por este orden– a los sujetos del procedimiento arbitral; a la actividad declarativa; a los medios de impugnación del laudo; y a la ejecución forzosa y las medidas cautelares.

§. Paralelamente a lo que ocurre en el ámbito jurisdiccional, el procedimiento arbitral presupone la existencia de al menos dos personas que ocupan posiciones jurídicas contrapuestas y de un tercero objetivo e imparcial –el árbitro o árbitros– llamado a resolver las controversias surgidas entre aquéllas.

Cómo puede alcanzarse la condición de parte en un procedimiento arbitral es cuestión que debe resolverse a la luz del convenio arbitral. Dicho más claramente: en el procedimiento arbitral, la posición activa o pasiva debe estar ocupada por aquellos que figuran como parte en el convenio arbitral, de modo que el inicio del arbitraje está vetado a persona distinta de aquellas que lo celebraron. Como en el proceso civil de declaración, el estatuto jurídico de las partes en el procedimiento arbitral se caracteriza por la dualidad de posiciones, así como por el principio de igualdad y de contradicción. Sin embargo, no puede decirse otro tanto respecto de la capacidad para ser parte en un procedimiento arbitral. Así, por ejemplo, es dudoso reconocer al *nasciturus* aptitud para ser parte en el arbitraje, ya que ello implicaría admitir como «efecto favorable» a este último la obligación, contraída por sus representantes legales en el convenio, de cumplir el eventual laudo que llegara a dictarse. La anterior, con todo, no es la única duda que suscita la actuación de las partes en el arbitraje: la incidencia de la declaración de concurso para actuar en el arbitraje, la posibilidad de que el tribunal arbitral controle de oficio la capacidad para ser parte y para actuar en el procedimiento arbitral o la repercusión que respecto de la actividad de las partes y del procedimiento mismo puede tener el hecho de que éstas decidan valerse de los servicios de un letrado son aspectos igualmente problemáticos, cuyo tratamiento no rehúye el autor en el primer capítulo de su obra.

En este mismo capítulo se aborda el estudio de los árbitros como sujetos del procedimiento arbitral. Comienza este estudio por aclarar que la potestad de aquéllos no tiene carácter público, puesto que nace de un negocio, de un convenio suscrito entre las partes. Se trata, por lo demás, de una potestad para ejercitar una actividad declarativa en materias respecto de las cuales las partes tienen libre poder de disposición. Esa potestad declarativa se encomienda a unas personas en quienes deben concurrir los requisitos de aptitud prescritos en los artículos 13 y 14 LA; preceptos ambos de los que se colige que la persona designada para dirimir la controversia entre las partes debe ser una persona física, que se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles y a la que el ejercicio de su profesión no impida la posibilidad de actuar como árbitro. Como quiera, de otra parte, que la nueva LA ha generalizado el arbitraje de derecho frente al arbitraje de equidad, lo habitual será que los árbitros reúnan la condición de abogado en ejercicio, a menos que las partes decidan expresamente otra cosa. La posibilidad de que el arbitraje sea institucional, esto es, sea administrado o gestionado por corporación, asociación o entidades sin ánimo de lucro, en modo alguno desdice la regla anterior.

Como no podría ser de otro modo, la autonomía de la voluntad preside el nombramiento de los árbitros. Así las cosas, serán las partes quienes fijen el número de árbitros que consideren oportuno, designándose uno solo a falta de

acuerdo entre ellas. El procedimiento para la designación de los árbitros será también el que las partes libremente hayan pactado (o el previsto en el reglamento, caso de que el arbitraje sea institucional). Esto no obstante, la LA prevé el modo de evitar la paralización del arbitraje por falta de voluntad de las partes al respecto; ese modo no es otro que la designación del árbitro o árbitros por vía judicial (antes denominado «formalización judicial del arbitraje»). La designación judicial del árbitro o árbitros requiere de petición de parte, que deberá dirigirse al Juez de primera instancia o al Juzgado de lo Mercantil que resulte territorialmente competente. En el terreno procedimental se ha querido que este proceso (o más exactamente: este acto de jurisdicción voluntaria) se resuelva muy rápidamente; de aquí que el legislador haya optado por el juicio verbal como cauce para dar respuesta a aquella petición, y de ahí también la irrecurribilidad de las resoluciones interlocutorias y definitivas recaídas durante este proceso. De esta regla de la irrecurribilidad se exceptúan empero las resoluciones que inadmiten a trámite la solicitud de intervención judicial; inadmisión que, dicho sea de paso, sólo puede fundarse en la inexistencia de un convenio arbitral. Finalmente, conviene precisar que el nombramiento judicial del árbitro o árbitros no significa sin más la aceptación del cargo por parte de éstos; y es que, a menos que las partes hayan dispuesto otra cosa, si transcurrido el plazo de quince días desde que se produjo la notificación del nombramiento, los árbitros no comunican expresamente su aceptación, se entiende que ésta no se ha producido.

Independientemente de quién y de cómo se haya designado a los árbitros, éstos tienen el deber de guardar la debida independencia e imparcialidad respecto de las partes en el arbitraje. Habida cuenta de que no todas las circunstancias que hacen temer la parcialidad judicial son predicables en el arbitraje, la nueva Ley –a diferencia de antaño– omite cualquier referencia a las causas de abstención y de recusación de los jueces, incluyendo en su lugar una cláusula general que concentra las dudas de parcialidad al supuesto de que el árbitro mantenga relación profesional, personal o comercial con alguna de las partes. De darse esta circunstancia, el árbitro debe ponerla de relieve cuanto antes. Por su lado, las partes deberán alegar dicha circunstancia o cualquier otra que indique la falta de independencia del árbitro, instando su recusación. Aun cuando la formulación de la recusación puede abocar a resultados distintos (*v.gr.*: al nombramiento de un sustituto, si el árbitro renuncia; o a la remoción del árbitro, si la contraparte acepta la recusación formulada), en el caso de que no prospere, y, por tanto, de que el árbitro o árbitros decidan que no ha lugar a la recusación, las partes no podrán impugnar directamente la decisión arbitral sino que habrán de aguardar al laudo definitivo. Se pretende así poner coto a la utilización de la recusación como arma torticera o dilatoria del procedimiento arbitral.

Junto a la recusación, existen dos supuestos más que pueden llevar al árbitro designado a dejar de conocer el asunto. Nos referimos a la renuncia por parte del propio árbitro o a su remoción a instancia de parte. Tanto la renuncia como la remoción obedecen a unas mismas causas: la imposibilidad fáctica o jurídica para cumplir las funciones que se les ha encomendado o bien al no ejercicio de esas funciones dentro de un plazo razonable.

Fuera de los anteriores supuestos, la aceptación del árbitro comporta de ordinario que sea ese árbitro quien dicte el laudo, incurriendo –caso de incumplir el encargo confiado– en responsabilidad por los daños y perjuicios causados. En este último sentido, debe repararse en que, a menos que las par-

tes acuerden otra cosa, el laudo debe dictarse en los seis meses siguientes a la presentación de la contestación o al plazo fijado para acordarla; plazo que es notablemente superior al previsto en la Ley 36/88 (repárese en que ésta fijaba el *dies a quo* el día mismo de aceptación del arbitraje) y que debe atribuirse al deseo de evitar la correspondiente responsabilidad por retraso en el dictado del laudo.

El ámbito de actuación de los árbitros y su competencia vienen delimitados por el convenio arbitral y antes aun por la propia LA. Comenzando por esto último, hay que hacer notar que la nueva regulación no establece un listado de materias arbitrables, sino que se limita a establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de las partes sobre su objeto. En cuanto al convenio arbitral, es claro que de él surge la obligación de las partes de acudir al arbitraje, y también que dicho convenio es esencial a la hora de delimitar el ámbito de competencia del árbitro. En este sentido, la LA faculta a los árbitros para controlar de oficio su propia competencia, lo que implica la facultad de fiscalizar el contenido y alcance del convenio, si el convenio es válido y, en fin, que no concurren otras circunstancias que impidan entrar en el fondo de la controversia (esta regla es lo que en Alemania se conoce con la expresión *Kompetenz-Kompetenz*). También las partes —o más exactamente el demandado— pueden poner de relieve la falta de competencia del árbitro o árbitros, aunque hayan participado en su nombramiento. No obstante, a menos que los árbitros admitan la demora o que la extralimitación del árbitro se produzca en un momento posterior a la contestación a la demanda, la alegación de esta excepción debe plantearse *a limine*, concretamente en el acto de contestación a la demanda. Se ponga de relieve de oficio o a instancia de parte, la falta de competencia es cuestión que puede ser decidida con carácter previo o en el propio laudo que ponga fin al asunto. Además, la decisión de los árbitros sobre su competencia sólo puede impugnarse mediante la acción de anulación.

De otra parte, pero en este mismo orden de cosas, conviene reparar que la amplitud con que en la LA se utiliza el término «competencia», unido al tratamiento procesal previsto en ella para apreciar su falta, resuelve importantes problemas prácticos en el arbitraje; en particular, aquellos que suscita la apreciación de la litispendencia, esto es, de la pendencia de un proceso o incluso de otro procedimiento arbitral sobre el mismo objeto y las mismas partes.

El control de la competencia arbitral plasmada en un convenio no sólo puede hacerse en el seno de un procedimiento arbitral. Así, es posible que, a despecho del convenio, una de las partes decida acudir a la jurisdicción solicitando el inicio de un proceso. Pues bien, en este caso el control de la falta de jurisdicción por sometimiento a arbitraje no puede hacerse de oficio por el Juez, sino sólo a instancia de parte mediante la formulación de la declinatoria. La utilización de la declinatoria, existiendo convenio arbitral, reviste ciertas peculiaridades: así, y de una parte, la formulación de la declinatoria no afecta a la prosecución del procedimiento arbitral que ya se hubiera iniciado o que pudiera iniciarse; de otra parte, se trata de una defensa sólo apta para evitar un proceso de declaración pero no la adopción de una medida cautelar con la que pretenda garantizarse el buen fin de un procedimiento arbitral ya iniciado o a punto de iniciarse.

§. Según ya se ha anunciado, el segundo capítulo de esta monografía se dedica al estudio de la actividad declarativa arbitral.

Utilizando una sistemática similar a la seguida por la mayoría de la doctrina procesalista en el análisis del proceso civil de declaración, el profesor Cucarella analiza, en primer lugar, las posibles actividades previas al arbitraje que pueden servir, además, como mecanismos alternativos a este modo de resolución de conflictos. En este análisis, el autor llega a la conclusión de que, pese a existir convenio arbitral, es posible (e incluso necesario, según el caso) acudir a un trámite previo. Tal es el caso de la reclamación en vía administrativa, la conciliación previa judicial, o la mediación previa al arbitraje prevista en algunos reglamentos arbitrales.

A fin de favorecer el arbitraje, sobre todo el internacional, la Ley reconoce a las partes la facultad de convenir el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones. La libertad de las partes en la fijación del procedimiento encuentra, empero, dos limitaciones: el respeto al principio de igualdad y el respeto, asimismo, del derecho de contradicción o audiencia. Claros ejemplos de la trascendencia de aquel principio de libertad formal en el procedimiento arbitral son los referidos al lugar e idioma del arbitraje, pues uno y otro extremo se concretan en función de lo que las partes decidan al respecto y sólo a falta de acuerdo entran en juego las normas legales (estas últimas normas tienen no pocas implicaciones de índole procesal. Así, por ejemplo, el lugar en que se desarrolla el arbitraje permite determinar qué Juez tiene competencia territorial para intervenir en el procedimiento arbitral o para auxiliar al árbitro en el ámbito de sus actuaciones). La libertad es principio que también informa el carácter escrito u oral de las actuaciones del procedimiento arbitral; así las cosas puede suceder que las partes pacten expresamente que las actuaciones sean orales, que pacten lo contrario, o que aun pactando que las actuaciones arbitrales se sustancien por escrito soliciten con posterioridad la celebración de una audiencia. El impulso del procedimiento arbitral pone fin al análisis de los principios relativos a este procedimiento; como en tantos otros aspectos, la LA se inspira en este punto en la Ley Modelo, estableciendo la regla de la mayoría para la adopción de decisiones colegiadas y otorgando voto de calidad al presidente para el caso de que no se alcance mayoría. La anterior regla, no obstante, sólo resulta aplicable en defecto de voluntad de las partes, lo que es tanto como decir que éstas pueden pactar mayorías más rígidas o incluso la necesidad de unanimidad para adoptar determinadas decisiones, incluido el laudo. Distinta, empero, es la regla aplicable a las cuestiones de ordenación, tramitación o impulso del procedimiento, pues, si nada pactan las partes, la decisión de estas cuestiones se adoptará por los árbitros o por el presidente del colegio arbitral.

El *iter* del procedimiento arbitral comienza, salvo disposición de las partes en contra, cuando una de ellas recibe el requerimiento de la contraria de someter la controversia al arbitraje pactado. Aunque la LA nada dice acerca del contenido que debe tener el requerimiento iniciador del arbitraje, no parece necesario que en el mismo se delimite el objeto de la controversia, ya que dicha determinación se puede llevar a cabo en actos de la alegación posteriores. Concretamente será en la demanda —que deberá presentarse en el plazo convenido por las partes o, en su caso, en el fijado por el árbitro— cuando el demandante fije su pretensión. Esto no obstante, debe llamarse la atención de que, en principio, la delimitación del objeto del arbitraje en la demanda no impide que el actor pueda modificar o ampliar ese objeto durante el transcurso del procedimiento, ni tampoco que aporte fuentes de prueba en un momento posterior siempre que desvele al demandado las pruebas de que dis-

pone en apoyo de su pretensión. Sentado lo anterior, puede afirmarse que en el procedimiento arbitral no rigen las preclusiones propias de los procesos jurisdiccionales.

Si en el plazo convenido o fijado para el árbitro, la demanda no se presenta y, oído el demandado, éste no quiere ejercitar ninguna pretensión, el procedimiento termina. Por el contrario, si la demanda se presenta en plazo, el procedimiento arbitral sigue su *iter* normal, dándose traslado de la demanda al demandado para que responda a lo que en ella se plantea dentro del plazo que se le señale.

Como en el proceso jurisdiccional, son varias las actitudes que puede adoptar el demandado frente a la demanda:

En primer lugar, puede permanecer inactivo y no contestar. Esta actitud –conocida procesalmente como rebeldía– lleva aparejada la continuación del procedimiento, pero no se considera ni admisión de hechos ni allanamiento. Dado que la LA nada más dice acerca de los efectos que la rebeldía del demandado provoca en el procedimiento arbitral, el autor entiende que es de aplicación analógica lo previsto sobre el particular en la LEC, incluida la posibilidad de que el condenado en rebeldía impugne el laudo a través del proceso de anulación cuando la rebeldía no fuera querida ni buscada, y de que aquél pueda oponerse a la ejecución frente a él despachada por tal motivo.

En segundo lugar, el demandado puede manifestar su conformidad con la pretensión o pretensiones interpuestas por el actor. También por analogía con lo que dispone la LEC, el allanamiento puede ser parcial –lo que dará lugar a un laudo parcial y a la continuación del procedimiento arbitral para resolver la pretensión o pretensiones no conformadas por el demandado– o total, en cuyo caso el efecto será un laudo favorable al demandante y el fin del procedimiento arbitral.

En tercer lugar, el demandado puede ofrecer resistencia a la pretensión formulada por el actor. Si esta resistencia se funda en la existencia de defectos procesales deberá alegarlos en el escrito de contestación, pues el retardo injustificado en la alegación de las excepciones procesales puede llevar a los árbitros a inadmitirlas. La resistencia basada en motivos materiales puede basarse en la existencia de hechos nuevos y distintos de los alegados por el demandante con los que pretenda desvirtuar éstos.

Otra posible actitud del demandado frente a la demanda es la de reconvenir, si bien la reconvencción sólo es admisible si la pretensión introducida vía reconvencción se refiere a la relación jurídica sobre la que versa el arbitraje. De la reconvencción –que normalmente se realizará en la contestación en la demanda, aunque también cabe la posibilidad de que se formule y admita en momento posterior– se dará traslado al demandante para que proceda a su contestación.

El régimen de la prueba en el arbitraje no presenta grandes diferencias con el régimen de la actividad probatoria en el proceso jurisdiccional: así, lo relativo al objeto de la prueba, clases de medios probatorios y pertinencia y utilidad de estos medios es aplicable *mutatis mutandis* al arbitraje. Lo anterior no resta, sin embargo, al hecho de que la actividad probatoria presente determinadas peculiaridades en el ámbito del arbitraje; en este sentido ya hemos dicho que la LA no anuda el efecto de la preclusión a la aportación tardía de medios de prueba y también que, en ocasiones, es necesario servirse del auxilio judicial para garantizar la actividad probatoria arbitral. Además, es posible que los árbitros decidan *ex officio* la práctica de medios probatorios para

complementar la actividad de las partes. Peculiaridad también de la prueba en el ámbito del arbitraje es lo relativo a su valoración, ya que –en defecto de acuerdo entre las partes– este aspecto es criterio que se deja a la libertad de los árbitros. Junto con lo anterior, debe tenerse en cuenta que la LA contiene disposiciones específicas respecto de determinados medios probatorios: es el caso de la prueba pericial, pues si bien las partes pueden aportar (o anunciar) el dictamen pericial en sus escritos de demanda o de contestación, ello no impide que puedan solicitar del árbitro la designación de perito.

Practicadas que sean las pruebas, las partes podrán emitir sus conclusiones, lo que podrán llevar a cabo en una audiencia si los árbitros así lo deciden. Aspecto problemático en este punto es el de si el árbitro puede o no desvincularse de las tesis jurídicas sostenidas por las partes. Al autor no le cabe duda de que esta facultad es predicable de los árbitros, si bien matiza que tal facultad se halla condicionada a que el árbitro someta a debate de las partes la posible calificación alternativa a las tesis que sostienen y a que explicita en el laudo las razones del cambio de calificación.

El acto que normalmente pone fin a un procedimiento arbitral es el laudo, que no es sino la resolución en que el árbitro o árbitros se pronuncian sobre la pretensión objeto del arbitraje. Requisitos de esta resolución arbitral son la congruencia y la motivación. También el laudo tendrá que hacer mención a las costas del procedimiento arbitral y a la parte o partes que deben soportarlas. En relación con los requisitos temporales, ya hemos dicho que la emisión del plazo está supeditada a un plazo que, salvo acuerdo en contra de las partes, es de seis meses (prorrogables por otros dos más) contados desde la fecha de la presentación de la contestación o desde la expiración del plazo fijado para presentarla. Lo que aún no hemos dicho, y conviene detenerse ahora en ello, es que la nueva LA considera que el laudo es válido y eficaz sin necesidad de protocolización, lo que es tanto como decir que el posible ejercicio de la acción de anulación se vincula al acto de notificación del laudo y no, como otrora, al de protocolización. Aunque la emisión del laudo supone por lo general el fin de la actuación arbitral, esta regla tiene dos excepciones: nos referimos al deber mismo de notificar el laudo arbitral –que incumbe a los árbitros– y a la posible corrección, aclaración y complemento de esta resolución arbitral. Hechas estas salvedades, conviene subrayar que el dictado del laudo provoca, a menos que el mismo sea impugnado en el plazo legalmente previsto, los efectos propios de la cosa juzgada. La eficacia de cosa juzgada predicable del laudo, implica que respecto de éste operan los efectos negativo y positivo propios de aquella institución. Así las cosas, por firme que sea el laudo, no podrá desarrollarse otro proceso (jurisdiccional o arbitral) de objeto idéntico al ya resuelto por la resolución arbitral; además, cuando lo resuelto en el laudo aparezca como antecedente lógico de un proceso (jurisdiccional o arbitral) entre las mismas partes y relativo a la misma relación jurídica, dicho pronunciamiento habrá de tomarse como punto de partida en el procedimiento posterior.

Pero el laudo no es la única forma de terminación del procedimiento arbitral. El arbitraje también puede terminar sin un pronunciamiento sobre el fondo o con un pronunciamiento sobre la materia objeto de arbitraje recaído antes de que concluya su tramitación ordinaria. Entre las causas de terminación anticipada del procedimiento arbitral están: la falta de presentación de la demanda en plazo, la emisión del laudo por acuerdo de las partes, el desistimiento, la expiración del plazo para dictar el laudo, el acuerdo de las partes en

dar por terminadas las actuaciones y, en fin, todos aquellos casos en que, a juicio del árbitro o árbitros, la prosecución de las actuaciones resulte innecesaria o imposible (*v.gr.*: no provisión de fondos, renuncia, allanamiento o pérdida sobrevenida del objeto sobre el que versa el arbitraje).

§. Los medios de impugnación del laudo arbitral son la acción de anulación y la revisión dependiendo, respectivamente, de que el laudo sea definitivo o firme.

La regulación legal de la acción de anulación está claramente inspirada en la Ley Modelo. Buenas muestras de esta inspiración son, por ejemplo, la previsión de motivos tasados en los que dicha acción puede fundarse y la ampliación del plazo para su interposición (ahora fijado en dos meses desde la anulación del laudo o desde la notificación de su corrección, aclaración o complemento). También en relación con este medio de impugnación, debe repararse en que el órgano competente para conocer de él es la Audiencia Provincial del lugar en que el laudo se haya dictado, y que, en un intento de conjugar rapidez con defensa de las partes, el cauce procedimental fijado para sustanciar tal clase de acciones es el juicio verbal, si bien los iniciales actos de alegación —la demanda y la contestación— se sujetan a la regulación del juicio ordinario.

Al margen de lo expuesto, no son pocas las cuestiones que se plantean en torno a esta acción de impugnación. Estas dudas tienen que ver, entre otros extremos, con la postulación, la invocación simultánea de distintos motivos sobre los que sostener la nulidad del laudo, el tratamiento procesal de no aportar con la demanda los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, o la posible intervención de terceros en este procedimiento jurisdiccional de anulación.

Firme que sea el laudo, frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes. La aplicación al arbitraje de las disposiciones normativas relativas a la revisión de sentencias ocasiona igualmente algunas dudas interpretativas; dudas que fundamentalmente alcanzan a la concreción de los motivos de revisión de un laudo firme. Concretamente se plantea el problema de si los testigos o peritos pueden ser condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento al laudo, habida cuenta que el tipo penal de falso testimonio exige que la declaración mendaz se haya producido en causa judicial.

§. El cuarto y último capítulo del libro está dedicado al estudio de la ejecución forzosa del laudo y de las medidas cautelares.

El análisis de la regulación normativa de la LA en materia de ejecución comprende una triple faceta. Así, el autor se detiene a analizar la ejecución forzosa de un laudo firme interno; la ejecución forzosa de un laudo dictado en el extranjero y, finalmente, la ejecución provisional del laudo estando pendiente el proceso de anulación.

Tratándose de lo primero —esto es, de laudos dictados en España—, la ejecución no presenta especialidad alguna, debiéndose estar a las normas que la LEC dedica al proceso de ejecución forzosa y, más en particular, a lo dispuesto sobre ejecución de títulos ejecutivos judiciales. Como en otros aspectos ya aludidos, la remisión que a la LEC hace la LA plantea problemas de no escasa enjundia y trascendencia práctica. Así las cosas, resulta controvertido si en el proceso de ejecución del laudo arbitral la postulación procesal es o no obligatoria o si el tribunal puede negar el despacho de ejecución por apreciar alguna de las causas de anulación del laudo previstas en la LA.

Por lo que hace a la ejecución en España de laudos extranjeros, la LA no prevé un régimen de exequátur, remitiéndose al respecto a lo previsto en el Convenio de Nueva York y a lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión. La remisión al Convenio de Nueva York es plenamente coherente con la ausencia de previsión legal de un procedimiento de exequátur, pues no habiendo hecho España reserva a alguna a aquel Convenio, lo dispuesto en éste resulta ser de aplicación universal para el reconocimiento y ejecución de cualquier laudo extranjero. Con todo, conviene tener en cuenta que en lo atinente al procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en España, las disposiciones convencionales deben complementarse con las disposiciones internas vigentes en la materia (concretamente, con los arts. 951 y 958 LEC 1881) en la medida en que estas últimas sean compatibles con aquéllas.

Una de las novedades más importantes de la nueva LA frente a su antecesora ha sido la generalización de la ejecución provisional del laudo no firme y la supresión del régimen especial de tutela cautelar prevista por la Ley 36/1988 durante la pendency del proceso de anulación. La regulación normativa de la ejecución del laudo arbitral impugnado en anulación debe entenderse integrada, de un lado, por lo dispuesto en la propia LA y, en su defecto, por lo dispuesto en la LEC para la ejecución provisional de resoluciones no firmes. La regulación específica que en la LA se hace de la ejecución provisional del laudo alcanza fundamentalmente a dos extremos. Así, y de un lado, se prevé la posibilidad de que el ejecutado obtenga la suspensión de la ejecución mediante la prestación de caución para responder de lo debido, más las costas y los daños y perjuicios derivados de la demora en la ejecución. De otro lado, se regula la incidencia de la sentencia dictada en el proceso de anulación en el proceso de ejecución provisional y, más en particular, los efectos de la revocación del laudo provisionalmente ejecutado.

Junto con la anterior, otra de las novedades más importantes de la LA es la atribución de potestad a los árbitros para adoptar medidas cautelares. En este sentido, la LA abunda en la línea –iniciada por la LEC de 2000– de garantizar la efectividad del arbitraje haciendo uso de la técnica arbitral; y lo hace tomando como referencia lo dispuesto en la Ley Modelo.

Aunque la configuración de la tutela cautelar como un supuesto de auxilio de la Jurisdicción al arbitraje se mantiene en la nueva Ley, lo que ésta innova es la posibilidad de que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares. Esto último viene a significar que las potestades arbitral y judicial en materia cautelar se configuran como alternativas y concurrentes, de modo que las partes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares tanto de los tribunales como de los árbitros siempre que no hayan pactado expresamente la exclusión de la potestad arbitral en materia cautelar. No obstante, conviene hacer notar que la adopción de medidas cautelares por parte de los árbitros sólo es posible pendiente el arbitraje, lo que, visto desde otro ángulo, implica reconocer que los órganos jurisdiccionales son los únicos con potestad para adoptar medidas cautelares tanto antes de iniciarse el procedimiento arbitral como después de dictado el laudo.

Hecho el matiz anterior, debe reconocerse que el régimen de la tutela cautelar prestada por los tribunales en función del arbitraje presenta semejanzas y diferencias respecto de los casos en que las medidas cautelares se adoptan para garantizar el buen fin del proceso civil. Entre las semejanzas baste citar, a título de ejemplo, la posibilidad de que los tribunales acuerden

tales medidas antes, durante e incluso una vez finalizado el procedimiento arbitral (concretamente en el plazo fijado para impugnar en anulación el laudo e incluso pendiente el proceso de ejecución forzosa). Por su lado, las peculiaridades de la tutela cautelar como acto de auxilio al arbitraje alcanzan, entre otros extremos, al tribunal competente para la adopción de las medidas cautelares (que será distinto en función del momento en que se solicite la medida cautelar y de la clase de tutela solicitada); a la imposibilidad absoluta de que los árbitros acuerden de oficio tal clase de medidas; y a la posibilidad de instar y acordar medidas cautelares *ante causam*, sin que a ello obste el hecho de que el sujeto pasivo de esas medidas se oponga alegando sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje.

En cuanto a la potestad cautelar de los árbitros durante el procedimiento arbitral, debe puntualizarse que dicha potestad no ampara la adopción de cualesquiera actuaciones dirigidas a garantizar la eficacia del procedimiento arbitral, sino única y exclusivamente la adopción de medidas cautelares *stricto sensu*. Como en el proceso jurisdiccional, la adopción de estas medidas depende de la acreditación, por parte del peticionario, del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*. Además, el peticionario de la medida debe ofrecer caución para responder de los daños y perjuicios que su adopción pudiera causar al patrimonio de la contraparte. No obstante, y respecto de esto último, conviene matizar que la LA no configura el presupuesto de la caución como necesario para la adopción de la medida cautelar, con lo que puede darse el caso de que el árbitro no estime necesaria su constitución. En otro orden de ideas, el legislador de 2003 ha querido que a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares les sean aplicables las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos. Esto significa, de un lado, que la decisión arbitral sobre una medida cautelar puede impugnarse mediante la acción de anulación –si bien para esto último es necesario hacer una interpretación adecuada a la tutela cautelar de los motivos legales que permiten la anulación del laudo–; y, de otro lado, que la ejecución de decisiones arbitrales en materia cautelar necesita de la actuación de los órganos jurisdiccionales, por lo que el interesado en la adopción de la medida debe acudir a los tribunales para obtener la colaboración de terceros en su efectividad o para vencer la resistencia de quien se niega al cumplimiento voluntario de la medida adoptada durante el procedimiento arbitral.

Pese al avance que la nueva LA ha supuesto en el ámbito de la regulación normativa de tutela cautelar, en ella sigue sin darse respuesta a algunos de los problemas interpretativos planteados ya antes de su entrada en vigor. Entre estos problemas –que el profesor Cucarella no sólo apunta sino que también trata de resolver– se halla, por ejemplo, la determinación del efecto que, en relación con las medidas cautelares judicialmente adoptadas, produce la terminación del arbitraje con laudo desfavorable para la parte beneficiada por aquéllas. Además, la LA plantea problemas nuevos en materia de tutela cautelar: tal es el caso de la remisión que en ella se hace al régimen general de la ejecución en relación con la ejecución de las decisiones arbitrales, pues, como bien razona el autor, la aplicación de aquella normativa conduce a resultados totalmente insatisfactorios.

* * *

Aunque por las razones ya dichas cuanto aquí se ha expuesto no es sino un extracto de la monografía comentada, no quisiera terminar la reseña sin

expresar mi más profundo reconocimiento a su autor. Su trabajo, a buen seguro, será instrumento de gran utilidad para cuantos estudiosos y prácticos pretendan conocer el procedimiento arbitral y descubrir qué se esconde tras su actual regulación.

Marién AGUILERA MORALES
Profesora de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2003, 700 pp.

La monografía del doctor Andrés Domínguez Luelmo *Derecho sanitario y responsabilidad médica. (Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre sobre derechos del paciente...)*, publicada por la editorial Lex Nova, constituye un nuevo e importante paso en su firme trayectoria como civilista.

La contrastada experiencia del autor, tanto en el campo docente como investigador, pone al lector en la expectativa justificada de encontrar una buena obra jurídica. Su atenta lectura, nada liviana a pesar de estar escrupulosamente escrita por la densidad de datos, aportaciones y reflexiones que en ella se contienen, no hace sino confirmar esas expectativas iniciales.

La obra se presenta formalmente, o al menos eso anuncia el subtítulo, como un comentario a la Ley 41/2002. Sin embargo, como ya advierte en su Prólogo E. Llamas Pombo, es mucho más que eso, puesto que la exhaustiva información tanto legislativa (estatal, autonómica y foránea) como doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial que en ella se nos ofrece, hacen de este libro un enciclopédico compendio de los asuntos abordados.

Sería ya por mi parte reiterativo, puesto que otros con excelente criterio lo han hecho antes que yo (véase la recensión a este mismo libro de T. Torres García publicada en la revista *Derecho de daños. Práctica*, núm. 19, septiembre 2004), abordar todas y cada una de las cuestiones que se tratan en la publicación y que van desde la legitimación constitucional de la Ley 41/2002, tanto desde el punto de vista formal (ley ordinaria), como competencial (planteándose los problemas derivados de la coexistencia con las numerosas leyes autonómicas homólogas), hasta toda la rica problemática jurídica engendrada alrededor de la historia clínica, pasando por temas tan relevantes y actuales como la responsabilidad civil médico-sanitaria y su intrincado tratamiento jurisprudencial, el derecho a la información asistencial y la autonomía del paciente con todo el haz de temas jurídicos que de tal se derivan o el que es denominado por la Ley 41/2002 Documento de instrucciones previas. Me limitaré por tanto a pergeñar y comentar varias ideas que el autor nos ofrece en torno a algunas de las cuestiones más esenciales de las muchas que al lector se le ofrecen.

En la parte inicial de la obra, bajo la rúbrica «Consideraciones preliminares», el profesor Domínguez Luelmo nos ofrece un completo panorama del tratamiento que nuestra jurisprudencia otorga a la responsabilidad civil del profesional sanitario. Se trata de un tema recurrente en nuestros autores, lo

que con lógica deriva de su gran incidencia práctica. Baste decir que según ha puesto de manifiesto la Asociación El Defensor del Paciente (Elmundosalud.com, martes 11 enero 2005), a lo largo del año 2004 se han presentado en nuestro país 11.756 reclamaciones por negligencias médicas, lo que nos da una idea aproximada del número de decisiones judiciales que esa situación –sostenida e incluso incrementada en los últimos años– genera. Asimismo nos explica por qué en el proceso de expansión de la responsabilidad civil, uno de los temas centrales es la responsabilidad sanitaria. Con singular claridad el autor nos da una idea cabal de la fluctuante doctrina de nuestros tribunales –puesto que no se recogen únicamente las sentencias del Tribunal Supremo, sino que se traen también a colación aquellas de Tribunales Superiores de Justicia o de otros tribunales menores que tienen relevancia para el asunto tratado– y de los débiles y hasta contradictorios mimbres que sustentan muchos de los argumentos utilizados para decidir sobre la obligación o no, y en qué medida, de reparar el daño causado. En esta primera parte de la monografía, su autor da buena cuenta de los principales problemas suscitados en la jurisprudencia en torno a la responsabilidad civil sanitaria, siendo de especial interés, a mi juicio, las páginas que dedica a los recursos procesales de la víctima del daño con relación a la prueba (regla *res ipsa loquitur*, prueba de presunciones, prueba *prima facie*, culpa virtual o distribución dinámica de la prueba), de cuya exposición se deriva la falta de unas pautas seguras por parte de los jueces a la hora de determinar la responsabilidad, cuestión sobre la que he de volver más adelante.

El resto del libro se estructura en forma de comentarios a los artículos de la Ley 41/2002. Aun cuando otros muchos merecerían nuestra atención, por su capital interés y la especial profundidad con que los trata el profesor Domínguez Luelmo, me limitaré en esta sede a comentar algunos de ellos. Sin duda merece la pena detenerse con un cierto pormenor en el consentimiento informado, considerado por el propio autor como uno de los pilares básicos de la ley. Definido en el artículo 3 como «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud», se trata de una institución en su momento importada de la cultura anglosajona, que ya está totalmente consolidada en nuestra jurisprudencia (que, un tanto exageradamente, incluso la ha llegado a calificar de derecho fundamental en las SSTS de 12 de enero y 11 de mayo de 2001) y sobre la que gravita buena parte del capítulo IV de la Ley 41/2002, sin olvidar la funcionalidad que respecto a ella tienen los artículos 4 y 5 relativos al derecho de información asistencial. No en vano, el propósito del consentimiento informado es que el paciente decida sobre la base de una autonomía personal, para lo cual precisa necesariamente contar una información suficiente y adecuada. Para intentar averiguar cuándo se da efectivamente esa información resultan imprescindibles las consideraciones del autor respecto a quién debe informar, en qué forma, quién tiene la carga de la prueba de la información y, sobre todo, cuál ha de ser el contenido de esa información para que, ciertamente, el paciente pueda decidir. En su comentario al artículo 4 el profesor Domínguez insiste en las notas de adecuación y comprensibilidad de la información, lo que a su juicio exige tener en cuenta la formación intelectual y hasta profesional del paciente, lo que también parecen avalar nuestros tribunales. El artículo 10 (con falta de sistemática, como se dice en el libro) vuelve sobre el tema al exigir, antes de recabar el consentimiento escrito

(cuando sea necesario, según estima el autor, lo que nos obliga a preguntarnos por el alcance de la información en otro tipo de casos), determinado contenido a la información. Aun resaltando que existen otras muchas cuestiones relevantes para cuyo tratamiento no cabe sino recomendar la lectura atenta de estas páginas, deseo resaltar la afirmación del autor (p. 314) según la cual el artículo 10 «viene a recoger más el tipo de información que en ningún caso se puede omitir, de manera que en caso contrario el resultado dañoso puede ser objetivamente imputable al médico, a pesar de actuar conforme a la *lex artis ad hoc*». Entiendo que en esta frase se concentra una de las cuestiones más controvertidas en materia de responsabilidad civil médica, pues no en vano el repaso de las sentencias sobre la materia pone en evidencia que la ausencia o defecto de la información presupuesto del consentimiento informado constituye uno de los supuestos más habituales en las reclamaciones de responsabilidad en el ámbito sanitario. Dejemos a un lado el supuesto en el que la ausencia de información puede considerarse efectivamente en el origen del daño, pues, de haberse dado la información, el daño con probabilidad rayana en la certeza no se hubiese producido (*v.gr.* el médico no puso en conocimiento del paciente que después de una intervención quirúrgica destinada a eliminar la capacidad reproductora el paciente debía observar determinadas precauciones a fin de evitar el embarazo, de suerte que por no hacerlo, el embarazo efectivamente se produjo), supuesto en el cual parece existir ligazón suficiente entre la actuación (o falta de actuación) del médico y el resultado dañoso como para imputárselo a éste. Más problemática resulta la situación en la que, presupuesto el defecto de información y la adecuada ejecución del acto médico en cuestión, el resultado dañoso se produce al concretarse el riesgo (no necesariamente asumido por el paciente no suficientemente informado). Evidentemente la omisión de la información no ha sido la causa del daño (técnicamente, ninguna omisión puede ser causa de ningún daño); según el profesor Domínguez lo que se produce entonces es una imputación del resultado dañoso al médico que no dio la información exigida legalmente. Ésta parece ser la pauta de nuestros tribunales, lo que no impide que las piezas no terminen de encajar. En primer lugar porque tal consecuencia no está prevista expresamente por el legislador; si a ello añadimos la debilidad de la conexión factual entre la no información negligente y la no negligente materialización de un determinado riesgo, resulta un tanto radical justificar la carga del íntegro daño al médico. Por eso no está demás apelar a otros posibles enfoques del problema (la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas son especialmente prolijas en esta cuestión). No se debe olvidar que en caso de incumplimiento del deber de información lo que se produce es una violación de un derecho del paciente, el de su autodeterminación, en la medida en que sólo una información adecuada posibilita una toma de decisión libre. Si esto es así, el daño que se produce ante la defectuosa información es esencialmente un daño a un derecho de la personalidad (se habla de la pérdida de la oportunidad de decidir); el paciente debería ser compensado por su participación en la decisión, incluso si *ex post* se prueba que la decisión hubiese sido idéntica. Por tanto, un daño de naturaleza moral y sólo en casos muy excepcionales puede significar además un daño personal que puede tener incluso repercusiones patrimoniales (*v.gr.* la persona en cuestión sufre una depresión como consecuencia de aquella información inadecuada). Pues bien, si se trata de un daño moral por violación de un derecho de la personalidad del paciente, sería indiferente el resultado favorable o desfavorable del acto mé-

dico correctamente ejecutado, y por lo tanto también el paciente que superó con éxito la intervención tendría derecho a la indemnización. Pero a día de hoy es impensable que un paciente que ha tenido un tratamiento médico exitoso inste la responsabilidad del médico porque no le informó de determinados riesgos no consumados, lo que nos lleva de nuevo a un callejón sin salida y nos convence de la necesidad de seguir profundizando en este tema y de la utilidad de libros como el del profesor Domínguez Luelmo.

A pesar de las muchas reflexiones que suscita la monografía comentada – especialmente recomendables son las páginas dedicadas al consentimiento por representación –, voy a dejar el tema del consentimiento informado aludiendo a una de las limitaciones al deber de información del médico contempladas tanto en la Ley 21/2002, como en el Convenio de Oviedo: me refiero al «estado de necesidad terapéutica» recogido en el artículo 5.4 de la ley. El profesor Domínguez Luelmo considera acertada la expresión utilizada por la ley y se muestra especialmente cauto en relación con el llamado privilegio terapéutico que autorizaría al médico a no revelar ciertas informaciones susceptibles de provocar mayores daños al paciente. Insiste el autor en que no son suficientes las razones meramente humanitarias, sino que se requiere la evitación de un perjuicio para la salud y que hay que ser muy riguroso en esta exigencia. A mi juicio la línea de argumentación es adecuada, pues en el fondo de este privilegio subyace el paternalismo que precisamente trata de frenar la institución del consentimiento informado y la salvaguarda de la autonomía del paciente.

Para no alargar innecesariamente una resección que en ningún caso puede eludir la lectura íntegra de una obra que contiene mucho más de lo que puedo aquí reflejar, voy a finalizar ésta haciendo referencia a una cuestión que está presente en varios artículos de la ley, sobre todo en los relativos a la historia clínica de paciente. Me refiero a la cuestión de los datos de salud del paciente, con la que también está conectado, aun cuando según nuestro Tribunal Constitucional no se identifiquen totalmente (a pesar de que sí lo haga el art. 7 de esta Ley 41/2002), el derecho a la intimidad. Con razón el autor pone en varias ocasiones de relieve la relación entre esta parte de la Ley 41/2002 y la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal. No en vano los datos de salud son considerados en esta última ley como datos especialmente sensibles (arts. 7 y 8). Muy relevante a este respecto resulta, a mi juicio, el artículo 18 de la Ley 41/2002 relativo a los derechos de acceso a la historia clínica del paciente. Las garantías de acceso por parte del paciente a su historia clínica contenidas en la nueva regulación son apoyadas por el autor con un rimerero de decisiones judiciales que, de nuevo, hacen alusión las más de las veces al tema de la responsabilidad civil. Voy a destacar en esta sede las referencias que los párrafos 2 y 4 del artículo 18 contienen a los límites del derecho de acceso a la historia clínica cuando su ejercicio pueda perjudicar a terceros. El profesor Domínguez Luelmo hace alusión al derecho a la intimidad de esos terceros aludido en el artículo 7 como justificación de tal restricción. No me resisto, sin embargo, a hacer alguna reflexión al respecto. Sin duda entre los datos relativos a la salud de una persona contenidos en su historia clínica se van a incluir, al menos en parte, datos genéticos. A pesar de no estar aludidos directamente en esta ley (tampoco en la LO 15/1999) los datos puramente genéticos son de sumo interés no sólo para el sujeto de quien provienen, sino también para otras personas, como sus familiares biológicos. El peligro de almacenamiento, cesión y ac-

ceso a estos datos es evidente, y ello no sólo por razones de respeto a la intimidad y confidencialidad, sino por la posibilidad de su utilización para prácticas eugenésicas, e incluso por las posibilidades de discriminación a las que puede conducir en materia de empleo, seguros, etc. ¿Puede derivarse de todo ello que un determinado paciente no tiene derecho de acceso a sus datos genéticos por el peligro de que con ello accede también a los de sus parientes? Evidentemente no puede ser así; pero si el acceso sigue el régimen de otros datos de salud, la posibilidad de publicación y cesión de estos datos por el paciente va a significar la afectación de la esfera jurídica más íntima de esos terceros. En fin, el legislador no ha dispuesto nada al respecto y, según mi criterio, debería hacerlo aun cuando su sede natural no parece la ley que nos ocupa, sino más bien la ya citada LO 15/1999.

En fin, no dude el lector que las muchas cuestiones a las que aquí no se ha hecho referencia en relación con la Ley 41/2002 tienen adecuado tratamiento en el libro que nos ocupa, por lo que otra vez más recomiendo su lectura. Sólo voy a añadir que la completa preparación de su autor y la calidad de la obra en su conjunto resultan avaladas al final de la misma por la sistemática recopilación de las abundantísimas sentencias, disposiciones normativas y reseñas bibliográficas utilizadas en su cuidada elaboración. Nuestra literatura jurídica está sobrada de publicaciones perfectamente prescindibles; la que nos presenta el profesor Domínguez Luelmo es, sin lugar a dudas, de las otras.

María Paz GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: *El arrendamiento de empresa*, ed. Aranzadi, Navarra, 2004, 328 pp.

Bajo el título *El arrendamiento de empresa* la profesora Moralejo emprende el estudio riguroso y pormenorizado de una figura con una trascendencia práctica en la actualidad indiscutible, partiendo para ello de los escasos estudios doctrinales concretos existentes hasta la actualidad, así como de los pronunciamientos jurisprudenciales dictados en relación con esta cuestión, tanto por nuestro Tribunal Supremo como, sobre todo, por la denominada jurisprudencia menor (Audiencias Provinciales).

La autora comienza su estudio en el capítulo primero (bajo el título «La empresa en el tráfico jurídico») analizando la posibilidad de que una empresa –entendida como un fenómeno unitario que consiste en una organización de capital y trabajo dirigida a la producción o mediación de bienes y servicios– pueda ser objeto de negocios jurídicos.

Tras un exhaustivo análisis del panorama legislativo y jurisprudencial y de las diferentes concepciones habidas a lo largo de los años desde la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 (que constituyó un hito en el reconocimiento de la empresa como objeto de los negocios jurídicos, a través del arrendamiento de industria o negocio) hasta la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, o la reciente Ley Concursal, la profesora Moralejo llega a la conclusión de que la empresa aparece con frecuencia en nuestro or-

denamiento como un objeto de negocios de transmisión temporal o definitiva (arts. 928 CCO; 323, 1056 y 1389 CC; 39 LSA y 20 LSRL; 148 y 149 Ley Concursal, etc.).

Sin embargo, las abundantes referencias legales a la empresa como objeto de negocios de cesión voluntaria o forzosa (es el caso, por ejemplo, del embargo de empresa al que alude el artículo 592 LEC) no han despejado las dudas acerca de la posibilidad de su construcción jurídico-unitaria, independiente de sus singulares elementos y susceptible, por ello, de ser transmitida en bloque a través de un único acto negocial, en el que medie una sola declaración de voluntad dirigida a operar la cesión íntegra de la organización empresarial. En este sentido encontramos diferentes tesis doctrinales:

1.º La tesis atomista (seguida por autores como Garrigues), que niega que la unidad económica que la empresa representa tenga una traducción jurídica, lo cual conlleva que la transmisión de la empresa no pueda hacerse como un único objeto sino que haya de articularse a través de la celebración de tantos contratos distintos como bienes y derechos la integren.

2.º La tesis unitaria (mayoritaria en nuestra doctrina desde la promulgación de la LAU de 1946), que defiende el reconocimiento jurídico de la empresa como un todo unitario, cuyos heterogéneos elementos dejan de ser contemplados aisladamente para convertirse en partes integrantes del complejo empresarial, que puede ser transmitido o gravado en su conjunto a través de un único negocio. (Ahora bien, ello no es óbice para que algunos de los seguidores de esta tesis hayan sostenido igualmente que esa unidad de título coexiste con una pluralidad de modos de transmisión, de tal modo que la puesta a disposición de cada uno de los bienes o derechos industriales se ha de realizar observando la ley de circulación propia de cada uno.)

3.º La tesis ecléctica, que partiendo de la distinción entre los efectos obligacionales y los efectos reales de los negocios de transmisión de la empresa, sostiene que la unificación jurídica de este fenómeno se opera exclusivamente en el ámbito de los primeros, sin que quepa hablar de la empresa como nueva *res* jurídica, objeto de derechos reales que recaigan sobre el todo.

Pues bien, los intentos por parte de la doctrina de encuadrar a la empresa dentro de alguna institución jurídica típica son casi simultáneos al planteamiento acerca de su unidad y su aptitud para ser objeto de negocios de cesión o constitución de derechos reales unitarios sobre la totalidad de bienes que la integran, encontrándonos, de nuevo, con diferentes tesis doctrinales en este punto:

1.ª Teorías subjetivadoras de la empresa, que pretenden unificar el tratamiento jurídico de los distintos elementos de la empresa, propugnando la personalidad jurídica de las industrias o negocios.

2.ª Teorías patrimonialistas, dentro de las cuales destacan fundamentalmente dos:

a) La tesis que sostiene que la empresa es un patrimonio separado (no seguida por nuestra doctrina, ante la ausencia de datos legales que la avalen). Parte de la separación existente entre el patrimonio mercantil –que responderá de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la actividad comercial– y el patrimonio personal de su titular –que responderá de las obligaciones personales del deudor–. La transmisión de la empresa conllevaría la sucesión au-

tomática del adquirente en las relaciones obligatorias contraídas por el transmitente, aunque la eficacia de esta cesión estaría supeditada al consentimiento del acreedor en el caso de los débitos, o a la notificación del deudor en la transmisión de los derechos de crédito.

b) La tesis que califica la empresa como una *universitas facti o iuris*. Sostiene que la empresa es un ente jurídico independiente dentro del cual sus diferentes elementos no son objeto de una consideración individual, sino que se conciben *sub specie universitatis*, como partes integrantes de la universalidad. En el ordenamiento español existen normas que parecen sustentar esta teoría, si bien hay otras en las que la línea es absolutamente contraria, lo que conduce a la autora a la conclusión de que, en el marco concreto del arrendamiento de empresa, no pueden realizarse afirmaciones *a priori*, porque carecemos de una regulación que nos dé respuestas específicas acerca de su consideración como una universalidad.

3.^a Teorías espiritualistas. Resaltan exclusivamente el lado espiritual de la empresa encarnado en la organización o realización intangible del empresario, que no consiste simplemente en un modo de ser o en una especial disposición de sus elementos, sino en algo que está por encima de todos ellos, dominándolos y conectándolos entre sí. La organización no se identifica necesariamente con la totalidad de los medios empresariales, sino solamente con aquellos que encarnan la realización intangible del empresario, que son los que deben ponerse a disposición del adquirente o arrendatario.

4.^a Teoría de la empresa como institución. Afirma que el modelo de empresa implícitamente reconocido en la Constitución Española (arts. 38 y 129.2) es el de una institución esencial del sistema económico establecido, que desarrolla su actividad económica en régimen de libre competencia y sometida al principio de productividad o economicidad.

Concluye la autora este primer capítulo poniendo de manifiesto cómo, ante los múltiples inconvenientes que presentan todas las teorías descritas, un sector de la doctrina se ha mostrado partidario de renunciar a cualquier intento de encajar la empresa dentro de las categorías jurídicas existentes, entendiéndose que la empresa es, ante todo, una realidad económica a la cual el ordenamiento ha otorgado relevancia jurídica en diversos preceptos, sin que el tema de su específica naturaleza sea determinante para interpretar las disposiciones legales en las cuales se hace referencia a esta idea.

En el capítulo segundo de la monografía se aborda el estudio en concreto del régimen jurídico del arrendamiento de empresa, partiendo de su conceptualización como un negocio jurídico en virtud del cual se opera la cesión de una empresa o industria –susceptible de ser explotada inmediatamente o pendiente, para serlo, del cumplimiento de meras formalidades administrativas– por precio cierto y tiempo determinado, con el fin de que el arrendatario la explote durante ese plazo y la restituya posteriormente al arrendador en el mismo estado en el que la recibió.

Caracteres de este negocio jurídico son sin duda alguna su consensualidad, temporalidad, onerosidad y reciprocidad. Sin embargo, se ha discutido si puede además ser calificado como un contrato atípico, entendiéndose la profesora Moralejo que la tipicidad del arrendamiento de empresa deriva de la existencia dentro de nuestro Código civil de una regulación general sobre los arriendos de cosas, de modo que cualquier cesión de bienes a cambio de una contraprestación, aunque recaiga –como en el caso de la empresa– sobre

un ente complejo, estará comprendida dentro del tipo contractual. E igualmente polémica ha sido la conceptualización del contrato que nos ocupa como civil o mercantil, al dividirse la doctrina a la hora de decidir si el arrendamiento de empresa es un acto de comercio –y, en consecuencia, un contrato mercantil– o no.

En cuanto a la determinación de la legislación aplicable al arrendamiento de empresa, con independencia de su naturaleza civil o mercantil, ha sido el Derecho común el que tradicionalmente ha asumido el papel de regular el arrendamiento de empresa, tanto por la ausencia de disposiciones arrendaticias dentro del Código de comercio, como por la remisión explícita que a las normas generales del Código civil (arts. 1542 ss.) y legislación foral, efectuaban los antiguos artículos 4 LAU/1946, 3 LAU/1956 y 3 TRLAU/1964, en defecto de acuerdo de las partes. La vigente LAU de 1994 ha suprimido, sin embargo, esa tradicional alusión a los arrendamientos de industria dentro de los preceptos que delimitan su ámbito de aplicación, sin ofrecer justificación alguna, y ello ha llevado a plantearse a la doctrina si esta omisión responde a un simple olvido del legislador o, por el contrario, al deseo de incluirlos dentro de su normativa como una modalidad de los arrendamientos para uso distinto de vivienda (Título III LAU/1994). La mayoría de los autores han terciado en esta polémica en favor de la continuidad, entendiendo que si el legislador hubiera querido cambiar de criterio lo habría hecho expresamente, añadiendo, además, que sería muy difícil la adaptación de los esquemas contractuales de la legislación especial a la complejidad que representa la empresa como conjunto organizado de elementos aptos para desenvolver una finalidad de industria o de comercio.

Ante este panorama legal y doctrinal la profesora Moralejo entiende que una adecuada respuesta al problema planteado pasa por atender a los motivos que condujeron a la exclusión del arrendamiento de empresa de las anteriores Leyes, y determinar si los mismos siguen presentes en la actual LAU/1994. Tras un detallado análisis de la clásica escisión entre arrendamientos de industria y de locales de negocio, en lo que a su régimen jurídico respecta (*v.gr.* arts. 32, 33 y 34 LAU/1994), la autora entiende que la solución continuista debe imponerse, y por ende la exclusión de la legislación arrendaticia especial como la aplicable a los arrendamientos de empresa, y ello pese a la ausencia de una declaración legal explícita. Sería de aplicación así a estos supuestos el régimen previsto en los artículos 1542 ss. CC, y ello a pesar de que, ciertamente, algunas de las normas previstas en estos preceptos adolecen de una falta de adecuación al arrendamiento de empresa; así acontece, por ejemplo, con lo dispuesto por el artículo 1545 CC, que señala que el arrendamiento no puede recaer sobre cosas fungibles, lo que impediría la cesión de algunos de los elementos del denominado capital circulante; o con lo previsto por el artículo 1550 CC, en cuanto a la posibilidad de subarriendo, ya que en la mayoría de los negocios, las cualidades personales y los conocimientos del empresario que se encuentra al frente de la explotación constituyen factores determinantes de la buena marcha de ésta (en este sentido pone de relieve la profesora Moralejo que, en la práctica, se ha generalizado una cláusula contractual por la que se prohíbe al arrendatario de empresa subarrendarla sin la oportuna autorización del arrendador); o, finalmente, con lo prescrito en el artículo 1571.I CC, para el supuesto de venta de un local arrendado.

Afirma por último la autora que, en cualquier caso, tanto si se entiende que el contrato de arrendamiento de industria está sometido a la LAU,

como al Derecho común, los pactos de las partes constituirán la principal fuente de regulación, siempre que respeten los rasgos esenciales de este negocio jurídico, a saber, la fijación de un precio cierto por el goce de la cosa, o el establecimiento de un plazo de duración para la relación arrendaticia (art. 1543 CC).

En el capítulo III de la monografía se analiza la distinción del arrendamiento de empresa de otras figuras jurídicas afines, y más concretamente las diferencias existentes entre aquél y:

1.º El arrendamiento de local de negocio. Antes de la promulgación de la LAU/1946 la distinción entre el arrendamiento de empresa y el de local de negocio era muy nítida dentro de la jurisprudencia. Así la cesión al arrendatario de un complejo organizado de bienes corporales e incorporeales destinados a una finalidad industrial y en estado de funcionamiento se calificaba como arrendamiento de empresa; por el contrario, la puesta a disposición de ese mismo conjunto patrimonial que, aunque idóneo para desenvolver una actividad comercial, todavía no hubiera sido puesto en marcha, quedaba sometida a la legislación especial sobre arrendamientos urbanos, como arrendamiento de local de negocio. Sin embargo, tras la promulgación de la anteriormente mencionada Ley arrendaticia, la jurisprudencia varía su criterio —no sin críticas por parte de cierta doctrina— entendiendo que podría existir arrendamiento de empresa —y no simplemente de local de negocio— cuando la explotación no hubiera sido comenzada por el arrendador o incluso si, habiéndose iniciado, hubiera permanecido suspendida durante varios años.

Tanto la LAU/1946 como la LAU/1956 y el TRLAU/1964 contemplaban, junto al arrendamiento de industria, el denominado arrendamiento de local de negocio con instalaciones, lo que llevó a la doctrina a apuntar un doble criterio de distinción entre los arrendamientos de industria y los de locales de negocio, basado tanto en las características del objeto cedido, como en la propia finalidad del contrato. De acuerdo con el primero de estos criterios, se ha de valorar la aptitud y suficiencia de los componentes e instalaciones de la empresa para desenvolver la actividad comercial predispuesta por el arrendador, que no podrá satisfacerse cuando se entregue un conjunto de elementos insuficientes, inconexos o desorganizados. (No obstante, la autora pone de manifiesto el hecho de que, en lo que a este criterio objetivo concierne, se observan en la jurisprudencia ciertas oscilaciones; así, *v.gr.*, no está jurisprudencialmente claro cuáles son los elementos que se pueden considerar básicos o imprescindibles, en el sentido de que su cesión temporal al arrendatario nos sitúe dentro del marco del arrendamiento de empresa, observándose, tras un detallado análisis de los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo y de las diversas Audiencias Provinciales, una flexibilización en la valoración de los elementos que necesariamente deben concurrir en el negocio arrendado y la inclinación a considerar que estamos ante un arrendamiento de empresa a pesar de la modestia de los instrumentos o enseres entregados cuando la actividad a desarrollar tenga una reducida entidad.)

En cuanto a su finalidad —como segundo criterio distintivo—, el arrendamiento de industria persigue la continuación de la actividad comercial previamente iniciada por el arrendador, o la puesta en marcha del negocio creado por éste aunque pendiente de explotación. Por ello, si lo que las partes pretenden es la creación *ex novo* por el arrendatario de una empresa en el inmueble cedido, nos hallaremos frente a un arrendamiento de local de negocio.

La jurisprudencia, en los numerosísimos pronunciamientos recaídos sobre esta cuestión, ha ido estableciendo una serie de indicios favorables al arrendamiento de empresa, entre los que destacan de manera especial el previo funcionamiento de la industria; la realización de un inventario sobre los instrumentos, maquinaria o enseres entregados; la solicitud o la obtención por parte del arrendador de la licencia de apertura o de la licencia fiscal, con anterioridad a la celebración del contrato; la existencia de una contraprestación elevada; la realización a cargo del arrendador de las mejoras impuestas en el negocio por la autoridad competente; la asunción por el arrendatario de los gastos de explotación del negocio –luz, agua, tasas de Sanidad, etc.–; o la transmisión de la clientela.

En la práctica, además, se plantea con relativa frecuencia una situación problemática, la de los denominados contratos coligados o complejos en los que, para la cesión de establecimientos mercantiles, las partes prescinden de celebrar un único contrato de venta o arrendamiento y optan por la transmisión separada del conjunto de los elementos que integran la organización comercial; así, firman un contrato de arrendamiento sobre el local de negocio y una compraventa sobre el resto de bienes muebles, enseres, derechos y signos distintivos del establecimiento. Este hecho plantea dos problemas fundamentalmente analizados doctrinal y jurisprudencialmente de modo minucioso por la autora: el régimen jurídico que ha de aplicarse al conjunto negocial, y la influencia que tiene el incumplimiento o la nulidad de alguna de las obligaciones, en la resolución o invalidez del resto (*v.gr.* el impago de la renta arrendaticia, o del precio de la venta de alguno de los enseres).

Y por último, en relación con la distinción entre el arrendamiento de empresa y el del local de negocio, la profesora Moralejo hace referencia a los arrendamientos en los llamados «Centros de negocios», merced a los cuales se cede a un empresario el espacio físico constituido por uno o varios locales amueblados y destinados a servir como despachos, salas de juntas, e incluso establecimientos abiertos al público (*v.gr.* consultorios médicos), facultándole para domiciliar sus actividades en ese lugar durante la vigencia del contrato, pudiendo utilizar en los impresos, tarjetas, cartas y demás documentos relativos a su actividad, la dirección, números de teléfono y de telefax de la empresa arrendadora. Junto a ello se prevé también la prestación de otra serie de servicios accesorios, como fotocopiadoras, secretarías, recepcionistas, personal de limpieza, asesoría legal, etc. Concluye la autora que a estos contratos les es de aplicación la legislación arrendaticia especial –Título III LAU/1994, sobre arrendamientos para uso distintos de vivienda–, por más que los arrendadores les otorguen la denominación de «contratos de prestación de servicios empresariales», o introduzcan cláusulas en las que se advierte expresamente de que «la utilización por el cliente de los despachos objeto de este contrato, en ningún caso podrá ser considerada como arrendamiento».

2.º El arrendamiento de industria. La razón por la cual la doctrina ha acogido en ocasiones esta distinción reside en el diferente régimen jurídico que, *de lege ferenda*, se predica de cada uno de estos contratos. Así, por ejemplo, se ha estimado que constituye un efecto natural del arrendamiento de explotaciones en marcha (y no de la cesión de organizaciones comerciales inactivas) la transmisión automática de las relaciones contractuales, créditos y débitos contraídos por el arrendador en el ejercicio de su actividad comercial, en cuanto que permiten al cesionario de la empresa continuarla en las mismas condiciones en que era ejercida con anterioridad.

3.º La *aparcería industrial*. Este contrato puede ser definido como la cesión temporal de un establecimiento empresarial a cambio de una participación en las ganancias o beneficios que se obtengan con su explotación. Lo que determina la calificación del contrato como *aparcería* es el modo en que se fija la remuneración. Si se trata de una parte alícuota de los frutos obtenidos, el régimen aplicable será el de los artículos 1665 ss. CC, y supletoriamente la costumbre. Si, por el contrario, se pacta una remuneración ya determinada, las obligaciones y derechos de las partes vendrán determinados por las disposiciones generales sobre arrendamientos (arts. 1542 ss. CC).

4.º El contrato de *franquicia*. A través de este contrato de distribución comercial indirecta (en cualquiera de sus modalidades: concesión, abanderamiento, venta estimatoria o franquicia, en sentido estricto), los empresarios colocan sus productos en nuevos mercados, valiéndose de otros operadores económicos –titulares a su vez de organizaciones empresariales– que actúan por cuenta propia. Las diferencias entre la franquicia y el arrendamiento de empresa pueden hallarse en lo referente a su finalidad, contenido, régimen jurídico y causas de extinción (analizando la autora por separado cada una de ellas).

Tras el análisis de estas distinciones, llegamos al núcleo duro de esta monografía, el capítulo IV, en el que se estudia el contenido del contrato de arrendamiento de empresa, distinguiendo dos grandes bloques, los derechos y obligaciones del arrendador, por un lado, y los derechos y obligaciones del arrendatario, por otro.

Se comienza este capítulo con el análisis de los derechos y obligaciones del arrendador de una empresa:

1.º *Obligación de entrega*. En efecto, el primer deber que asume el arrendador con el contrato es la entrega o puesta a disposición de la empresa arrendada. Si, como es práctica habitual, las partes han elaborado un inventario de los bienes y derechos industriales que se entregan, no surgirán problemas a la hora de determinar cuándo se ha producido un cumplimiento exacto. Sin embargo, si dicho inventario no se ha realizado, se hace preciso determinar qué bienes materiales, derechos y elementos intangibles deberán ser puestos a disposición del arrendatario. La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias han entendido que la obligación de entrega en los arrendamientos de empresa ha de entenderse cumplida desde el momento en que el arrendador pone a disposición del arrendatario los bienes y derechos «más relevantes» o «esenciales» dentro de la organización (es decir, aquello sin lo cual la explotación de la empresa resultaría imposible). Sin embargo, la autora considera que la postura más coherente con la tesis unitaria de la empresa, que suscriben numerosos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, obliga a concluir que en el arrendamiento de un negocio, cualquiera que sea su actividad u objeto, lo que el arrendatario está legitimado para exigir de la contraparte son todos los elementos afectos a la explotación en el momento de contratar, salvo previsión expresa en contrario. En cualquier caso, no pueden establecerse criterios generales, por lo que la profesora Moralejo analiza algunos bienes o derechos en concreto, a fin de determinar la obligatoriedad de su entrega o no. Así, por ejemplo, el inmueble que es la base física de la empresa, o los signos distintivos.

Precisa la autora que el hecho de que el negocio se halle integrado por bienes cuya titularidad corresponde a personas distintas motiva que los contratos de transmisión de la empresa hayan de realizarse cumpliendo los re-

quisitos de circulación de cada uno de estos bienes (*v.gr.* normas de la LAU relativas a la cesión del local de negocio o al subarriendo), y ello porque la titularidad que el arrendador ostenta sobre el establecimiento no se superpone de manera inevitable sobre los derechos reales que los terceros puedan ostentar sobre los bienes que lo integran. De ahí la necesidad de contar con el consentimiento de aquéllos cuando se proceda a enajenar, o simplemente a ceder, el goce temporal de la hacienda, salvo en los casos en los que la Ley ha dispuesto lo contrario. Y algo similar sucede con los requisitos formales que exige la cesión de cada uno de los elementos de la empresa, que también deberán ser cumplidos para su válida transmisión, sin que ello suponga asumir que se requieren una pluralidad de negocios para conseguir este efecto.

Partiendo de lo expuesto, se procede a analizar cómo se realiza la entrega concreta de determinados bienes o derechos:

a) Entrega del local arrendado. La persona que monta un negocio suele tener ante sí dos opciones: adquirir en propiedad los bienes con los que va a desenvolver su actividad, o intentar reducir el coste de la inversión arrendándolos de un tercero, sobre todo si se trata de bienes inmuebles, dado el alto precio que éstos han llegado a adquirir dentro del mercado. Ahora bien, señala la autora que, en este último caso, se plantea un problema a la hora de discernir el modo en que se entretengan las disposiciones legales de la LAU sobre cesión o subarriendo de locales de negocio, con la regulación general del Código civil aplicable al arrendamiento de empresa. Tras un exhaustivo análisis de lo acontecido bajo la vigencia de las diferentes Leyes reguladoras de los arrendamientos urbanos a lo largo de los últimos años, y las consecuencias de la distinción entre la cesión y el subarriendo, la profesora Moralejo concluye que las normas especiales de la LAU/1994 deben ser aplicables cuando se vende o arrienda una empresa, cediéndose o subarrendándose al mismo tiempo su base física, y por ello cuando se arrienda una empresa ubicada en un local arrendado, el arrendatario del mismo deberá –en aplicación del artículo 32 LAU/1994– notificar el subarriendo al propietario del inmueble, para que éste proceda –si así lo desea– a elevarle la renta en los porcentajes previstos. En esta notificación deberán indicarse los datos personales y el domicilio del subarrendatario –arrendatario de la empresa– a efectos de que el propietario pueda dirigirse contra él reclamándole directamente la renta (art. 1552 CC), o exigiéndole una responsabilidad por los deterioros que hubiera causado en el local durante su tiempo de disfrute (art. 1551 CC). Las normas sobre el uso y conservación de la cosa aplicables al primer contrato (arrendamiento) serán exigibles también en el marco del subarriendo. A los arrendamientos de empresa sobre un local arrendado se les aplicará también el Código civil, a excepción de lo relativo al uso y conservación de la cosa arrendada (local), en lo que debería estarse a lo pactado entre el arrendador y el arrendatario (art. 1552 CC), o la LAU/1994, cuando dicho acuerdo no existiera o fuera insuficiente.

b) Entrega de las mercaderías. La inclusión de las mercaderías y materias primas dentro del objeto del arriendo ha planteado no pocos problemas, dado que, aunque por un lado constituyen elementos que en sentido genérico se encuentran afectos a la explotación, el dictado del artículo 1545 CC –que prohíbe el arrendamiento de bienes fungibles– dificulta enormemente su cesión junto con el resto de elementos de la empresa –cuestión que ya se planteó en relación con la hipoteca de establecimiento mercantil–. Respecto a esta

problemática, la autora entiende que la concepción unitaria de la empresa inclina a acoger en materia arrendaticia una solución similar a la que brinda la legislación hipotecaria: las mercaderías y materias primas podrán ser incluidas dentro de la cesión y el arrendatario estará obligado a restituir al término del contrato *tantundem ejusdem generis*. La propiedad de las que se encuentren en el establecimiento cuando finalice el arriendo corresponderá al arrendatario, pero éste tendrá un deber de reintegro frente al arrendador en la cuantía y cualidad antes indicadas. El arrendatario estará legitimado, pues, para disponer de ellas durante la vigencia del contrato.

c) Cesión de los derechos sobre los signos distintivos de la empresa, patentes y derechos de propiedad intelectual. Analiza en este punto con sumo detalle la autora cómo pueden ser objeto de transmisión, junto con la empresa en sí, las marcas, nombres comerciales, rótulos de los establecimientos, signos distintivos, patentes, derechos patrimoniales de autor, a la luz de la normativa vigente (Ley de Marcas, Ley de Patentes y Ley de Propiedad Intelectual).

d) Cesión de las relaciones de hecho de la empresa: el aviamiento y la clientela. Respecto al aviamiento hay múltiples nociones del mismo, pero, en cualquier caso, lo que resulta indubitado para la profesora Moralejo es que, entendido como el resultado de una actividad empresarial que permite al establecimiento convertirse en un instrumento al servicio de una finalidad comercial o industrial de su titular o de un tercero –arrendatario o usufructuario–, implica la transmisión conjunta con la empresa de elementos objetivos como el emplazamiento favorable del negocio, la calidad de sus productos, el crédito de sus signos distintivos, la materia prima utilizada, la explotación de un derecho de patente, la plusvalía que adquiere una empresa por el hecho de estar organizada y, eventualmente, explotada como tal, etc.

Respecto a la clientela, hace alusión a las relaciones que mantiene el empresario con sus clientes, como conjunto de personas que de modo permanente y habitual demandan los servicios o productos de la empresa. A efectos de su transmisión al arrendatario puede distinguirse entre la clientela objetiva y la subjetiva, en función de si los demandantes de bienes y servicios acuden al establecimiento atraídos por alguno de los factores objetivos de la hacienda (*v.gr.* quiosco ubicado en una estación), o movidos fundamentalmente por el conocimiento, confianza o habilidad de su titular (*v.gr.* clientela de las profesiones liberales). La transmisión del primer tipo de clientela se encontrará estrechamente ligada a la puesta a disposición de los bienes y derechos de los que depende (*v.gr.* local de negocio con una ubicación especial) y la cesión de la segunda sólo podrá procurarse al arrendatario imponiéndose al arrendador una abstención concurrencial, habida cuenta del carácter intransmisible de las cualidades personales del empresario.

e) Cesión de créditos, deudas y contratos. A juicio de la autora, con carácter general, la normativa vigente avala la tesis de que ni los créditos, ni las deudas, ni los contratos celebrados por el empresario arrendador constituyen elementos de la empresa, sino derechos o situaciones jurídicas directamente imputables a su titular, cuya cesión al adquirente o arrendatario no puede concebirse sin la existencia de un pacto entre las partes –analizándose la problemática que esta cesión pactada produce respecto a los efectos frente a terceros–, a menos que sea la Ley la que imponga de manera directa tal efecto (*v.gr.* art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo estudio detallado se expone en la obra, y que prevé la subrogación del empresario adquirente en las relaciones laborales y en las obligaciones de la Seguridad Social del anterior).

2.º Obligación de hacer en la empresa las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada. Respecto a esta segunda obligación asumida por el arrendatario, éste debe poner en conocimiento del propietario la necesidad de llevar a cabo las obras, y la jurisprudencia suele exigir que se trate de simples reparaciones y no de obras de reconstrucción, aunque se admite que el arrendador asuma expresamente la obligación de realizar cualquier obra extraordinaria en la cosa arrendada durante el tiempo de vigencia del contrato, debiendo el arrendatario tolerarlas, si son muy urgentes, aunque le resulten molestas; ahora bien, si dichas obras durasen más de cuarenta días, el precio del arrendamiento podrá disminuirse.

3.º Obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la empresa. Se traduce en la obligación del arrendador de responder frente a posibles perturbaciones procedentes de terceros (art. 1553 CC) y de la Administración (licencias administrativas), así como de abstenerse de realizar actos que perjudiquen el disfrute de la cosa arrendada durante el término de duración del contrato –prohibición de concurrencia (art. 1554.3 CC).

En cuanto a los derechos y obligaciones del arrendatario, se analizan fundamentalmente tres:

1.ª Obligación de abono de la renta (art. 1555 CC). La renta no podrá ser un porcentaje de los beneficios, pero sí un sistema mixto que combine la renta fija con una participación en los rendimientos empresariales. También puede pactarse como contraprestación la realización por el arrendatario de ciertas obras en la industria.

En lo que a la actualización de la renta arrendaticia atañe, ni el Código civil ni la LAU –en sede de arrendamientos para uso distinto de vivienda– contienen norma alguna al respecto, por lo que resulta de aplicación el principio de autonomía de la voluntad. Y la misma carencia de regulación en el Código civil es predicable de la fianza, si bien algunas normas autonómicas reguladoras del depósito de la fianza por los arrendadores –en aquellos territorios que han asumido esta competencia– han establecido esta obligación también para los arrendamientos de negocios (Decreto 147/1997, de 10 de junio, de la Generalitat de Cataluña).

2.ª Obligación de usar la empresa según el destino pactado. Al ser la empresa una unidad productiva, la facultad de uso, con los límites del destino previamente pactado (art. 1555.2 CC), se convierte en una auténtica obligación de explotación que se impone al arrendatario durante todo el término de duración del contrato. La diligencia exigible será la de un ordenado comerciante, debiendo respetarse el uso para el que se arrendó la empresa.

En cuanto a las posibles mejoras introducidas por el arrendatario, aparecen admitidas por el artículo 1573 CC, teniendo respecto de las útiles y voluntarias los mismos derechos que el usufructuario, salvo pacto en contrario de las partes.

3.ª Obligación de conservar la cosa. El arrendatario asume el deber de restituir la empresa en el mismo estado en que la recibió, salvo lo que hubiese perecido o se hubiera menoscabado por causa inevitable o por el tiempo. La Ley presume *iuris tantum* que la cosa se entregó en perfecto estado (art. 1562 CC).

Si la cosa se pierde o sufre deterioros por culpa del arrendatario –culpa que se presume de nuevo con carácter *iuris tantum*– o de sus empleados,

aquél deberá responder (arts. 1563 y 1564 CC), aunque se admite tanto la agravación como la exoneración de esta responsabilidad.

Y llegamos al quinto y último capítulo de esta obra, en el que se estudia la extinción del arrendamiento de empresa y la restitución del complejo empresarial al arrendador.

En cuanto a las causas de extinción de este contrato son las mismas que las del resto de contratos de esta naturaleza, aunque además posee algunas específicas derivadas de sus rasgos propios, como su carácter *intuitu personae* –que motiva su extinción por el subarriendo o cesión incontinenti o por el fallecimiento del arrendatario–, o la circunstancia de que la empresa sea un ente complejo –que acarrea que las vicisitudes que afecten a alguno de sus elementos esenciales tengan incidencia en la relación contractual íntegra–. La propia esencialidad del contenido de este contrato conlleva que la facultad resolutoria por incumplimiento de sus prestaciones penda en este caso de factores que no influirían normalmente en el desenvolvimiento de cualquier tipo de arriendo.

Entre las causas generales que pueden dar lugar a la extinción de estos arrendamientos, analiza la autora en concreto las siguientes:

- Expiración del término convencional pactado o el que en su defecto resulte del artículo 1581 CC.
- Resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales (arts. 1124, 1556 y 1568 CC).
- Pérdida –material o jurídica– de la cosa arrendada (arts. 1182, 1184 y 1568 CC).
- Aplicación del principio «Venta quita renta» (art. 1571 CC), salvo pacto en contra.
- Subarriendo o cesión incontinenti.
- Fallecimiento o incapacidad del arrendatario de empresa.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1569 CC, el arrendador puede desahuciar judicialmente al arrendatario por expiración del término contractual, falta de pago del precio convenido, infracción de cualquiera de las estipulaciones del contrato, o por destinar la cosa arrendada a usos o servicios no pactados o no sujetarse en su uso a lo que ordena el artículo 1555.2 CC, analizando la autora la normativa existente al respecto hasta llegar a los actuales artículos 22.2 y 444.1 LEC 2000, reguladores de los trámites del desahucio de fincas urbanas o rústicas arrendadas.

Finalmente se estudia la obligación de restitución de la empresa al arrendador, partiendo de la base de que presenta las mismas dificultades, derivadas de su objeto, que la previa obligación de entrega, incrementadas además en este caso porque la explotación puede estar integrada ahora por elementos que no constaban al comienzo del contrato, o adolecer de otros que hubieran sido puestos a disposición del arrendatario en el momento de celebración del contrato, analizando la autora los diferentes supuestos que pueden plantearse.

Como se desprende de lo expuesto, nos encontramos ante un estudio riguroso y exhaustivo de un tema complejo y con una relevancia en el tráfico inmobiliario actual indiscutible, para cuya elaboración la autora ha demostrado tener un profundo conocimiento de la doctrina española existente en la materia, así como de la numerosa jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provin-

ciales. Por este motivo, no me resta sino recomendar vivamente la lectura de esta obra, tanto a estudiosos como a prácticos del Derecho, pues tanto a uno como a otros les será de una inestimable ayuda.

Ana M.^a COLÁS ESCANDÓN
Universidad Autónoma de Madrid

SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, 546 pp.

Nadie puede dudar de que el régimen del incumplimiento de la obligación y sus respuestas jurídicas constituyen uno de los núcleos problemáticos más interesantes en el panorama actual del Derecho de obligaciones. Entre esas respuestas la facultad de resolución que permite a una parte deshacer el vínculo sinalagmático ante el incumplimiento de la otra ocupa un lugar destacado. La obra que ha escrito Lis Paula San Miguel Pradera y que publica el Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad bajo el título *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio* se sitúa, precisamente, en ese terreno. No es, sin embargo, un libro más del largo rímero de obras que nuestra literatura jurídica ha dedicado a la figura. Como muy bien señala el profesor Antonio Manuel Morales Moreno en el Prólogo que presenta la monografía, ésta se construye en torno a un problema aparentemente muy concreto, pero sin duda esencial en el régimen jurídico de la resolución: su modo de ejercicio. Un problema que, por añadidura, había interesado a los autores españoles mucho menos que otras cuestiones relativas a la institución, a pesar de tener una incidencia directa en las normas sustantivas, pues se puede afirmar sin temor a equivocarnos que éstas son tanto más extensas y pormenorizadas, cuanto menos formal es el modo de ejercicio de la resolución.

La autora nos pone de relieve en el inicio de la obra cómo la mayoría de los ordenamientos jurídicos se pronuncian expresamente por el modo en el que opera la resolución, bien a través de una decisión judicial (caso del *Code civil* francés), bien mediante una declaración unilateral y formal del perjudicado por el incumplimiento (caso, por ejemplo, del Derecho inglés). Aunque a primera vista el tenor literal del artículo 1124 CC español parece situar a nuestro Derecho en el primer modelo reseñado, la autora del libro nos trata de aclarar el error de tal primera impresión y nos muestra las razones y los argumentos que, con sus peculiaridades, sitúan al sistema español en un lugar mucho más próximo al modelo de resolución extrajudicial, el cual, en líneas generales, también es el preferido en el moderno Derecho uniforme y comparado. La doctora San Miguel Pradera también da buena cuenta de los supuestos que responden a un modelo de resolución automática, autónomo de los dos anteriores y normalmente de carácter excepcional.

Estamos, sin duda, ante una buena obra jurídica. Como tal, la que nos ocupa destaca, en primer lugar, por su sólida construcción, tanto en lo que atañe a la organización de los numerosos problemas que suscita, como en lo relativo al profundo conocimiento y a la gran cantidad de materiales doctri-

nales, normativos y jurisprudenciales que en ella se manejan. Esa profusión de materiales permite además al lector hacer una doble y hasta una triple lectura de la monografía, puesto que el discurso central de la misma se halla sólidamente fundamentado en opiniones y notas cuya abundancia da idea del enorme trabajo que ha realizado la doctora San Miguel, quien no se deja ninguna cuestión ni principal ni accesoria en el tintero. Entre la numerosa información suministrada destaca, evidentemente, tanto el Derecho comparado más reciente (reforma del BGB incluida), como lo que la autora viene en llamar, y así lo he ya recogido, «moderno Derecho uniforme», esto es, la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías, los Principios Unidroit y los Principios de Derecho Europeo de Contratos o Principios Lando. Es cierto que en los últimos tiempos una pléyade de escritos jurídicos de todo tipo se han venido a sumar a la moda del «Derecho contractual europeo» y todos sus allegados; no lo es menos, sin embargo, que en esta ocasión el uso de tales materiales resulta no sólo adecuado, sino más bien imprescindible, puesto que el cotejo de modelos y soluciones, además de aclarar la ubicación de nuestro Derecho en el tema que interesa, nos pone en la buena senda de cara a posibles modificaciones futuras.

En lo que se rubrica como «Cuestiones previas» [001] se explican de forma sintética, clara y completa los tres modelos de resolución reseñados. El modelo de resolución judicial, previsto en el artículo 1184 CC francés y que exige, como regla general que admite excepciones, un pronunciamiento del juez, quien, además, tiene un amplio poder para determinar si el incumplimiento es o no de entidad suficiente para provocar la desvinculación contractual. El paradigma de la resolución por declaración unilateral del acreedor que representa el BGB es expuesto con sumo cuidado por la doctora San Miguel, quien para hacerlo da buena cuenta tanto de la versión anterior, como de la derivada de la reciente reforma del Derecho de Obligaciones que entró en vigor el 1 de enero de 2002 y en el cual siempre ha sido una pieza muy importante la fijación de un plazo adicional para que el deudor cumpla. Como modelo de resolución automática se alude el régimen de resolución *ipso facto* de la Ley Uniforme de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1964. A partir de ahí y con los mejores mimbres la obra se destina a responder a una pregunta: ¿a qué modelo responde el sistema español?

Centrada ya en nuestro ordenamiento, la primera parte de la monografía se adentra en el análisis de tres posibles casos de resolución automática: el que se produce en los casos de imposibilidad sobrevenida, absoluta, total, permanente y no imputable ni al deudor, ni al acreedor, en los supuestos de obligaciones dimanantes de contratos a término esencial cuando no se cumple en el plazo pactado y, finalmente, en la compraventa de bienes muebles.

Con una pulcritud y rigor cada vez más escasos en la literatura jurídica actual —lo que, además de mostrar el trabajo bien hecho, lleva al lector de la mano, facilitándole la comprensión y la lectura—, la autora analizada tres concepciones diferentes de la imposibilidad no imputable que asimismo conducen a tres respuestas distintas en relación con la resolución contractual. En primer lugar [078 ss.] recoge la tesis que deja la imposibilidad sobrevenida fuera de la noción de incumplimiento y de la resolución del artículo 1124 CC, reconduciéndolo a otras soluciones extintivas del vínculo que operarían de forma automática y derivarían de preceptos legales (caso la versión hoy derogada del BGB o del CC italiano), o bien de la llamada «teoría de los riesgos», elaborada por la doctrina francesa; por cierto que no se escatiman es-

fuerzos para dar una idea cabal de la repercusión de este punto de vista en el Derecho español. En segundo término [116 ss.] refleja los criterios de quienes, en el ámbito español, a pesar de estimar que no se trata de un caso de incumplimiento, defienden la aplicación del artículo 1124 al supuesto de imposibilidad sobrevenida no imputable, si bien considerando que entonces la resolución se produce de forma automática, solución que, como también se nos enseña, parece acogerse en el artículo 9:303 (4) de los Principios Lando. En tercer y último lugar [132 ss.] aborda la perspectiva de considerar la imposibilidad sobrevenida no imputable como un caso más de incumplimiento al que habrá de asociarse el remedio resolutorio habitual, esto es, no automático.

Este último es el punto de vista que, razonada y convincentemente, definiendo la doctora San Miguel. Partiendo de una noción amplia de incumplimiento definido por la falta de satisfacción del interés del acreedor, aboga por la aplicación al caso del sistema ordinario de remedios, entre ellos la resolución. La autora reconoce la falta de sistemática de nuestro Código en la construcción unitaria del incumplimiento y de sus consecuencias, pero estima que existen bases suficientes para mantener su procedencia. En este marco estudia, entre otras cuestiones, la injustificada regla derivada del artículo 1452 en sede de compraventa y su palmaria inaplicación en la práctica judicial, postulando la necesidad de su reforma. En su defensa del carácter no automático de la resolución en los supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable atiende al tenor literal del artículo 1124, que para nada se refiere a ese supuesto especial automático, al hecho de que el acreedor cuenta también con otros remedios a su insatisfacción – el *commodum repraesentationis* – que puede preferir a la extinción de la obligación, y la preferencia del moderno Derecho de contratos (con la excepción de los Principios Lando) por esta solución. No obstante, no deja de reconocer que en algunos supuestos concretos el legislador prevé expresamente la resolución automática como consecuencia de la imposibilidad sobrevenida no imputable; son los casos del artículo 1595 en sede de contrato de obra, cuya solución extiende la autora al contrato de prestación de servicios, y de los artículos 28 de la LAU y 24.a) de la LAR. Finalmente realiza un análisis pormenorizado de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre el tema, en el que nos muestra tanto los supuestos de hecho que dieron lugar a la controversia, como las erráticas sentencias en las que se admite generalmente el remedio resolutorio, si bien basándose en argumentos cambiantes como la causa de las obligaciones, la equidad, el justo equilibrio de las prestaciones y que, según el buen criterio de quien ha escrito la obra, deben quedar integrados en el nuevo y amplio concepto de incumplimiento.

El segundo de los posibles casos de resolución automática en nuestro Derecho analizados por la doctora San Miguel es el de los contratos sometidos a término esencial. A pesar de la laguna normativa del Código civil español al respecto, la autora es capaz de dar una respuesta jurídica adecuada a este tipo de situaciones desde nuestro ordenamiento y, a diferencia de lo que han hecho otros autores anteriores, sin recurrir a soluciones foráneas. Evidentemente, no porque las desconozca, pues da cumplida referencia tanto de la reglamentación y doctrina respecto de los *Fixgeschäfte* en el Derecho alemán (en la versión del BGB anterior a 2002) como de la regulación contenida en el artículo 1457 CC italiano reconociendo la resolución automática, ambas influencias en nuestra literatura jurídica y nuestra jurisprudencia. A pesar de ello, como señala la autora de la obra aquí reseñada, falta en nuestro ordenamien-

to una previsión legal que permita mantener en el caso español una resolución automática para este tipo de negocios. Tampoco la doctora San Miguel cree que esta previsión deba ser incorporada. A su juicio, que sin duda comparto, la inobservancia del término esencial constituye un incumplimiento perfectamente subsumible en el artículo 1124 CC, que deja abierta la posibilidad de utilizar el remedio resolutorio, el cual, como prevé el precepto citado, en ningún caso operaría de forma automática, sino a instancia del acreedor quien, si lo desea, puede exigir otros remedios en lugar de la resolución. La situación de incertidumbre que se genera ante la inactividad del acreedor respecto al remedio finalmente elegido puede finalizar si el deudor provoca la respuesta del acreedor, quien habrá de darla en virtud de las exigencias derivadas del principio de buena fe. Ésta es la solución que parece desprenderse asimismo de la dispersa doctrina del Tribunal Supremo. Las normas contenidas en la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios Unidroit, los Principios Lando, el Código civil holandés y las nuevas disposiciones del BGB también se sitúan en la línea de una resolución no automática.

El último de los posibles casos de resolución automática analizados en la monografía es el previsto en el artículo 1505 CC, donde expresamente se alude a una «resolución de pleno derecho» la cual, al igual que en su modelo francés, opera únicamente en interés del vendedor cuando el comprador no comparece a retirar las mercancías o cuando no ofrece el pago del precio (supuesto este en el que se aparta del *Code*) y siempre que el vendedor no haya efectuado aún la entrega. A pesar de reconocer la existencia de autorizadas opiniones a favor de una resolución automática, la autora se suma a la línea mayoritaria que considera necesario, también en este supuesto, que el vendedor ejercite el remedio resolutorio para que éste produzca sus efectos. La especialidad del precepto en relación con el artículo 1124 radica entonces en que en el artículo 1505 el tribunal no puede calibrar si ha existido o no incumplimiento y tampoco puede otorgar al comprador un nuevo plazo para cumplir.

En la segunda parte de la monografía [362 ss.], la doctora San Miguel estudia exhaustivamente el modelo de resolución extrajudicial que se ha ido abriendo paso en nuestro Derecho, a pesar de que su punto de partida, conforme al tenor literal del artículo 1124 parecía responder justamente al sistema de resolución judicial de inspiración francesa. No en vano la abundante jurisprudencia recaída sobre el precepto ha marcado una evolución en su comprensión y significado. En el libro se pone de relieve la existencia de dos líneas jurisprudenciales que reconocen la existencia de dos tipos de resolución extrajudicial en el Derecho español. La primera de ellas admite sin rodeos la posibilidad de una resolución sin intervención judicial por acuerdo de las partes (resolución convencional o, como prefiere la doctora San Miguel, «resolución consentida»), y la segunda daría cabida a una resolución por declaración unilateral del acreedor. Varias son las sentencias analizadas por la autora que acogen el modelo de resolución convencional, sin necesidad de intervención judicial. Especialmente interesante y una vez más demostrativo del intenso trabajo que subyace en las páginas de este libro, es el estudio que en él se contiene acerca de las diferencias entre la figura de la resolución consentida y otras con las que pudiera tener ciertas concomitancias, como el mutuo disenso, la transacción o la novación extintiva. Una vez más, el modelo que representan los textos del moderno Derecho comparado y uniforme ilustran el supuesto.

Pero sin duda una de las partes más innovadoras y elaboradas de la obra que tratamos es la relativa a la admisibilidad y características que en nuestro Derecho presenta la resolución mediante declaración del acreedor [453 ss.]) cuya pieza clave está en la declaración de voluntad del acreedor de querer valerse del remedio resolutorio para poner fin a la vinculación contractual. El análisis de esta declaración de voluntad presenta especiales dificultades en nuestro Derecho, que, como es sabido, carece de disposiciones expresas sobre el régimen aplicable a los actos jurídicos unilaterales, a pesar de lo cual, como es criterio asentado en nuestra doctrina, la doctora San Miguel no duda en aplicarles por analogía las normas establecidas para la declaración de voluntad contractual. La autora se detiene con un cierto pormenor en las características que han de acompañar a la declaración resolutoria, entre las que destaca la necesidad de que vaya dirigida al deudor (no basta con una declaración pública), expresión que habitualmente nuestra literatura jurídica equipara a la de declaración recepticia, lo que sería adecuado si, como entiende la doctora San Miguel, el momento relevante para la producción de efectos de la declaración unilateral es el de la recepción de la misma por parte del deudor; ésta es la solución que, por ejemplo, sancionan los Principios Unidroit y los Principios Lando y que, según entiendo, también puede ser defendida con el tenor literal actual del artículo 1262 CC, después de la modificación operada por la Ley 34/2002; no obstante conviene llamar la atención sobre la excepción que representa la declaración emitida a través de dispositivos automáticos, excepción nada irrelevante si se toma en consideración la importancia creciente de las notificaciones vía electrónica y la regla general de libertad de forma. El riesgo de pérdida o retraso de la declaración de resolución son también considerados por la autora, quien da buena cuenta de la regulación de la Convención de Viena y los Principios Lando, quienes ponen ese riesgo a cargo del destinatario, siempre y cuando la comunicación se haya realizado por un medio adecuado a las circunstancias, respuesta que también da nuestro Tribunal Supremo en alguna ocasión. La distinción entre existencia y eficacia de la declaración permite discriminar los supuestos de retirada de los de revocación de aquélla. La primera absolutamente libre y sometida únicamente al requisito de la tempestividad. La revocación de la declaración resolutoria, por el contrario, no ha de ser como regla general posible, si bien un acuerdo expreso o tácito de las partes (que no una declaración unilateral) puede poner de nuevo en vigor el contrato. A pesar del principio general de irrevocabilidad de la declaración de resolución, las exigencias derivadas del principio de buena fe pueden ocasionar que el acreedor que inicialmente ha optado por la resolución pueda, con posterioridad, exigir el cumplimiento.

Se detiene también la autora en el análisis del contenido de la declaración el cual, a pesar de no exigir una fórmula determinada (ni tan siquiera la utilización de la palabra «resolución»), ha de implicar una manifestación clara e inequívoca de la voluntad de resolver. De ello deriva la necesaria interpretación de la declaración de resolución, asunto que también le preocupa, de suerte que a partir de las normas sobre la interpretación de los contratos del Código civil, aboga por una ponderación entre los principios de la voluntad y la buena fe, del cual derivan los de la autorresponsabilidad y la confianza. De nuevo las normas del Derecho uniforme muestran una línea de actuación semejante.

Un interesante problema, de los muchos planteados en la obra, es el de la posible conversión de una declaración de resolución improcedente en otro

tipo de declaración que pueda resultar eficaz. En concreto nuestra doctrina y jurisprudencia se han planteado la oposición entre la declaración del artículo 1124 CC y la de desistimiento unilateral del comitente en el contrato de obra, del artículo 1594, figuras que guardan concomitancias, pero también diferencias, sobre todo en sus presupuestos y en los efectos liquidatorios de una y otra. La autora, una vez más, realiza un concienzudo análisis de las sentencias del Tribunal Supremo que apuestan decididamente por esa posibilidad de conversión. También se cuestiona la doctora San Miguel la utilidad y aun la necesidad de que el acreedor deba denunciar el incumplimiento ante el acreedor antes de ejercitar el remedio resolutorio; partiendo del modelo que representa la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías y de su no exigencia en el Código civil, se sitúa en la senda marcada por el profesor Morales Moreno a la hora de afirmar la conveniencia de que el legislador introduzca en el futuro régimen general de la compraventa en el texto codificado una carga de colaboración del acreedor consistente en poner en conocimiento del vendedor la existencia de una falta de conformidad en el cumplimiento. Sin perjuicio del acierto de la propuesta de introducción genérica de la mentada carga, que no es sino una derivación del principio general de buena fe, no hubiera estado fuera de lugar que en el libro se hubiese recordado la introducción de un deber de colaboración semejante en las compraventas de bienes muebles de consumo reguladas en la desafortunada Ley 23/2003, introducción que la Directiva 44/1999 dejaba a la libertad de configuración de los Estados.

A mi juicio, tiene un especial relieve, por su importancia práctica y su adecuado funcionamiento en el Derecho comparado, la cuestión de decidir si la declaración de resolución puede o, incluso, debe ir precedida o acompañada del otorgamiento al deudor de un plazo adicional durante el cual el deudor pueda cumplir, evitando con ello la resolución. Como cabe imaginar y se señala muy bien en la obra, la existencia de este plazo adicional supone un instrumento que pondera adecuadamente los intereses en juego. Por un lado el del acreedor, quien no estará obligado a permanecer indefinidamente vinculado contractualmente a pesar del incumplimiento y, por otro, el del deudor, quien no se verá sorprendido por una resolución inmediata, sino que tendrá la oportunidad de cumplir el contrato en el plazo adicional concedido por el acreedor. Aunque a diferencia de lo que es común en el marco comparado (el *Nachfrist* del Derecho alemán es la figura prototípica, si bien existen modulaciones en los regímenes de Derecho interno y uniforme, de todos los que da oportuna razón la doctora San Miguel) ese plazo adicional no está consagrado con carácter general en nuestro Derecho, aparecen figuras procedentes de la ley o de la autonomía de la voluntad que guardan semejanza, al menos funcional, con la institución a la que ahora aludimos. Tal es el caso del requerimiento previsto en la resolución especial del artículo 1504 CC en la compraventa de inmuebles, aun cuando sea mayoritariamente considerado como un requerimiento de resolución y no como un requerimiento de pago que proporcionaría un plazo suplementario, o el pacto por el que acreedor y deudor condicionan la resolución al preaviso de un plazo adicional para cumplir, término de gracia que también puede ser concedido unilateralmente por el acreedor, supuestos perfectamente amparados en la autonomía de la voluntad, como corroboran la jurisprudencia y la literatura jurídica. Sin perjuicio de ello, la doctora San Miguel aboga *de lege ferenda* por la introducción de un plazo adicional ante el incumplimiento del deudor que incluya una in-

vitación a cumplir y conceda un tiempo «razonable» para ello y cuyo transcurso no tendría por qué privar al acreedor de una pretensión de cumplimiento. Como muy bien señala ella misma, este modelo implicaría que para que tuviera lugar la resolución sería necesario que el acreedor realizase dos notificaciones: una concediendo al deudor el plazo adicional para cumplir y otra declarando la resolución (si así lo decide el acreedor) una vez transcurrido de forma infructuosa.

La última parte de la monografía [608 ss.] se destina al análisis de la forma que habrá de revestir la declaración unilateral de resolución por incumplimiento que estamos analizando. Doctrina y jurisprudencia se muestran concordes en entender aplicable a la declaración de resolución el principio de libertad de forma, y ello independientemente de la forma que haya revestido el contrato que se pretende resolver; esta libertad está también presente en el Derecho comparado, aun cuando algunos sistemas como el italiano o el holandés establezcan la forma escrita. Ello no obsta para que el acreedor sea el máximo interesado en poder probar en su caso la existencia de la declaración y su recepción por el deudor, lo que hace conveniente la utilización de medios fehacientes como el acta notarial de notificación de resolución. Como excepción al régimen general de libertad de forma para la declaración, la doctora San Miguel estudia la exigencia de notificación notarial o judicial en el supuesto de hecho ya mencionado del artículo 1504 CC, que se analiza profundamente, así como la licitud de un pacto entre acreedor y deudor estableciendo *ex ante* una determinada forma para la notificación. No se elude en el libro el estudio de la cláusula general incluida en un contrato no negociado por el que el predisponente profesional imponga al adherente consumidor determinadas exigencias formales para el ejercicio de la facultad resolutoria, que a juicio de la autora podrá ser –aunque no siempre, y en el libro se dan varios ejemplos– abusiva y por tanto sometida al control de contenido que deriva en su nulidad.

En fin, para ir concluyendo, quien busque una respuesta concreta al problema surgido en su práctica profesional o en su trabajo de investigación relacionado con el ejercicio de la facultad de resolución va a encontrar sin lugar a dudas sensata respuesta en la obra de la doctora San Miguel Pradera. El jurista reflexivo, quien fundamenta la razón de su trabajo en el estudio y el conocimiento, hallará asimismo una de las no muy abundantes oportunidades de gozar de un libro que alcanza los niveles de excelencia que sólo pueden ser fruto de la dedicación, el esfuerzo y la ilusión por la obra bien hecha. Decía no hace mucho tiempo la tristemente desaparecida Susan Sontag que una de las funciones de la literatura –de la literatura importante, de la literatura necesaria– es la profecía; creo que la afirmación también vale para la buena literatura jurídica de la que, sin sombra de duda, el libro de la doctora Lis Paula San Miguel forma parte; algunas de sus profecías serán, más temprano que tarde, Derecho español vigente.

María Paz GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.—III. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.—IV. *Derecho de la Unión Europea*.—V. *Derecho procesal*.—Abreviaturas. Revistas que se citan sin abreviar.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

AGUILAR GRIEDER, Hilda: «Eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras y procesos contradictorios», en *RPJ*, núm. 72, 2003, pp. 123 ss.

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría: «Eficacia ejecutiva internacional de los títulos extrajudiciales», en *AAMN*, tomo XLII, pp. 29 ss.

CHOZAS ALONSO, José Manuel: «La ejecución provisional de sentencias y la libertad de expresión», en *RPJ*, núm. 73, 2004, pp. 101 ss.

ESPINAR VICENTE, José María: «Supremo versus Constitucional», en *La Ley*, 1/2004, D-38.

GIL IBÁÑEZ, Alberto J.: «Principio de primacía del Derecho europeo y Constitución española: límites y consecuencias de la cesión de soberanía tras la nueva Constitución europea», en *GJ*, núm. 232, 2004, pp. 3 ss.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio: «¿Cerrar o cuadrar el círculo? A propósito de la revisión del sistema de fuentes del Derecho de la UE», en *REDE*, núm. 5, 2003, pp. 47 ss.

MARTÍN BERNAL, José Manuel: «El criterio de normalidad en temas de inmisiones-contaminación acústica (ruido). ¿Abuso y/o ejercicio antisocial del derecho?», en *AC*, núm. 13, 2004, pp. 1493 ss.

- NETTESHEIM, Martin: «El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario/de la Unión», en *REDE*, núm. 6, 2003, pp. 291 ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «El derecho de información del ciudadano, la protección de datos personales y la transparencia de la administración», en *RPJ*, núm. 73, 2004, pp. 11 ss.
- ORTEGO GIL, Pedro: «Alfonso X el Sabio, *Las siete partidas (el libro del Fuero de las Leyes)*», en *RGLJ*, núm. 2, 2004, pp. 339 ss.
- PENA LÓPEZ, José María: «La prueba de la costumbre», en *RGLJ*, núm. 4, 2003, pp. 535 ss.
- VÁLGOMA, María de la: «La ficción jurídica o por qué el derecho *miente tanto*», en *RGLJ*, núm. 4, 2003, pp. 597 ss.
- VAQUER ALOY, Antonio: «La autotutela en el CC tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *La Ley*, 1/2004, D-45.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ALENZA GARCÍA, José Francisco: «La nueva estrategia contra la contaminación acústica y el ruido ambiental», en *RJN*, núm. 36, 2003, pp. 65 ss.
- ARAGÓN REYES, Manuel: «Problemas del recurso de amparo», en *AAMT*, tomo XLII, pp. 137 ss.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «Algunas consideraciones sobre la libertad informática y el derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia constitucional», en *RDNT*, núm. 1, 2003, pp. 99 ss.
- CRESPO NAVARRO, Elena: «La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia», en *RDCE*, núm. 18, 2004, pp. 531 ss.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: «Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho», en *La Ley*, 1/2004, D-20.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J.: «Constitución y derechos fundamentales: impacto y perspectivas», en *RJN*, núm. 36, 2003, pp. 39 ss.
- HERNÁNDEZ CABALLERO, María José: «Incidencia de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam en la regulación de la nacionalidad de los Estados miembros», en *AC*, núm. 16, 2004, pp. 1893 ss.
- LINACERO DE LA FUENTE, María: «Protección jurídica de las personas mayores», en *AC*, núm. 19, 2004, pp. 2262 ss.
- LUCINI NICÁS, José Antonio: «La Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria», en *AC*, núm. 14, 2004, pp. 1621 ss.

- MIGUEL ASENSIO, Pedro A. de: «Avances en la interpretación de la normativa comunitaria sobre protección de datos personales», en *La Ley*, 1/2004, D-50.
- OBÓN DÍAZ, Alberto: «La intervención telefónica y su adecuación al paradigma constitucional», en *RGLJ*, núm. 2, 2004, pp. 307 ss.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *AC*, núm. 15, 2004, pp. 1749 ss.
- «El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado», en *La Ley*, 1/2004, D-41.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen: «La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la efectiva protección de los derechos comunitarios de los particulares. (A propósito de la sentencia del TEDH en el asunto Dangeville c. Francia)», en *REDE*, núm. 8, 2003, pp. 737 ss.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (A propósito de las SSTJCE asuntos K.B. y García Avello)», en *RDCE*, núm. 18, 2004, pp. 507 ss.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental», en *La Ley*, 1/2004, D-25.
- ROSA CORTINA, José Miguel de la: «El derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Perspectivas en Derecho Civil, Penal y en reforma de menores», en *RPJ*, núm. 72, 2003, pp. 11 ss.
- SAIZ ARNÁIZ, Alejandro: «El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución de conformidad con el derecho internacional y europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de desafortunada jurisprudencia constitucional», en *REDE*, núm. 5, 2003, pp. 123 ss.
- SALAS MURILLO, Sofía de: «Acerca de la responsabilidad de las asociaciones inscritas y de las personas que actúan en su nombre», en *La Ley*, 3/2004, D-152.
- SANZ CABALLERO, Susana: «Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo *versus* Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)», en *RDCE*, núm. 17, 2004, pp. 161 ss.
- VILCHES TRASSIERRA, Antonio: «Las personas jurídicas y la firma electrónica en la Ley 59/2003», en *RDNT*, núm. 6, 2004, pp. 55 ss.
- ZABÍA DE LA MATA, Juan: «Una novedad de la LO 15/1999, de Protección de Datos: la figura del encargado del tratamiento», en *RDNT*, núm. 4, 2004, pp. 95 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ACEDO PENSO, Ángel: «La aplicación de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y su incidencia en los ordenamientos internos. Modificaciones normativas e interpretaciones jurisprudenciales. La oportunidad de una reforma en profundidad», en *GJ*, núm. 232, 2004, pp. 29 ss.
- ACHÓN BRUÑEN, María José: «Embargo de bienes o derechos no pertenecientes al ejecutado», en *La Ley*, 1/2004, D-17.
- AGUILAR RUIZ, Leonor: «Contrato vitalicio: soluciones técnicas a la falta de entendimiento entre las partes como causa válida de rescisión del contrato. Comentario a la STS de 1 julio 2003 (RJ 2003, 4321)», en *RDP*, núm. 13, 2004, pp. 175 ss.
- ALEMANY EGUIDAZU, Jesús: «Subordinación contractual y subordinación concursal», en *La Ley*, 2/2004, D-94.
- ÁLVAREZ DE BENITO, Pedro: «Del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y la consignación del asegurador», en *RGLJ*, núm. 4, 2003, pp. 511 ss.
- APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: «El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información», en *RDNT*, núm. 2, 2003, pp. 87 ss.
- «Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos», en *RDNT*, núm. 5, 2004, pp. 101 ss.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Negocio fiduciario. Tercería de dominio. Protección a terceros acreedores del fiduciario. Prescripción adquisitiva. (Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 661 ss.
- BATALLA TRILLA, Anna: «Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario», en *La Ley*, 2/2004, D-92.
- CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime: «Negocios sobre el rango hipotecario», en *La Ley*, 2/2004, D-62.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de P.: «Tutela de los consumidores en la contratación electrónica», en *RDNT*, núm. 5, 2004, pp. 19 ss.
- BODAS DAGA, M.^a Eugenia: «Tradicción instrumental y posesión del vendedor. (Comentario a la STS de 23 de octubre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 775 ss.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «El seguro a primer riesgo», en *La Ley*, 3/2004, D-108.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan: «Aproximación a la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje», en *La Ley*, 2/2004, D-66.
- CHILLÓN MEDIAN, José María: «Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 1/2004, D-26.
- COLINA MEDIÁVILLA, José Luis: «El leasing financiero en Italia», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 101 ss.

- CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime: «Negocios sobre el rango hipotecario», en *La Ley*, 2/2004, D-62.
- CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio: «Revocación de la oferta: un análisis desde la órbita del Derecho Uniforme (1)», en *AC*, núm. 16, 2004, pp. 1877 ss.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: «La pretendida abusividad de la cláusula *por hora o fracción* de los aparcamientos», en *La Ley*, 3/2004, D-124.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «Determinación por el juzgador de instancia de la situación de ruina de una edificación (plazas de garaje). Necesidad de una doble apreciación fáctica y jurídica. Posibilidad de discutir la calificación efectuada cuando se impugna por ilógica o irracional o resultar equivocada. El concepto de ruina funcional. Compatibilidad de la acción por ruina funcional del art. 1591 del CC con las de cumplimiento o resolución contractual del art. 1124 o incumplimiento o cumplimiento defectuosos del art. 1101. Alcance resarcitorio del art. 1591 del CC. (Comentario a la STS de 2 de octubre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 711 ss.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «El Proyecto de Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: aspectos básicos», en *La Ley*, 1/2004, D-31.
- FLORES DOÑA, María de la Sierra: «El leasing financiero internacional en el Tratado UNIDROIT», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 171 ss.
- GÁLLEGO HIGUERAS, Gonzalo F.: «Comentarios a la reciente Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica: algunas novedades al marco regulador existente», en *RDNT*, núm. 6, 2004, pp. 21 ss.
- GAMERO CASADO, Eduardo: «Los seguros de responsabilidad patrimonial de la Administración: recientes pactos y reformas», en *La Ley*, 3/2004, D-138.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: «Consideraciones sobre el artículo 4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *AC*, núm. 18, 2004, pp. 2133 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Cesión *pro solvendo* de créditos futuros; prenda de créditos futuros, efectos de la declaración de suspensión de pagos anterior al nacimiento del crédito cedido o pignorado. Congruencia. (Comentario a la STS de 27 de junio de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 567 ss.
- GARCÍA VILLAVERDE, Rafael: «El *leasing* en el marco de los contratos parabancarios llamados *de financiación*», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 15 ss.
- «Extinción del contrato. La quiebra en particular», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 211 ss.
- GOMÁ SALCEDO, José Enrique: «*Fiducia cum creditore*. Autocontratación. (En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002)», en *RJNot*, núm. 50, 2004, pp. 259 ss.
- GÓMEZ JENE, Miguel: «El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 1/2004, D-33.

- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad: «Dos reflexiones teóricas derivadas de la sentencia del Tribunal supremo (Sala de lo civil) 51/2004, de 23 de enero», en *RGLJ*, núm. 1, 2004, pp. 63 ss.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «El leasing inmobiliario como garantía real anómala», en *AAMN*, tomo XLII, pp. 211 ss.
- GÓNZALEZ VAQUÉ, Luis: «El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la *armonización mínima* en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores», en *GJ*, núm. 233, 2004, pp. 33 ss.
- «La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *RDCE*, núm. 17, 2004, pp. 47 ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «Aproximación al contrato de leasing financiero inmobiliario», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 231 ss.
- HEREDIA CERVANTES, Iván: «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», en *REDE*, núm. 9, 2004, pp. 55 ss.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: «La unificación de la supervisión prudencial de las entidades de crédito en la Unión Europea», en *REDE*, núm. 5, 2003, pp. 47 ss.
- IGLESIAS REBOLLO, César: «Otra forma de distribuir software: las licencias de software libre o de código abierto», en *RGLJ*, núm. 2, 2004, pp. 219 ss.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: «La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica», en *RDNT*, núm. 1, 2003, pp. 19 ss.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «La interpretación del artículo 1964 del CC», en *RJNot*, núm. 50, 2004, pp. 139 ss.
- LARA AGUAYO, Edinson Antonio: «Los avales limitados», en *La Ley*, 2/2004, D-76.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María: «Los motivos de la denominada acción de nulidad contra el laudo arbitral en la vigente Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2/2004, D-95.
- MADRID PARRA, Agustín: «Regulación internacional del comercio electrónico: examen comparado de las leyes modelo de UNCITRAL», en *RDNT*, núm. 2, 2003, pp. 15 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral en la nueva Ley núm. 6005, 2004», en *La Ley*, 2/2004, D-91.
- «Los juzgados de lo mercantil y su competencia en materia de arbitraje», en *La Ley*, 3/2004, D-128.
- MARCOS GONZÁLEZ LECUONA, María: «El sistema arbitral español de consumo en el marco normativo de la Unión europea», en *La Ley*, 2/2004, D-72.

- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Las tarjetas de crédito y el artículo 15 de la Ley de Crédito al Consumo», en *RDNT*, núm. 5, 2004, pp. 89 ss.
- MARTÍN CASALS, Miquel y RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Contrato de arrendamiento financiero o leasing. Subrogación del usuario en las acciones de la sociedad de leasing. Resolución de la compraventa y reclamación de daños. Responsabilidad civil extracontractual. Causalidad hipotética. Causalidad alternativa. Prueba del nexo causal. Vehículo que se incendia por causa indeterminada. (Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 843 ss.
- MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep: «Responsabilidad civil por los daños sufridos por un menor. Culpa exclusiva de la víctima. Causalidad e imputación objetiva. (Comentario a la STS de 24 de octubre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 787 ss.
- MARTÍN GARCÍA, María del Lirio: «Aspectos publicitarios de la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo», en *RDP*, mayo-junio 2004, pp. 324 ss.
- «La protección del consumidor frente a la publicidad de las actividades dirigidas a promocionar la venta de productos», en *AC*, núm. 20, 2004, pp. 2389 ss.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La ejecución hipotecaria de la vivienda arrendada. Estado de la cuestión en la normativa vigente (con ocasión de la STDS 237/2003, de 17 de marzo)», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1901 ss.
- MARTÍNEZ GIJÓN MACHUCA, Pablo: «Consecuencias de la *intromisión* de normas jurídico-públicas en la regulación del contrato de transporte nacional de mercancías por carretera», en *RDM*, núm. 253, 2004, pp. 1005 ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «Doble venta de inmueble. Evicción. Incumplimiento. Aplicación de la legislación del suelo o del CC para fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios. (Comentario a la STS de 15 de mayo de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 535 ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María Teresa: «La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 41 ss.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «Protección del consumidor a crédito frente al financiador», en *AC*, núm. 17, 2004, pp. 2005 ss.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: «La falta de conformidad del bien con el contrato en la compraventa de plazas de garaje. Comentario a la STS de 28 noviembre 2003 (RJ 2003, 8361)», en *RDP*, núm. 13, 2004, pp. 197 ss.
- MASIDE MIRANDA, Enrique: «El futuro CC Europeo de Contratos», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1901 ss.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: «La firma electrónica y el registro: consideraciones generales», en *RDNT*, núm. 6, 2004, pp. 17 ss.

- MERINO MERCHÁN, José Fernando: «Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 1/2004, D-26.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: «Principales puntos de contacto entre el derecho de consumo y el contrato de franquicia en el Derecho argentino», en *RGLJ*, núm. 1, 2004, pp. 35 ss.
- MONEDA DÍAZ, Francisco la: «La nueva Ley 60/2003 de Arbitraje y su incidencia en el sistema arbitral de consumo», en *La Ley*, 3/2004, D-120.
- MONTÓN GARCÍA, María Lidon: «Características y presupuestos de la denominada acción de cesación en beneficio de los consumidores y usuarios», en *La Ley*, 2/2004, D-71.
- MORENO VELASCO, Víctor: «La responsabilidad del Consejo de Compensación de Seguros por daños producidos en hechos de la circulación por vehículo desconocido. La prueba», en *La Ley*, 2/2004, D-96.
- MOREU BALLONGA, José Luis: «Las obligaciones genéricas», en *RDP*, núm. 13, 2004, pp. 103 ss.
- MULLERAT BALMAÑA, Ramón María: «Principales innovaciones de la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2/2004, D-90.
- PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «Asegurados, obligaciones y riesgo en el contrato de seguro de Responsabilidad de Administradores y altos ejecutivos», en *La Ley*, 2/2004, D-78.
- PINTO RUIZ, Juan José: «Incidencia de la Ley Concursal en la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas», en *RDM*, núm. 252, 2004, pp. 651 ss.
- PLANA ARNALDOS, María Carmen: «Contrato de cesión de suelo a cambio de edificación. Resolución del contrato. Restitución: aplicación de las normas de accesión. (Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 673 ss.
- PLAZA PENEDÉS, Javier: «La contratación electrónica en la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico», en *RDNT*, núm. 1, 2003, pp. 75 ss.
- «El marco jurídico de la contratación electrónica», en *RDNT*, núm. 4, 2004, pp. 19 ss.
- «La Ley 59/2003, de Firma Electrónica», en *RDNT*, núm. 6, 2004, pp. 157 ss.
- PLAZA SOLER, Juan Carlos: «La Ley 47/2002, de 19 de diciembre (RCL 2002, 2980) y el comercio electrónico: ¿una oportunidad perdida?», en *RDNT*, núm. 2, 2003, pp. 67 ss.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «Daños sufridos por menor de edad alumna de un colegio público. Atropello en las inmediaciones del centro escolar. Responsabilidad civil de la Administración, de la maestra encargada de la vigilancia de la menor y de la entidad aseguradora. (Comentario a la STS de 31 de octubre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 805 ss.

- RIVES SEVA, José María: «Consideraciones generales acerca de la responsabilidad civil médica y sanitaria», en *La Ley*, 3/2204, D-103.
- RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Joaquín: «Firma electrónica. Sus efectos jurídicos», en *RDNT*, núm. 6, 2004, pp. 41 ss.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Isabel: «Hacia un concepto neutro de administración de derechos: el genérico contrato de administración conservativa de valores», en *RDP*, núm. 13, 2004, pp. 25 ss.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «Contrato de Agencia y Derecho comunitario: ¿nuevas perspectivas procesales», en *REDE*, núm. 7, 2003, pp. 467 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Concurrencia y prelación de créditos en el CC y en la legislación concursal», en *RGLJ*, núm. 1, 2004, pp. 103 ss.
- RUBIO ESCOBAR, Pedro M.: «El sometimiento contractual del consumidor al arbitraje de consumo: ¿sumisión expresa o mera opción a favor del arbitraje», en *La Ley*, 3/2004, D-113.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert y MARTÍN CASALS, Miquel: «Contrato de arrendamiento financiero o leasing. Subrogación del usuario en las acciones de la sociedad de leasing. Resolución de la compraventa y reclamación de daños. Responsabilidad civil extracontractual. Causalidad hipotética. Causalidad alternativa. Prueba del nexo causal. Vehículo que se incendia por causa indeterminada. (Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 843 ss.
- SAMANES ARA, Carmen: «El ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios», en *AC*, núm. 18, 2004, pp. 2143 ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «Gastos y mejoras en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003», en *La Ley*, 3/2004, D-134.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «Sobre la identificación y valoración del daño en la responsabilidad civil de Procuradores y Abogados. Comentario a la STS de 28 de julio 2003 (RJ 2003, 5989)», en *RDP*, núm. 13, 2004, pp. 285 ss.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Contrato privado de permuta: petición de elevación a escritura pública versus petición de resolución por incumplimiento; situación del codemandante enfermo mental no incapacitado; Derecho aragonés: permuta no cumplida por el causante, derecho de viudedad y representación de la herencia pendiente de asignación mientras se ejecuta la fiducia sucesoria: inexistencia de litis consorcio pasivo necesario que obligue a demandar también al cónyuge viudo fiduciario y usufructuario universal. (Comentario a la STS de 2 de abril de 20034)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 503 ss.
- SOLÉ FELIU, Joseph y MARTÍN CASALS, Miquel: «Responsabilidad civil por los daños sufridos por un menor. Culpa exclusiva de la víctima. Causalidad e imputación objetiva. (Comentario a la STS de 24 de octubre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 787 ss.

- SOTO NIETO, Francisco: «Responsabilidad civil subsidiaria. Elementos que la definen. Constancia formal de su exigencia», en *La Ley*, 2/2004, D-100.
- «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado y de la Comunidad Autónoma. Fundamentos legales que la viabilizan», en *La Ley*, 3/2004, D-106.
- TAPIA SÁNCHEZ, María Rosa: «Régimen jurídico del leasing en Portugal», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 133 ss.
- TORRES ZAPATERA, Mariano: «El arrendamiento financiero en el Derecho inglés», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 69 ss.
- VEGA VEGA, José Antonio: «Comunicaciones comerciales por vía electrónica», en *RGLJ*, núm. 4, 2003, pp. 615 ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Donación *inter vivos*, donación *mortis causa* y donación *inter vivos* con entrega *post mortem*. Comentario a la STSJ Navarra de 26 octubre 2002», en *RDP*, núm. 13, 2004, pp. 131 ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias», en *RDP*, núm. 13, 2004, pp. 49 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ACHÓN BRUÑÉN, M.^a José: «Cuestiones prácticas sobre la reclamación de deudas a copropietarios morosos en las comunidades de régimen de propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1849 ss.
- «Embargo de bienes o derechos no pertenecientes al ejecutado», en *La Ley*, 1/2004, D-17.
- ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto: «A propósito de la publicidad registral, su regulación y problemática actual en el Perú», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1625 ss.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «El domicilio del deudor en la ejecución hipotecaria», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1635 ss.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Negocio fiduciario. Tercería de dominio. Protección a terceros acreedores del fiduciario. Prescripción adquisitiva. (Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 661 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Derecho de autor: concepto de obra y de plagio. (Comentario a la STS de 26 de noviembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 831 ss.
- BERENGUER FUSTER, Luis: «Análisis crítico de la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual», en *GJ*, núm. 231, 2004, pp. 12 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «La responsabilidad civil de los *Internet services providers (ISPs)* por la infracción en la red de los derechos de propiedad intelectual», en *RDNT*, núm. 5, 2004, pp. 39 ss.

- CARBAJO CASCÓN, Fernando: «Comentario crítico al Plan Nacional del nombre de dominio: los nuevos criterios de asignación de nombres de dominio bajo el código territorial 'es'. Entre la reforma y el continuismo», en *RDNT*, núm. 3, 2003, pp. 45 ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «Principales principios inspiradores del moderno Derecho español de marcas», en *La Ley*, 2/2004, D-89.
- CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime: «Negocios sobre el rango hipotecario», en *La Ley*, 2/2004, D-62.
- ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo de la: «La prenda de carteras dinámicas. Cuestiones prácticas», en *AAMN*, tomo XLII, pp. 55 ss.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada C.: «El derecho de puesta a disposición del público: ¿un nuevo derecho o un subgénero del derecho de comunicación pública? Comentario a la luz del Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 23 de enero de 2003», en *AC*, núm. 19, 2004, pp. 22761493 ss.
- GONZÁLEZ GORDÓN, María: «El nuevo régimen legal del diseño en España. La Ley 20/2003, de protección jurídica del diseño industrial», en *RGLJ*, núm. 1, 2004, pp. 7 ss.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «El leasing inmobiliario como garantía real anómala», en *AAMN*, tomo XLII, pp. 211 ss.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: «¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema», en *AAMN*, tomo XLII, pp. 95 ss.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «La interpretación del artículo 1964 del CC», en *RJNot*, núm. 50, 2004, pp. 139 ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Zona marítimo-terrestre: declaración de existencia de propiedad privada amparada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en el año 1987, fecha de inicio de un deslinde administrativo aprobado por O.M. de 13-9-1990, y al publicarse la Ley de Costas de 1988. (Comentario a la STS de 24 de julio de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 619 ss.
- LÓPEZ RICHARD, Julián: «Adjudicación de la finca hipotecada en tercera subasta conforme al antiguo art. 131 LH. Enriquecimiento sin causa. (Comentario a la STS de 8 de julio de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 589 ss.
- MANZANO SOLANO, Antonio: «Certificación registral: valor probatorio en el proceso», en *RCDI*, núm. 683, 2004, pp. 1255 ss.
- MARTÍN SEPÚLVEDA, Mercedes: «La infracción de los derechos de marca en Internet: metatags, keywords e hipervínculos», en *RDNT*, núm. 5, 2004, pp. 159 ss.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La ejecución hipotecaria de la vivienda arrendada. Estado de la cuestión en la normativa vigente (con ocasión de la STDS 237/2003, de 17 de marzo)», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1901 ss.

- MARTÍNEZ NIETO, Antonio: «El Registro Propiedad Intelectual. Cómo proteger el capital intelectual de los creadores y las organizaciones a través del derecho de autor», en *La Ley*, 1/2004, D-43.
- MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal: «La adquisición de la vivienda en Francia: sistemas alternativos a la propiedad», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1925 ss.
- NASARRE AZNAR, Sergio: «La reforma del Derecho registral inglés», en *RCDI*, núm. 683, 2004, pp. 1285 ss.
- PÉREZ CARRILLO, E. F.: «Protección de invenciones sobre materia biológica humana en el Derecho Comunitario», en *RDM*, núm. 252, 2004, pp. 621 ss.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: «Notas críticas sobre la prenda de *imposiciones a plazo fijo*», en *RJNot*, núm. 50, 2004, pp. 165 ss.
- PIÑEL LÓPEZ, Enrique: «El usufructo de particiones de fondos de inversión mobiliaria», en *AAMN*, tomo XLII, pp. 155 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Diseños, propiedad intelectual y propiedad industrial», en *RGLJ*, núm. 2, 2004, pp. 315 ss.
- SELLARES SERRA, Jordi: «La patentabilidad de los productos químicos y farmacéuticos desde la perspectiva del Derecho Internacional Público», en *La Ley*, 3/2004, D-114.
- SERRERA CONTRERAS, Pedro: «Dos apuntes registrales en torno a la nueva Ley de Patrimonio», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1831 ss.
- VILCHES TRASSIERRA, Antonio José: «Comentarios sobre la IDGRN de 18 marzo 2003, en desarrollo de las características técnicas de los sistemas de comunicación telemática entre notarios y registradores», en *RDNT*, núm. 3, 2003, pp. 67 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Negativa del Registrador de la Propiedad a practicar la inscripción de un convenio regulador por defectos insubsanables. Separación legal del matrimonio. Renuncia previa a derechos concedidos por la ley. Pactos obligacionales no inscribibles. Interposición del Recurso gubernativo. (Comentario a la RDGRN de 11 de septiembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 631 ss.
- ARCOS VIEIRA, M.^a Luisa: «El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra», en *RJN*, núm. 36, 2003, pp. 51 ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del CC», en *La Ley*, 3/2004, D-117.
- CARPIO GONZÁLEZ, Ignacio: «Sobre la conveniencia de la disolución de sociedad de gananciales desde la admisión de la demanda de separación o divorcio», en *La Ley*, 1/2004, D-30.

- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del CC», en *La Ley*, 3/2004, D-117.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «Comentarios sobre algunos aspectos problemáticos –y polémicos– referentes a la adopción nacional e internacional», en *RDP*, mayo-junio 2004, pp. 271 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Begoña: «La igualdad constitucional en materia de filiación», en *AC*, núm. 15, 2004, pp. 1758 ss.
- GARCÍA ALGUACIL, María José y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Representación legal de menores y abuso de poder representativo», en *RDF*, núm. 24, 2004, pp. 23 ss.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: «La unión libre: familia, no matrimonio», en *La Ley*, 3/2004, D-131.
- GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa: «La nueva regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de filiación», en *La Ley*, 2/2004, D-98.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «La Ley 42/2003: Relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados», en *La Ley*, 2/2004, D-80.
- INIESTA DELGADO, Juan José: «Alimentos. Fijación de la prestación a favor de los hijos mayores de edad en convenios extrajudiciales suscritos por los cónyuges como consecuencia de su separación amistosa. Falta de legitimación de la esposa para exigir, en su nombre e interés, el pago de lo comprometido. Establecimiento de estipulaciones a favor de terceros, los hijos, que al haber sido aceptadas por ellos, son quienes exclusivamente pueden exigir ese cumplimiento, entendiéndose por tal el abono de las cantidades pactadas a sus hijos según lo estipulado. (Comentario a la STS de 6 de junio de 2004)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 555 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La casuística del delito de impago de pensiones en el nuevo Código Penal (Ley 15/2003, de 25 de noviembre)», en *La Ley*, 1/2004, D-13.
- «El incumplimiento del régimen de visitas en la reforma del Código Penal por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre», en *La Ley*, 1/2004, D-40.
- «El nuevo contrato de alimentos en la Ley 42/2003, de 18 de noviembre, de modificación del CC; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores internacional y el nuevo artículo 107.2 del CC», en *La Ley*, 3/2004, D-110.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: «El concurso de la herencia», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 53 ss.
- PÉREZ UREÑA, Antonio-Alberto: «La competencia de los Tribunales española y la ley aplicable en los casos de separación y divorcio internacionales», en *RDF*, núm. 24, 2004, pp. 67 ss.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «Las controversias sobre adjudicaciones y pago de deudas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales: aspectos sustantivos del artículo 810 de la LEC», en *RDF*, núm. 23, 2004, pp. 23 ss.

- REY HUIDOBRO, Luis Fernando: «La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento», en *La Ley*, 2/2004, D-99.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental», en *La Ley*, 1/2004, D-25.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Sobre la guarda de hecho», en *RGLJ*, núm. 4, 2003, pp. 579 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Análisis jurídico del abandono del hogar como causa de separación conyugal», en *RDF*, núm. 24, 2004, pp. 81 ss.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y GARCÍA ALGUACIL, María José: «Representación legal de menores y abuso de poder representativo», en *RDF*, núm. 24, 2004, pp. 23 ss.
- SANGUINO BOTELLA, Amparo: «Prevención de la ejecución forzosa en procesos matrimoniales de mutuo acuerdo», en *RDF*, núm. 23, 2004, pp. 103 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes: «La sustitución fideicomisaria de residuo. Especial atención a la preventiva de residuo», en *RCDI*, núm. 628, 2004, pp. 935 ss.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra e injurias graves de palabra», en *RCDI*, núm. 628, 2004, pp. 473 ss.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Fideicomiso de residuo: implica sustitución vulgar tácita. Sustitución fideicomisaria. Interpretación testamentaria. Interpretación del testamento. (Comentario a la STS de 17 de septiembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 689 ss.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», en *RDPr*, mayo-junio 2004, pp. 259 ss.
- DOMÍNGUEZ REYES, Juan-Faustino: «La enajenación de la herencia en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso de residuo», en *RCDI*, núm. 628, 2004, pp. 971 ss.
- GALÁN LÓPEZ, Carmen: «La responsabilidad de los bienes gananciales en el concurso del cónyuge», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 215 ss.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: «La preterición en nuestro CC después de la última reforma del artículo 814», en *RJNot*, núm. 50, 2004, pp. 9 ss.
- HUERTA TRÓLEZ, Antonio: «La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio», en *RJNot*, núm. 50, 2004, pp. 93 ss.

- IGLESIA PRADOS, Eduardo de la: «La remisión a las normas testamentarias del régimen jurídico de las donaciones mortis causa. Comentario a la STS de 30 diciembre 2003 (RJ 2004, 360)», en *RDP*, núm. 13, 2004, pp. 207 ss.
- LUIS REYES, Antonio y ABASCAL MONEDERO, Pablo: «Problemática de la inclusión y exclusión de bienes en el inventario», en *RCDI*, núm. 628, 2004, pp. 651 ss.
- NAVARRO VIÑUALES, José María: «En torno al ámbito de facultades del contador-partidor. (A propósito de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de mayo de 2002 y 13 de mayo y 20 de septiembre de 2003)», en *RJNot*, núm. 50, 2004, pp. 241 ss.
- POUS DE LA FLOR, María Paz: «El valor de los bienes en la colación», en *RCDI*, núm. 628, 2004, pp. 521 ss.
- RAMS ALBESA, Joaquín: «El beneficio de inventario: ¿una incongruencia del sistema?», en *RGLJ*, núm. 1, 2004, pp. 91 ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo número 715/2003 (Sala de lo civil, Sección Única), de 10 de julio», en *RJNot*, núm. 50, 2004, pp. 283 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La capacidad mental del testador: problemática jurídica», en *RCDI*, núm. 628, 2004, pp. 549 ss.
- «En torno a las facultades del contador-partidor», en *RCDI*, núm. 628, 2004, pp. 1015 ss.
- RUBIO GIMENO, Gema: «Institución modal de heredero. Incumplimiento del modo: acción interpuesta por los beneficiarios del mismo. Exigibilidad del modo. Interpretación del testamento: acceso a casación. Criterios interpretativos. Atribución de los frutos de la herencia al heredero que incumple. (Comentario a la STS de 9 de octubre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 761 ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Donación *inter vivos*, donación *mortis causa* y donación *inter vivos* con entrega *post mortem*. Comentario a la STSJ Navarra de 26 octubre 2002», en *RDP*, núm. 13, 2004, pp. 131 ss.
- VIRGÓS SERRANO, Miguel: «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», en *AAMN*, tomo XLII, pp. 181 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- CALLOL, Pedro y PIGNATELLI, Pilar: «Remedios estructurales y revisión judicial en el control de concentraciones», en *REDE*, núm. 10, 2004, pp. 265 ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CANEDO ARRILLAGA, María Pilar: «Libre competencia y descentralización», en *REDE*, núm. 5, 2003, pp. 5 ss.

- CASADO CERVIÑO, Alberto: «Principales principios inspiradores del moderno Derecho español de marcas», en *La Ley*, 2/2004, D-89.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando: «Conductas anticompetitivas impuestas o fomentadas por los Estados Miembros: deberes de los órganos que aplican el derecho de la competencia y responsabilidad de las empresas. (Comentario a la sentencia *Consortio Industrie Fiammiferi*, de 9 de septiembre de 2003)», en *RDCE*, núm. 17, 2004, pp. 161 ss.
- CUESTA RUET, José María: «Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación», en *RDBB*, núm. 94, 2004, pp. 87 ss.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva M.: «Consideraciones en torno a la publicidad comparativa engañosa (por omisión). Comentario a la sentencia del TJCE de 8 de abril de 2003, asunto *Pipping Augenoptik Gmb & Co. contra Hartlauer Handelsgesellschaft mbH y los herederos de F.J. Hartlauer*», en *GJ*, núm. 231, 2004, pp. 45 ss.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: «El control por el Juez europeo de las decisiones sobre concentración de empresas. (Un ejemplo de control, libre de prejuicios, del correcto ejercicio del poder discrecional)», en *REDE*, núm. 7, 2003, pp. 501 ss.
- GARCÍA VALDECASA BRUTRÓN, José Ángel: «¿Una sociedad para el siglo XXI? La nueva empresa. Comentario a la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa», en *RDNT*, núm. 3, 2003, pp. 19 ss.
- «Breves notas sobre las normas complementarias en desarrollo de la sociedad limitada nueva empresa», en *RDNT*, núm. 4, 2004, pp. 61 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «La europeización del Derecho Privado y el Derecho de OPAs español», en *REDE*, núm. 11, 2004, pp. 343 ss.
- GARRIDO RUIZ, Fulgencio: «Novedades aportadas por el nuevo Reglamento núm. 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 CE», en *GJ*, núm. 231, 2004, pp. 71 ss.
- GONZÁLEZ GORDÓN, María: «El nuevo régimen legal del diseño en España. La Ley 20/2003, de protección jurídica del diseño industrial», en *RGLJ*, núm. 1, 2004, pp. 7 ss.
- LATELLA, Dario: «El sistema estadounidense de circulación de las *Investment Securities* en la disciplina del artículo 8 del *Uniform Commercial Code*», en *RDBB*, núm. 94, 2004, pp. 43 ss.
- LÓPEZ ORTIZ, Alejandro: «Problemas relativos al cumplimiento de la obligación de inscripción del nombre de dominio en el Registro Mercantil», en *DN*, núm. 168, 2004, pp. 21 ss.
- MARTÍN SEPÚLVEDA, Mercedes: «La infracción de los derechos de marca en Internet: metatags, keywords e hipervínculos», en *RDNT*, núm. 5, 2004, pp. 159 ss.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago: «La aplicación judicial de los artículos 81 y 82 CE a partir del 1 de mayo de 2004», en *GJ*, núm. 231, 2004, pp. 4 ss.

- MUZQUIZ VICENTE-ARCHE, J. Ignacio: «La engañosa responsabilidad limitada en las Pymes», en *La Ley*, 2/2004, D-79.
- NAVARRO SUAY, María del Carmen: «Las conductas conscientemente paralelas: revalorización del concepto», en *GJ*, núm. 232, 2004, pp. 49 ss.
- PADRÓS REIG, Carlos: «La articulación de la excepción cultural en el ordenamiento comunitario de defensa de la competencia», en *GJ*, núm. 231, 2004, pp. 83 ss.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio: «Nueva política europea de control de concentraciones: el Reglamento (CE) 139/2004», en *GJ*, núm. 231, 2004, pp. 57 ss.
- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «Variaciones sobre el nuevo régimen comunitario de concentraciones empresariales», en *DN*, núm. 170, 2004, pp. 5 ss.
- PERDICES HUETOS, Antonio B.: «Aprovechamiento indebido de clientela por antiguos empleados. Actos de explotación de la reputación ajena. Captación de clientela de una empresa por empresa formada por antiguos empleados de aquélla y que se presenta como la misma o su sucesora. (Comentario a la STS de 14 de julio de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 599 ss.
- PIGNATELLI, Pilar y CALLOL, Pedro: «Remedios estructurales y revisión judicial en el control de concentraciones», en *REDE*, núm. 10, 2004, pp. 265 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Diseños, propiedad intelectual y propiedad industrial», en *RGLJ*, núm. 2, 2004, pp. 315 ss.
- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Efectos jurídicos de la enajenación de la empresa del concursado», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 259 ss.
- SELLARES SERRA, Jordi: «La patentabilidad de los productos químicos y farmacéuticos desde la perspectiva del Derecho Internacional Público», en *La Ley*, 3/2004, D-114.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio: «Límites al poder sancionador de los órganos nacionales de competencia. (El mercado geográfico como coordenada jurídica básica para establecer el importe de las multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia). ¿Es Goliat siempre culpable?», en *RDM*, núm. 252, 2004, pp. 533 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALONSO UREBA, Alberto: «El artículo 48.2 LC y el marco de relaciones de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC con la responsabilidad de los auditores y con las acciones societarias de responsabilidad de administradores y liquidadores», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 91 ss.
- CABALLERO LOZANO, José M.^a: «El empresario agrícola como miembro de la Sociedad Agraria de Transformación», en *RGLJ*, núm. 2, 2004, pp. 183 ss.

- DIOS MARTÍNEZ, Luis Miguel de: «Los pactos parasociales en la Ley de Transparencia: una cuestión polémica», en *La Ley*, 1/2004, D-7.
- EIZAGUIRRE, José María de: «Diez postulados para otra reforma del Derecho de sociedades», en *RDM*, núm. 252, 2004, pp. 429 ss.
- EMBID IRUJO, José Miguel: «A la búsqueda de un derecho de grupos en Europa», en *GJ*, núm. 231, 2004, pp. 29 ss.
- ESTEBAN RAMOS, Luisa María: «La responsabilidad de las sociedades participantes en la escisión como instrumento de tutela de los acreedores sociales», en *RDS*, núm. 22, 2004, pp. 161 ss.
- FARIAS BATLLÉ, Mercedes: «La junta general ordinaria extemporánea. (Repaso de la jurisprudencia a propósito de la Sentencia 361/2003, del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 3 de abril de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán)», en *RDS*, núm. 22, 2004, pp. 335 ss.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: «El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español», en *RDS*, núm. 22, 2004, pp. 87 ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, Isabel: «El régimen contable durante el período liquidatorio: Intervención de la junta general», en *RDBB*, núm. 95, 2004, pp. 7 ss.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, Ana: «La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada. (I) y (II) La sociedad familiar», en *La Ley*, 1/2004, D-18 y D-19.
- FLORES DOÑA, María de la Sierra: «Los distintos contenidos y efectos del concepto de participación significativa», en *RDS*, núm. 22, 2004, pp. 55 ss.
- GARCÍA VALDECASA BRUTRÓN, José Ángel: «¿Una sociedad para el siglo XXI? La nueva empresa. Comentario a la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa», en *RDNT*, núm. 3, 2003, pp. 19 ss.
- «Breves notas sobre las normas complementarias en desarrollo de la sociedad limitada nueva empresa», en *RDNT*, núm. 4, 2004, pp. 61 ss.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: «La transparencia de las Sociedades Anónimas cotizadas y los pactos parasociales», en *DN*, núm. 165, 2004, pp. 5 ss.
- LAMBEA RUEDA, Ana: «La sociedad cooperativa europea: el reglamento 1435/2003, de 22 de julio», en *RDP*, mayo-junio 2004, pp. 300 ss.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «Concreciones y ampliaciones en el contenido del informe de gestión. (El desarrollo de la exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad y el necesario reflejo de la gestión del riesgo financiero)», en *RDM*, núm. 252, 2004, pp. 569 ss.
- LATORRE CHINER, Nuria: «El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA», en *RDM*, núm. 253, 2004, pp. 853 ss.

- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel: «El director general de las sociedades capitalistas. Un estudio interdisciplinar», en *RDM*, núm. 253, 2004, pp. 977 ss.
- MONTALENTI, Paolo: «La reforma del derecho societario en Italia: aspectos generales», en *RDS*, núm. 22, 2004, pp. 35 ss.
- PEÑAS MOYANO, Benjamín: «De cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado se han ocupado de las menciones de los estatutos de la Sociedad Anónima», en *RDS*, núm. 22, 2004, pp. 253 ss.
- PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «Asegurados, obligaciones y riesgo en el contrato de seguro de Responsabilidad de Administradores y altos ejecutivos», en *La Ley*, 2/2004, D-78.
- RECALDE CASTELLS, Andrés J.: «Los pactos parasociales en la Ley de Transparencia: una cuestión polémica», en *La Ley*, 1/2004, D-25.
- RETORTILLO ATIENZA, Olatz: «Aumento de capital mixto, en parte con cargo a reservas y en parte mediante nuevas aportaciones. (A propósito de la RDGRN de 4 de febrero de 2003 [RJ 2003, 2604])», en *RDS*, núm. 22, 2004, pp. 293 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Informe anual del gobierno corporativo», en *RDBB*, núm. 94, 2004, pp. 7 ss.
- SÁNCHEZ LINDE, Mario: «Agrupación de acciones para la solicitud de auditor en las sociedades anónimas no obligadas a verificación contable», en *DN*, núms. 166-167, 2004, pp. 5 ss.
- SIERRA NOGUERO, Eliseo: «La relevancia de las sociedades de clasificación naval en la seguridad marítima», en *DN*, núm. 169, 2004, pp. 5 ss.
- TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, Javier: «La sociedad nueva empresa: una reflexión crítica», en *RDS*, núm. 22, 2004, pp. 115 ss.
- VAÑÓ VAÑÓ, María José: «Información y gobierno electrónico en las sociedades cotizadas», en *RDBB*, núm. 95, 2004, pp. 77 ss.
- VARGAS VASSEROT, Carlos: «El derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de Sociedades», en *RDS*, núm. 22, 2004, pp. 305 ss.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La legitimación activa de los administradores concursales para el ejercicio de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en *La Ley*, 2/2004, D-84.
- VILCHES TRASSIERRA, Antonio: «Las personas jurídicas y la firma electrónica en la Ley 59/2003», en *RDNT*, núm. 6, 2004, pp. 55 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- ADRIÁN ARNÁIZ, Antonio Javier: «El alcance extraterritorial de las normas nacionales sobre el secreto bancario y la libre prestación de servicios en el marco de la Unión Europea», en *RDBB*, núm. 95, 2004, pp. 157 ss.

- MARTÍNEZ MERCADO, Manuel: «Comentarios al texto del Real Decreto de regulación de las cuotas participativas de las Cajas de Ahorros», en *RDBB*, núm. 95, 2004, pp. 211 ss.
- SANTOS VARA, Juan: «La independencia del Banco Central Europeo y del Banco Europeo de Inversiones frente a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). (Comentario a las sentencias del TJCE de 10 de julio de 2003, Comisión c. BCE y Comisión c. BEI)», en *RDCE*, núm. 17, 2004, pp. 237 ss.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio: «Límites al poder sancionador de los órganos nacionales de competencia. (El mercado geográfico como coordenada jurídica básica para establecer el importe de las multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia). ¿Es Goliat siempre culpable?», en *RDM*, núm. 252, 2004, pp. 533 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- ÁLVAREZ DE BENITO, Pedro: «Del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y la consignación del asegurador», en *RGLJ*, núm. 4, 2003, pp. 511 ss.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «El seguro a primer riesgo», en *La Ley*, 3/2004, D-108.
- COLINA MEDIAVILLA, José Luis: «El leasing financiero en Italia», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 101 ss.
- ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo de la: «La prenda de carteras dinámicas. Cuestiones prácticas», en *AAMN*, tomo XLII, pp. 55 ss.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «El Proyecto de Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: aspectos básicos», en *La Ley*, 1/2004, D-31.
- FLORES DOÑA, María de la Sierra: «El leasing financiero internacional en el Tratado UNIDROIT», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 171 ss.
- GARCÍA SOLÉ, Fernando: «El leasing en la práctica mercantil. Aspectos generales», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 263 ss.
- GARCÍA VILLAVERDE, Rafael: «El *leasing* en el marco de los contratos par bancarios llamados *de financiación*», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 15 ss.
- «Extinción del contrato. La quiebra en particular», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 211 ss.
- GISBERT ZAMARO, Marta: «El arbitraje institucional en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre», en *DN*, núm. 168, 2004, pp. 5 ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «Aproximación al contrato de leasing financiero inmobiliario», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 231 ss.
- IGLESIAS REBOLLO, César: «Otra forma de distribuir software: las licencias de software libre o de código abierto», en *RGLJ*, núm. 2, 2004, pp. 219 ss.

- MAGRO SERVET, Vicente: «Los juzgados de los mercantil y su competencia en materia de arbitraje», en *La Ley*, 3/2004, D-128.
- MARTÍNEZ GIJÓN MACHUCA, Pablo: «Consecuencias de la *intromisión* de normas jurídico-públicas en la regulación del contrato de transporte nacional de mercancías por carretera», en *RDM*, núm. 253, 2004, pp. 1005 ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María Teresa: «La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 41 ss.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A.: «Principales puntos de contacto entre el derecho de consumo y el contrato de franquicia en el Derecho argentino», en *RGLJ*, núm. 1, 2004, pp. 35 ss.
- MORRAL SOLDEVILLA, Ramón: «La compensación por clientela vitalicia en el contrato de agencia mercantil y la prescripción de la acción. (Reflexiones a propósito de un caso singular)», en *RDM*, núm. 252, 2004, pp. 597 ss.
- PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «Asegurados, obligaciones y riesgo en el contrato de seguro de Responsabilidad de Administradores y altos ejecutivos», en *La Ley*, 2/2004, D-78.
- PINTO RUIZ, Juan José: «Incidencia de la Ley Concursal en la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas», en *RDM*, núm. 252, 2004, pp. 651 ss.
- TAPIA SÁNCHEZ, María Rosa: «Régimen jurídico del *leasing* en Portugal», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 133 ss.
- TORRES ZAPATERA, Mariano: «El arrendamiento financiero en el Derecho inglés», en *CDC*, núm. 40, 2003, pp. 69 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- PEITEADO MARISCAL, Pilar: «La *exceptio non rite adimpleti contractus* en la oposición al juicio cambiario», en *RDBB*, núm. 95, 2004, pp. 235 ss.
- ZURIMENDI ISLA, Aitor: «Pluralidad de acciones y procesos en la entrega de títulos cambiarios», en *RDBB*, núm. 95, 2004, pp. 185 ss.
- «Efectos de la emisión o transmisión de títulos cambiarios sobre la relación subyacente», en *RDM*, núm. 253, 2004, pp. 901 ss.

DERECHO CONCURSAL

- ALEMANY EGUIDAZU, Jesús: «Subordinación contractual y subordinación concursal», en *La Ley*, 2/2004, D-94.
- ALONSO UREBA, Alberto: «El artículo 48.2 LC y el marco de relaciones de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC con la responsabilidad de los auditores y con las acciones societarias de responsabilidad de administradores y liquidadores», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 91 ss.

- ARROYO ÁLVAREZ DE TOLEDO, Francisco y GABEIRAS VÁZQUEZ, Patricia: «¿Cómo afectará la nueva Ley Concursal a los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos en curso?», en *DN*, núms. 166-167, 2004, pp. 17 ss.
- BELTRÁN, Emilio y TIRADO, Ignacio: «La prohibición de autocontratación de los administradores concursales», en *ADCon*, núm. 1, 2004, pp. 87 ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Competencia internacional y procedimientos principales de insolvencia en el Reglamento 1346/2000», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 157 ss.
- CAMBRONERO GINER, Ariadna: «Aspectos procesales e internacionales de la Ley Concursal», en *La Ley*, 2/2004, D-85.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis: «Competencia internacional y procedimientos principales de insolvencia en el Reglamento 1346/2000», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 157 ss.
- COLINO MEDIAVILLA, José Luis: «A propósito de la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor (artículo 40 de la LC)», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 239 ss.
- CORDÓN, Faustino: «La intervención judicial en el convenio», en *ADCon*, núm. 1, 2004, pp. 127 ss.
- CUGAT MAURI, Miriam: «El impacto de la nueva Ley Concursal en el delito de quiebra», en *La Ley*, 1/2004, D-11.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «Concurso y garantías personales», en *ADCon*, núm. 2, 2004, pp. 21 ss.
- DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, Vicente: «Aspectos generales y registrales de la Ley Concursal 22/2002, de 9 de julio», en *RCDI*, núm. 628, 2004, pp. 817 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «El privilegio general de los créditos por cesión de derechos de autor y por trabajo personal no dependiente dentro de la Ley Concursal», en *La Ley*, 1/2004, D-36.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: «Consideraciones del concurso del patrimonio especial para la protección de las personas con discapacidad», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 43 ss.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel: «Algunas cuestiones sobre la petición de concurso voluntario», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 73 ss.
- FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis: «La importancia de los créditos salariales y de las cuestiones laborales en general, en la Ley Concursal», en *RCDI*, núm. 628, 2004, pp. 871 ss.
- «Algunas consideraciones sobre la propuesta de convenio en la Ley Concursal (arts. 99 a 103)», en *RCDI*, núm. 683, 2004, pp. 1315 ss.
- GABEIRAS VÁZQUEZ, Patricia y ARROYO ÁLVAREZ DE TOLEDO, Francisco: «¿Cómo afectará la nueva Ley Concursal a los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos en curso?», en *DN*, núms. 166-167, 2004, pp. 17 ss.

- GARCÍA-CRUCES, José Antonio: «De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa», en *ADCon*, núm. 2, 2004, pp. 43 ss.
- GARCÍA-PERROTE, Ignacio: «Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos», en *ADCon*, núm. 1, 2004, pp. 157 ss.
- GÓMEZ MARTÍN, Fernando: «El valor de bienes y derechos en el concurso», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 205 ss.
- GONZÁLEZ BILBAO, Emilio: «Identificación de los *intereses concurrentes* y del *interés del concurso* en la nueva Ley Concursal», en *RDBB*, núm. 94, 2004, pp. 167 ss.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María: «Los recursos en el proceso concursal», en *La Ley*, 3/2004, D-140.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J.: «Doctrina del Tribunal Constitucional en materias concursales», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 27 ss.
- LINARES GIL, Maximino: «Créditos tributarios en la Ley Concursal, Ley General Tributaria y Ley General Presupuestaria: ¿una contrarreforma?», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 251 ss.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura: «El convenio de liquidación de los bienes del deudor al amparo de la nueva Ley Concursal», en *RDP*, núm. 13, 2004, pp. 85 ss.
- MANZANARES SECADES, Alberto: «Algunos apuntes sobre los créditos subordinados en la nueva Ley concursal», en *La Ley*, 2/2004, D-86.
- MARTÍN REYES, María de los Ángeles: «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», en *RCDI*, núm. 628, 2004, pp. 913 ss.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «Los deberes de comparecencia, colaboración e información», en *ADCon*, núm. 1, 2004, pp. 191 ss.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: «La administración concursal», en *La Ley*, 3/2204, D-148.
- MONTÉS, Vicente: «El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal», en *ADCon*, núm. 1, 2004, pp. 49 ss.
- MUÑOZ PAREDES, María Luisa: «Sobre la separación del dinero en la quiebra», en *RDBB*, núm. 94, 2004, pp. 117 ss.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Reforma concursal española y doctrina jurídica», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 19 ss.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar: «Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal», en *La Ley*, 3/2204, D-129.
- PERDIGUERO BAUTISTA, Eduardo: «La especialización judicial mercantil. Avanzando hacia una justicia ágil, moderna y eficaz», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 191 ss.

- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: «El concurso de la herencia», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 53 ss.
- PINTO RUIZ, Juan José: «Incidencia de la Ley Concursal en la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas», en *RDM*, núm. 252, 2004, pp. 651 ss.
- PUEBLA PINILLA, Ana de la y RÍOS SALMERÓN, Bartolomé: «El procedimiento concursal y los contratos de trabajo», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 109 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «El contenido dilatorio y remisorio del convenio concursal y las ayudas de Estado», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 131 ss.
- RÍOS SALMERÓN, Bartolomé y PUEBLA PINILLA, Ana de la: «El procedimiento concursal y los contratos de trabajo», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 109 ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «El artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas: sobre el plazo de dos meses y los efectos del convenio concursal. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (1.^a) de 23 de febrero de 2004», en *ADCon*, núm. 2, 2004, pp. 83 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Concurrencia y prelación de créditos en el CC y en la legislación concursal», en *RGLJ*, núm. 1, 2004, pp. 103 ss.
- ROJO, Ángel: «La adhesión de los acreedores», en *ADCon*, núm. 1, 2004, pp. 11 ss.
- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Efectos jurídicos de la enajenación de la empresa del concursado», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 259 ss.
- «La enajenación de la empresa en la nueva Ley Concursal», en *RDS*, núm. 22, 2004, pp. 115 ss.
- SANJUÁN MUÑOZ, Enrique: «El procedimiento de insolvencia en el ámbito europeo y su coordinación en la Ley Concursal 22/2003», en *RPJ*, núm. 72, 2003, pp. 183 ss.
- «La revisión jurisdiccional de la calificación del Registrador Mercantil. Estudio del 86 ter 2 apartado e) de la LOPJ, según la modificación de la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal», en *La Ley*, 1/2004, D-28.
- TIRADO, Ignacio y BELTRÁN, Emilio: «La prohibición de autocontratación de los administradores concursales», en *ADCon*, núm. 1, 2004, pp. 87 ss.
- TRIGO SIERRA, Eduardo: «Aspectos procesales e internaciones de la Ley Concursal», en *La Ley*, 2/2004, D-85.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La legitimación activa de los administradores concursales para el ejercicio de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en *La Ley*, 2/2004, D-84.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás: «La financiación de los concesionarios de obras públicas mediante la titulización y el nuevo derecho concursal», en *RDBB*, núm. 95, 2004, pp. 123 ss.

VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes: «Noticia y reflexión general sobre la aplicación a las entidades aseguradoras en estado de insolvencia de las últimas modificaciones legales», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 275 ss.

VILLORIA RIVERA, Íñigo: «Algunos apuntes sobre los créditos subordinados en la nueva Ley concursal», en *La Ley*, 2/2004, D-86.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Régimen de protección de las especies animales, con especial referencia a las medidas de protección derivadas del Derecho comunitario», en *RDA*, núm. 6, 2004, pp. 99 ss.

ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario: «La articulación urbanística del fomento de la vivienda protegida», en *RUE*, núm. 9, 2004, pp. 15 ss.

ANTÓN OLIVA, Ángel y SANZ JUSDADO, Ignacio: «¿Reversión de terrenos cedidos a la Administración libre, gratuita y obligatoriamente en ejecución del planeamiento urbanístico? (Comentario a la Sentencia de 7 de julio de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo)», en *RUE*, núm. 9, 2004, pp. 149 ss.

ARENAS CABELLO, Francisco J.: «Las competencias profesionales de los aparejadores y arquitectos técnicos: la Ley 12/1986, de Atribuciones, y la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación», en *RUE*, núm. 8, 2003, pp. 17 ss.

CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Ángel: «El turismo residencia en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», en *RDU*, núm. 212, 2004, pp. 129 ss.

CARAZA CRISTÍN, María del Mar: «La doctrina del Tribunal Supremo en la valoración del suelo para sistemas generales y dotaciones locales, con especial referencia a la aplicación del precio del suelo de las viviendas de protección oficial», en *RUE*, núm. 8, 2003, pp. 117 ss.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «La deficiente regulación del riesgo electromagnético derivado de las instalaciones eléctricas», en *RDA*, núm. 6, 2004, pp. 77 ss.

DOMÍNGUEZ CORRALES, José Ignacio: «Las dotaciones de los planes parciales en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», en *RUE*, núm. 8, 2003, pp. 37 ss.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «Algunas consideraciones sobre la reciente Ley 10/2003, de 20 de mayo, de Medidas Urgentes de Liberalización en el sector inmobiliario y transportes», en *RUE*, núm. 8, 2003, pp. 101 ss.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, José Antonio: «Derecho transitorio en la nueva Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, 7/2002, de 17 de diciembre (LOUA)», en *RDU*, núm. 210, 2004, pp. 75 ss.

- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «Las leyes desreguladoras, causa directa de la subida del precio del suelo», en *RDU*, núm. 211, 2004, pp. 39 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «Retos del nuevo Reglamento de Urbanismo de Castilla y León (y de la legislación urbanística autonómica en general)», en *RUE*, núm. 9, 2004, pp. 45 ss.
- JUNCEDA MORENO, Javier: «Los residuos mineros. Disciplina extractiva y ambiental a la luz del Derecho histórico, régimen vigente y experiencias comparadas», en *RDU*, núm. 210, 2004, pp. 175 ss.
- LASO BAEZA, Vicente: «El régimen temporal para la formalización de la iniciativa en el sistema de compensación según la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid», en *RDU*, núm. 210, 2004, pp. 49 ss.
- LÓPEZ-RAMÓN, Fernando: «Fundamentos y tendencias del urbanismo supranacional europeo», en *RUE*, núm. 9, 2004, pp. 71 ss.
- LORENTE TALLADA, José Luis: «Objeto y contenido de los programas de actuación integrada en la Comunidad Valenciana», en *RDU*, núm. 212, 2004, pp. 95 ss.
- MOREU CARBONELL, Elisa: «Régimen jurídico de los residuos mineros», en *RDA*, núm. 6, 2004, pp. 43 ss.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba: «Aproximación a la acción estatal de prevención de catástrofes marítimas. Fallos evidentes y cambios insuficientes», en *RDA*, núm. 6, 2004, pp. 31 ss.
- PALAU NAVARRO, José Manuel: «La gestión del suelo urbano en la legislación urbanística valenciana», en *RDU*, núm. 211, 2004, pp. 13 ss.
- PÉREZ MARÍN, Antonio: «El principio de igualdad: los jurados provinciales de expropiación forzosa y los jurados territoriales de expropiación autonómicos», en *RUE*, núm. 9, 2004, pp. 111 ss.
- PERNAS GARCÍA, J. José: «El contexto jurídico-político actual de la intervención administrativa en el control de la contaminación industrial», en *RDU*, núm. 212, 2004, pp. 197 ss.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: «La nueva Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra», en *RUE*, núm. 8, 2003, pp. 45 ss.
- ROMERO REY, Carlos: «Los límites a la potestad de planeamiento urbanístico», en *RDU*, núm. 210, 2004, pp. 11 ss.
- RUIZ ARNÁIZ, Guillermo: «La participación de la Comunidad en las plusvalías urbanísticas. Su concreción en la legislación de urbanismo de Castilla y León», en *RDU*, núm. 210, 2004, pp. 119 ss.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «La Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia (LOUGA), y las Circulares Informativas de 31 de julio de 2003», en *RUE*, núm. 8, 2003, pp. 69 ss.

- SANZ JUSDADO, Ignacio y ANTÓN OLIVA, Ángel: «¿Reversión de terrenos cedidos a la Administración libre, gratuita y obligatoriamente en ejecución del planeamiento urbanístico? (Comentario a la Sentencia de 7 de julio de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo)», en *RUE*, núm. 9, 2004, pp. 149 ss.
- SARMIENTO ACOSTA, Manuel J.: «Pacto local y urbanismo», en *RDU*, núm. 212, 2004, pp. 11 ss.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard: «Elementos estructurales y niveles de la planificación en el Derecho alemán (con especial referencia al «sistema de planeamiento territorial»)», en *RDA*, núm. 6, 2004, pp. 15 ss.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel: «La doctrina del Tribunal Supremo en la valoración del suelo para sistemas generales y dotaciones locales, con especial referencia a la aplicación del precio del suelo de las viviendas de protección oficial», en *RUE*, núm. 8, 2003, pp. 111 ss.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio: «Introducción general: la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Apuntes de derecho comparado. Idea general de los instrumentos de intervención en el mercado del suelo», en *RUE*, núm. 9, 2004, pp. 81 ss.
- URRACA CAVIADES, Carlos: «La equidad en la ejecución del planeamiento urbanístico y los parámetros que se utilizan para su medida», en *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1711 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ACEDO PENSO, Ángel: «La aplicación de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y su incidencia en los ordenamientos internos. Modificaciones normativas e interpretaciones jurisprudenciales. La oportunidad de una reforma en profundidad», en *GJ*, núm. 232, 2004, pp. 29 ss.
- BATALLA TRILLA, Anna: «Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario», en *La Ley*, 2/2004, D-92.
- BERENGUER FUSTER, Luis: «Análisis crítico de la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual», en *GJ*, núm. 231, 2004, pp. 12 ss.
- CALLOL, Pedro y PIGNATELLI, Pilar: «Remedios estructurales y revisión judicial en el control de concentraciones», en *REDE*, núm. 10, 2004, pp. 265 ss.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando: «Conductas anticompetitivas impuestas o fomentadas por los Estados Miembros: deberes de los órganos que aplican el derecho de la competencia y responsabilidad de las empresas. (Comentario a la sentencia *Consortio Industrie Fiammiferi*, de 9 de septiembre de 2003)», en *RDCE*, núm. 17, 2004, pp. 161 ss.

- COBREROS MENDAZONA, Edorta: «La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario», en *REDE*, núm. 10, 2004, pp. 289 ss.
- CRESPO NAVARRO, Elena: «La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia», en *RDCE*, núm. 18, 2004, pp. 531 ss.
- EMBED IRUJO, José Miguel: «A la búsqueda de un derecho de grupos en Europa», en *GJ*, núm. 231, 2004, pp. 29 ss.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: «El control por el Juez europeo de las decisiones sobre concentración de empresas. (Un ejemplo de control, libre de prejuicios, del correcto ejercicio del poder discrecional)», en *REDE*, núm. 7, 2003, pp. 501 ss.
- FRAILE ORTIZ, María: «Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas», en *REDE*, núm. 7, 2003, pp. 433 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «La europeización del Derecho Privado y el Derecho de OPAs español», en *REDE*, núm. 11, 2004, pp. 343 ss.
- GARRIDO RUIZ, Fulgencio: «Novedades aportadas por el nuevo Reglamento núm. 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 CE», en *GJ*, núm. 231, 2004, pp. 71 ss.
- GIL IBÁÑEZ, Alberto J.: «Principio de primacía del Derecho europeo y Constitución española: límites y consecuencias de la cesión de soberanía tras la nueva Constitución europea», en *GJ*, núm. 232, 2004, pp. 3 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la *armonización mínima* en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores», en *GJ*, núm. 233, 2004, pp. 33 ss.
- «La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *RDCE*, núm. 17, 2004, pp. 47 ss.
- HEREDIA CERVANTES, Iván: «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», en *REDE*, núm. 9, 2004, pp. 55 ss.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: «La unificación de la supervisión prudencial de las entidades de crédito en la Unión Europea», en *REDE*, núm. 5, 2003, pp. 47 ss.
- LAMBEA RUEDA, Ana: «La sociedad cooperativa europea: el reglamento 1435/2003, de 22 de julio», en *RDPPr*, mayo-junio 2004, pp. 300 ss.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio: «Acercas de la delimitación de competencias en el proyecto constitucional de la UE», en *RDCE*, núm. 18, 2004, pp. 433 ss.

- «¿Cerrar o cuadrar el círculo? A propósito de la revisión del sistema de fuentes del Derecho de la UE», en *REDE*, núm. 5, 2003, pp. 47 ss.
- MARCOS GONZÁLEZ LECUONA, María: «El sistema arbitral español de consumo en el marco normativo de la Unión europea», en *La Ley*, 2/2004, D-72.
- MEDRANO, Sabiniano y TRAMOYERES, Pablo: «¿Son inconstitucionales las normas sancionadoras de la Ley de Defensa de la Competencia? (Reconsideración a la luz de la doctrina de la Sentencia 100/2003, del Tribunal Constitucional)», en *GJ*, núm. 231, 2004, pp. 97 ss.
- MIGUEL ASENSIO, Pedro A. de: «Avances en la interpretación de la normativa comunitaria sobre protección de datos personales», en *La Ley*, 1/2004, D-50.
- NAVARRO SUAY, María del Carmen: «Las conductas conscientemente paralelas: revalorización del concepto», en *GJ*, núm. 232, 2004, pp. 49 ss.
- NETTESHEIM, Martín: «El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario/de la Unión», en *REDE*, núm. 6, 2003, pp. 291 ss.
- PADRÓS REIG, Carlos: «La articulación de la excepción cultural en el ordenamiento comunitario de defensa de la competencia», en *GJ*, núm. 231, 2004, pp. 83 ss.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio: «Nueva política europea de control de concentraciones: el Reglamento (CE) 139/2004», en *GJ*, núm. 231, 2004, pp. 57 ss.
- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «Variaciones sobre el nuevo régimen comunitario de concentraciones empresariales», en *DN*, núm. 170, 2004, pp. 5 ss.
- PÉREZ CARRILLO, E. F.: «Protección de invenciones sobre materia biológica humana en el Derecho Comunitario», en *RDM*, núm. 252, 2004, pp. 621 ss.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen: «La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la efectiva protección de los derechos comunitarios de los particulares. (A propósito de la sentencia del TEDH en el asunto Dangeville c. Francia)», en *REDE*, núm. 8, 2003, pp. 737 ss.
- PESCATORE, Pierre: «Monismo, dualismo y *efecto útil* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *REDE*, núm. 9, 2004, pp. 5 ss.
- PIGNATELLI, Pilar y CALLOL, Pedro: «Remedios estructurales y revisión judicial en el control de concentraciones», en *REDE*, núm. 10, 2004, pp. 265 ss.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (A propósito de las SSTJCE, asuntos K.B. y García Avello)», en *RDCE*, núm. 18, 2004, pp. 507 ss.

- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: «El Consejo Constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del Juez comunitario para examinar la validez de una Directiva», en *RDCE*, núm. 18, 2004, pp. 393 ss.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «Contrato de Agencia y Derecho comunitario: ¿nuevas perspectivas procesales», en *REDE*, núm. 7, 2003, pp. 467 ss.
- «El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental», en *La Ley*, 1/2004, D-25.
- SAIZ ARNÁIZ, Alejandro: «El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución de conformidad con el derecho internacional y europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de desafortunada jurisprudencia constitucional», en *REDE*, núm. 5, 2003, pp. 123 ss.
- SANJUÁN MUÑOZ, Enrique: «El procedimiento de insolvencia en el ámbito europeo y su coordinación en la Ley Concursal 22/2003», en *RPJ*, núm. 72, 2003, pp. 183 ss.
- SANTOS VARA, Juan: «La independencia del Banco Central Europeo y del Banco Europeo de Inversiones frente a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). (Comentario a las sentencias del TJCE de 10 de julio de 2003, Comisión c. BCE y Comisión c. BEI)», en *RDCE*, núm. 17, 2004, pp. 237 ss.
- SANZ CABALLERO, Susana: «Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo *versus* Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)», en *RDCE*, núm. 17, 2004, pp. 161 ss.
- SORIANO PONS, Inés: «La firma electrónica y su regulación en la Directiva 1999/93, de la Unión Europea», en *RDNT*, núm. 6, 2004, pp. 111 ss.
- TRAMOYERES, Pablo y MEDRANO, Sabiniano: «¿Son inconstitucionales las normas sancionadoras de la Ley de Defensa de la Competencia? (Reconsideración a la luz de la doctrina de la Sentencia 100/2003, del Tribunal Constitucional)», en *GJ*, núm. 231, 2004, pp. 97 ss.
- VARGAS VASSEROT, Carlos: «El derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de Sociedades», en *RDS*, núm. 22, 2004, pp. 305 ss.

DERECHO PROCESAL

- AGUILAR GRIEDER, Hilda: «Eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras y procesos contradictorios», en *RPJ*, núm. 72, 2003, pp. 123 ss.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, Ignacio: «Mecanismos de justicia preventiva en Europa», en *AAMN*, tomo XLII, pp. 9 ss.
- BERROCAL JAIME, Ángel: «Las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil durante el último trimestre de 2003», en *La Ley*, 1/2004, D-39.

- CARRANZA CANTERA, Francisco Javier: «Proceso monitorio y reclamación de intereses».
- CHOZAS ALONSO, José Manuel: «La ejecución provisional de sentencias y la libertad de expresión», en *RPJ*, núm. 73, 2004, pp. 101 ss.
- DAMIÁN MORENO, Juan: «La inquietante doctrina jurisprudencial en torno a la determinación del *dies a quo* para la enervación del desahucio», en *La Ley*, 1/2004, D-15.
- FRAILE ORTIZ, María: «Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas», en *REDE*, núm. 7, 2003, pp. 433 ss.
- GISBERT ZAMARO, Marta: «El arbitraje institucional en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre», en *DN*, núm. 168, 2004, pp. 5 ss.
- HEREDIA CERVANTES, Iván: «Exequátur de resolución judicial confirmatoria de laudo arbitral. (Comentario a la STS de 9 de octubre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 749 ss.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: «Cosa juzgada negativa. Eficacia de la sentencia dictada en proceso penal respecto del proceso civil ulterior cuando la acción civil fue ejercitada en aquél o no se hizo reserva de acciones. (Comentario a la STS de 12 de septiembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, pp. 649 ss.
- JAUME, Andrés: «Análisis del sistema informático judicial de gestión procesal. Una aproximación a su auditoría», en *RGLJ*, núm. 2, 2004, pp. 247 ss.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María: «El Derecho procesal como sistema de garantías», en *La Ley*, 1/2004, D-12.
- MANZANO SOLANO, Antonio: «Certificación registral: valor probatorio en el proceso», en *RCDI*, núm. 683, 2004, pp. 1255 ss.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia: «Competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer del procedimiento de exequátur. (Reflexiones a raíz de la modificación de las normas de la LEC de 1881, por la LO 19/2003 y por la L 62/2003)», en *La Ley*, 3/2204, D-132.
- PERDIGUERO BAUTISTA, Eduardo: «La especialización judicial mercantil. Avanzando hacia una justicia ágil, moderna y eficaz», en *RDCP*, núm. 1, 2004, pp. 191 ss.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «Contrato de Agencia y Derecho comunitario: ¿nuevas perspectivas procesales», en *REDE*, núm. 7, 2003, pp. 467 ss.
- TÉLLEZ LAPEIR, Antonio: «Materiales para una urgente y necesaria reforma en la regulación de la subasta en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 3/2004, D-105.
- TOMÉ TAMAME, José Carlos: «La cosa juzgada formal y la cosa juzgada material», en *La Ley*, 1/2004, D-32.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
RDP	Revista de Derecho Patrimonial
RDPr.	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMAQUERO GIL.**

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. La ley aplicable. El reenvío del artículo 12.2 CC.–El reenvío de primer grado, supuestos en los que la *lex formalis causae* reenvía a la ley española, es un instrumento que da lugar a la flexibilización del sistema. Se posibilita al Juez sustituir la conexión prevista en la *lex formalis fori* por la conexión prevista en la *lex formalis causae*.

Han de destacarse las SS de 15 de noviembre de 1996 y de 21 de mayo de 1999, aun siendo los supuestos fácticos diferentes, así como la de 23 de septiembre de 2002, afirmando esta última, en cuanto al derecho inglés como ley

personal del causante, que la aplicación de la ley española cuando existen muebles e inmuebles sitios en España, no es contraria a los principios de unidad y universalidad en la sucesión. (STS de 17 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don C. J. D., de nacionalidad británica, contrajo matrimonio con doña E. M. B., de cuya unión nacieron tres hijos. Don C. quedó viudo y posteriormente fijó su residencia en Torremolinos (Málaga) donde adquirió una vivienda en escritura pública. Tres años más tarde contrajo matrimonio con la demandada doña R. Z. y en 1991 falleció en Málaga. Doña R. Z. otorgó escritura pública aceptando la herencia de su fallecido esposo intestado. Los tres hijos del fallecido demandan a la esposa de éste solicitando la aplicación de la legislación española a la sucesión, la apertura de la sucesión intestada con declaración de herederos *ab intestato*, así como la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, que fue recurrida en apelación. La Audiencia Provincial de Málaga estimó el recurso revocando la sentencia de primera instancia. Se recurre en casación con base en la vulneración del artículo 12.2 CC. (P. S. S.)

2. Ejercicio abusivo del derecho.—Para reconocer el ejercicio abusivo de un derecho la jurisprudencia cree necesaria la presencia de intención de dañar, o la utilización del derecho de manera anormal y contraria a la convivencia (SS de 20 de febrero de 1992 y 11 de julio de 1994.) El remedio del abuso del derecho es extraordinario, por lo que únicamente es posible acudir al mismo en casos manifiestos, sin que pueda existir beneficio alguno para el que lo ejercita, sólo con propósito de causar daño a otro interés jurídico.

La puesta en marcha del mecanismo judicial por aquel que le corresponde no debe considerarse como ejercicio abusivo del derecho, sin que se traspasen los límites de la equidad y de la buena fe, al oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit* (SS de 27 de febrero de 1958, 4 de marzo de 1959, 7 de junio de 1960, 17 de abril y 17 de noviembre de 1965, 12 de febrero de 1966, y más recientemente, 30 de junio de 1998). La excepción a esta afirmación se encuentra en los casos en los que el Tribunal hubiese declarado su culpabilidad por carencia de justa causa para accionar (SS de 4 de abril de 1932, 20 de abril de 1933 y 13 de junio de 1942). (STS de 4 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se solicitó por la demandante división de cosa común frente a los restantes condueños, ya que aun existiendo un pacto de no división de cosa común, la situación de jubilación del demandante determinaba el agotamiento del pacto, argumentándose posteriormente en el recurso de casación por los demandados que el pacto se mantenía eficaz mientras uno o cualquiera de los condueños se encontrase en activo en la sociedad, aunque no se alegó en el escrito de contestación a la demanda. Se dictó sentencia en la que se desestimó la demanda ya que, aunque estimó la existencia de pacto de conservar la cosa indivisa, dicho pacto se había agotado, quedando firme dicho extremo al no llevarse a debate en apelación. Fue impugnada en

grado de apelación por la actora, estimando la Audiencia el recurso de apelación, revocando la sentencia y declarando haber lugar a la división de cosa común, procediéndose en la forma prevista en el artículo 404 CC. Dicha resolución es recurrida por todos los demandados, por infracción del artículo 400.2 CC, e inaplicación de los artículos 1281, 1283, 1284 y 1285, así como 7 y 1258 CC, entendiéndose que se ha ejercitado el derecho contra las exigencias de la buena fe, al buscar el solo propósito de dañar y perjudicar a los demás condóminos, incluso interponiendo una querrela y denuncia en la Inspección de Trabajo de Madrid. (P. S. S.)

3. Compraventa de acciones. En casación no cabe plantear cuestiones nuevas.—Lo que se plantea es una cuestión nueva que ya fue rechazada por el Tribunal de Instancia, al no estar integrada en el debate procesal, por lo que el motivo ha de ser rechazado, ya que la doctrina jurisprudencial conocida y reiterada declara que no es procedente promover cuestiones nuevas en casación, pues ello supondría instaurar situación de indefensión para la otra parte con ataque frontal al principio procesal de contradicción (SS, entre otras muy numerosas, de 28 de octubre y 13 de diciembre de 1992, 7 de junio de 1996, 28 de diciembre de 1999, 29 de febrero, 27 de abril, 10 de junio y 10 y 31 de julio de 2000).

Aquí la cuestión de referencia no se aportó en la etapa alegatoria o expositiva del proceso y lo fue en el recurso de apelación, por lo tanto su alegación resulta extemporánea por no haberse incorporado al escrito de contestación a la demanda, lo que impide el debate casacional sobre la misma (S de 1 de febrero de 2000).

El motivo se rechaza.

No abusa de su derecho quien ejercita sus acciones en tiempo oportuno, aunque no lo haga inmediatamente después de producirse la lesión del mismo.—Está dedicado el motivo segundo a aducir infracción del artículo 7.2 CC y doctrina jurisprudencial, para argumentar que la actuación del demandante constituye abuso de derecho, toda vez que ejercitó en forma tardía la acción de reclamación de las cantidades adeudadas por consecuencia de la venta de acciones llevada a cabo y su conducta pasiva había hecho creer al demandado que no tenía intención de reclamar en ningún momento las cantidades debitadas.

El argumento se presenta inconsistente, pues al demandante le asiste el derecho de ser reintegrado en el precio aplazado y por ello reclamarlo ante su impago en tanto esté viva la acción.

No puede el que recurre imponer y marcar un tiempo para su ejercicio y el hecho de no haber tenido lugar con inmediatez no significa abandono del derecho y menos representa conducta abusiva, pues si bien los derechos subjetivos tienen unos límites de orden moral tecnológico o social y cuando se obra en su aparente ejercicio, traspasando en realidad los límites impuestos a los mismos por la equidad o la buena fe, y causando daño, es cuando el actuar resulta abusivo, pues se ejercita un derecho que realmente la ley no le ha concedido, pero no cuando se trata de derechos que legalmente corresponden a quien postula su reconocimiento judicial (S de 25 de septiembre de 1996, que cita la emblemática de 14 de febrero de 1994). Esto es lo que aquí ha ocurrido, al asistir al demandante adecuado y probado interés legítimo (S de 5 de marzo de 1991).

La mala fe debe probarse, al igual que la concurrencia de actos propios del acreedor indicadores de su voluntad de no reclamar la deuda pendiente.—Tanto el abuso de derecho como la buena fe, son cuestiones jurídicas que han de resultar de las premisas de hecho establecidas por la sentencia recurrida. El concepto de buena fe en sí es jurídico, pero requiere su ausencia la correspondiente prueba y aquí sucede que nada se demostró respecto a la concurrencia de acto propio alguno acreditativo de la voluntad del demandante de no tener intención de reclamar la deuda, así como de haber renunciado al derecho del percibo del precio aplazado pendiente.

Ninguna actuación cabe atribuir al actor que ponga de relieve la extinción de un derecho y su alegada pasividad en el ejercicio del mismo no constituye acto propio vinculante, como pretende el recurrente (S de 8 de marzo de 1991).

Tampoco es de apreciar actuación contradictoria de la buena fe, ya que el demandante ejercitó por medio del pleito un derecho legítimo, entendiéndose la buena fe en su sentido objetivo como comportamiento justo y adecuado consistente en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto (SS de 13 de febrero de 1991, 9 de octubre de 1993, 8 de junio de 1994 y 17 de febrero de 1996).

El motivo se rechaza.

El plazo de prescripción de la acción de cumplimiento de una obligación con prestaciones únicas como las derivadas del contrato en cuestión es el establecido en el artículo 1964 CC y no el previsto en el artículo 1966.3.º CC.—El artículo 1966.3.º no contempla las situaciones en las que la prestación debida es única, y con tal carácter prevista por los contratantes, a lo que no es óbice que para facilitar el cumplimiento del deudor se hubiera convenido entregas periódicas del precio, pero estos pagos fraccionados no alteran el derecho del acreedor al total inicialmente determinado, lo que también procede respecto al total del resto que hubiera quedado sin abonar cuya reclamación conjunta se efectúa, conforme a las SS de 27 de noviembre de 1923, 16 de mayo de 1942, 31 de enero de 1980, 16 de octubre de 1984 y 31 de diciembre de 1985, que decretan que no procede la aplicación del referido precepto 1966.3.º cuando se trata de hacer efectivo el total de pagos independientes, pues rige el plazo prescriptivo de quince años que establece el artículo 1964 para el ejercicio de acciones personales, como aquí sucede y atendiendo a las previsiones contractuales libremente pactadas por los litigantes.

En relación a lo que se deja expuesto se impone atender a la eficacia del negocio y lo que constituye la deuda principal, toda vez que la prestación concertada para su pago ostenta carácter de unitaria a pesar de haberse pactado su abono por fracciones para lograr su mejor cumplimiento (S de 17 de marzo de 1994).

El motivo no prospera. (STS de 31 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El vendedor de un paquete de acciones reclama al comprador el pago del precio aún pendiente por satisfacer, obteniendo pronunciamientos favorables a sus pretensiones tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación. Interpuesto el recurso de casación por el demandado condenado, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

4. Doctrina de los actos propios.—Para la aplicación de la doctrina de los actos propios, es imprescindible que se produzca en el otro una fundada confianza, de tal manera que, por su conducta, en el futuro ha de comportarse coherentemente. A ello ha de unirse la buena fe como límite del derecho subjetivo. Es necesario un acto propio que, de manera inequívoca, «cree, defina, fije, modifique, extinga o esclarezca sin duda alguna una determinada situación jurídica, tal y como exigen las SS de 25 julio 2000 o 31 marzo 2003».

Aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto.—Es reiterada la jurisprudencia que exige para la apreciación de enriquecimiento injusto que exista una atribución sin justa causa. No obstante, ello no sucede cuando la pérdida patrimonial de un sujeto responde a la consecuencia de un contrato válido. La atribución, entonces, responde a las relaciones vinculantes entre las partes, según el derecho objetivo (SS de 14 de abril de 1980, 19 de diciembre de 1996 y 12 de julio de 2002). (**STS de 12 de junio de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S. S. demandó a la sociedad M. solicitando el pago de cierta cantidad como parte del precio aplazado de la finca que había vendido a dicha sociedad en escritura pública, complementada en documento privado suscrito por ambas partes el mismo día, en el que, rectificándose el precio, la vendedora se obligaba a inscribir en el Registro de la Propiedad debidamente la finca, con la expresada cabida de la misma, de manera que si vencido el plazo fijado, no estuviese inscrita con la expresada cabida, la cantidad adeudada no se haría efectiva hasta cumplirse dicho requisito. La demandada alegó que no se cumplió tal requisito de inscripción del exceso de cabida, por lo que no procedió al abono de la cantidad. La sociedad demandante alegó que los actos que se llevaron a cabo entre los diez años que transcurrieron entre el contrato y la demanda, realizados de forma unilateral por el demandado, desvirtuaban la obligación de la adecuada inscripción registral. En primera instancia se desestimó la demanda, así como el recurso de apelación en la Audiencia. Se recurre en casación por vulneración de la doctrina de los actos propios así como la del enriquecimiento injusto. (*P. S. S.*)

5. Dies a quo de la prescripción de la acción para la reclamación de los honorarios profesionales del abogado.—El número primero del artículo 1967 CC, está afectado por el último párrafo no numerado del mismo, puesto que tal exclusión se debió a un *lapsus legislatoris* derivado de un error mecánico de transcripción, que haría ilógica y absurda una interpretación literal, interpretación ésta que por dicha razón debe ser rechazada (*vid.* SSTs de 12 de febrero de 1990, 15 de noviembre de 1996 y 8 de abril de 1997). Para reclamar estos honorarios ha de contarse desde que dejaron de prestarse los servicios según establece el artículo 1967 CC y no desde el día en que pudieron ejercitarse que es la regla general que sienta el artículo 1969 CC cuando no existe una disposición especial que indique otra cosa.

Interrupción del plazo de prescripción.—La interrupción de la prescripción hace que el tiempo tenga que contarse otra vez una vez que ha cesado la causa de interrupción de la prescripción. Estas causas están enume-

radas en el artículo 1973 CC y son las siguientes: el ejercicio judicial del derecho, el ejercicio extrajudicial del derecho que supone que cualquier reclamación que realice el titular del derecho al sujeto pasivo interrumpe la prescripción y el reconocimiento del derecho. (STS de 16 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El abogado de *Comerciantes del Mercado de la Encarnación, S. C. A.*, ejerció su actividad profesional de asesoramiento jurídico de forma ininterrumpida con la citada cooperativa hasta el mes de noviembre de 1985. La concesión administrativa para la construcción y explotación del nuevo Centro Comercial y Mercado de Abastos de la Encarnación en Sevilla le fue otorgada a la cooperativa el 6 de diciembre de 1982. El abogado presentó la factura de honorarios a cobro el 23 de febrero de 1987, posteriormente, el 6 de julio de 1989 realizó un requerimiento notarial, el 27 de junio de 1992 presentó demanda de conciliación, que posteriormente se celebró el 14 de septiembre de ese mismo año. El 14 de septiembre de 1995 interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en la que reclamaba a esta sociedad la cantidad de 13.166.500 pesetas en concepto de los honorarios profesionales que se habían devengado. Estimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, la cooperativa interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda por entender que la acción había prescrito, al haber transcurrido más de tres años, plazo que es el establecido en el artículo 1967.1 CC para exigir el pago de estos honorarios. El abogado interpuso recurso de casación.

NOTA.—La doctrina ha debatido ampliamente acerca de si el último párrafo del artículo 1967 excluye el número primero o el número cuarto o si abarca todo el artículo 1967. La sentencia anotada considera incorrecta la aplicación del artículo 1969 CC, y la inaplicación del último párrafo del artículo 1967 del mismo Código que realiza la Audiencia. La sentencia de la Audiencia Provincial prescinde para determinar el *dies a quo* de lo dispuesto en este párrafo para el cómputo del plazo prescriptivo de la acción, partiendo desde la fecha de la concesión administrativa, sin tener en cuenta que el abogado reclamante siguió prestando los servicios a la cooperativa de forma ininterrumpida hasta primero de diciembre de 1985. En este sentido, la jurisprudencia actual ha reiterado que la fecha de la que ha de partir para el cómputo de tres años de los honorarios de abogados, en atención a lo dispuesto en el párrafo primero y último del artículo 1967 es desde el día en que dejaron de prestarse los servicios (SSTS de 12 de febrero de 1990, 24 de junio de 1991 y 15 de noviembre de 1996).

La jurisprudencia ha entendido que la actividad profesional del abogado supone una serie de trabajos concretos efectuados en el ámbito judicial, que no pueden estimarse como partes aisladas, sino como una actuación total tendente a un fin conseguido, aunque ello supusiera distintas subactuaciones en delimitados órdenes jurisdiccionales. Por consiguiente, la iniciación del cómputo de la prescripción trienal no puede contarse a partir de las distintas

partidas relativas a variadas acciones particularizadas, sino a partir de la dejación de la prestación del servicio total (*vid.* SSTs de 25 de junio de 1969, 14 de febrero y 5 de mayo de 1989, 12 de febrero de 1990, 15 de noviembre de 1996 y 8 de abril de 1997). (*M. C. L. J.*)

6. Interpretación restrictiva de la prescripción.—La prescripción tiene que interpretarse de forma restrictiva, en cuanto que ésta, no fundada en justicia intrínseca, se configura como limitación del ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica. La indeterminación del término inicial a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo correspondiente o las dudas que sobre el particular puedan surgir no deben en principio resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino en perjuicio de aquella otra que pretende su extinción precisamente con base en la supuesta extemporaneidad de la pretensión adversa, sobre la que efectivamente pesa la carga probatoria de los hechos impositivos o extintivos del derecho en litigio.

Determinación del *dies a quo* para el cómputo anual prescriptivo.—En caso de daños continuados de acuerdo con el artículo 1969 CC, el cómputo del plazo de un año no se inicia hasta la producción del resultado definitivo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo confía a la sana crítica del juzgador de instancia la determinación de la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción, jurisprudencia aplicada no sólo en materia de lesiones físicas con secuelas, sino también a casos concretos de daños en un inmueble por derribo del colindante.

Extensión de los efectos interruptivos de la prescripción.—El acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2003 establece que «el párrafo primero del artículo 1974 CC únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente». La jurisprudencia excepción a este acuerdo los casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse que el otro demandando tenía conocimiento previo del hecho de la interrupción. (**STS de 5 de junio de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras sufrir un continuo proceso de deterioro en la vivienda por el derribo de un edificio colindante efectuado a finales del año 1992, los propietarios de la misma interpusieron demanda en octubre de 1995 contra el propietario de este último, la empresa que ejecutó el derribo y los dos arquitectos técnicos que lo dirigieron. Antes de interponer la demanda los propietarios habían realizado numerosas reclamaciones al propietario del edificio, en unas diligencias preliminares éste les facilitó a los perjudicados la identidad de los técnicos directores de tales obras y un informe de un arquitecto técnico fechado en 10 de febrero de 1995 aseguraba que el proceso de deterioro de la vivienda de los actores parecía no haberse detenido.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó las excepciones propuestas por los demandados personados en el proceso, entre ellas la

de prescripción de la acción, estimó íntegramente la demanda y condenó a todos los demandados, solidariamente, a indemnizar a los demandantes por los daños y perjuicios causados, a cuantificar en ejecución de sentencia. Apelada la sentencia por todos los demandados, la Audiencia Provincial desestimó los recursos y confirmó la sentencia apelada aunque puntualizando que las obras de reparación habrían de ser las determinadas en un informe pericial obrante en las actuaciones y por un coste no superior al indicado en el mismo. Únicamente los dos técnicos demandados interpusieron recurso de casación conjunto.

NOTA.—Es doctrina reiterada y plenamente consolidada del Tribunal Supremo según la cual la prescripción es una figura cuya aplicación ha de hacerse en forma restrictiva por no ser institución de justicia intrínseca o estricta (SSTS, entre otras, de 16 de marzo de 1981, 8 de octubre de 1982, 31 de enero de 1983, 16 de julio de 1984, 6 de mayo de 1985, 17 de marzo de 1986, 16 de diciembre de 1987, 8 y 10 de octubre de 1988).

La jurisprudencia entiende que no resulta procedente tomar como inicio del cómputo o plazo de prescripción la fecha del informe pericial ni la que en él se cita como día en que se giró una última inspección del inmueble, cuando se trata de daños continuados (SSTS de 2 de febrero y 16 de julio de 1984, 6 de junio y 19 de septiembre de 1985, 17 de marzo de 1986, 16 de diciembre de 1987, 8 y 10 de octubre de 1988). (M. C. L. J.)

7. Interrupción de la prescripción de las acciones procedentes de los contratos mercantiles.—El artículo 1973 CC es aplicable a la prescripción de las acciones procedentes de los contratos mercantiles, con preferencia a lo previsto en el artículo 944 CCO, tanto porque el límite que separa a las obligaciones civiles y a las mercantiles es difuso y complicado, como porque la remisión que el artículo 943 CCO efectúa a las disposiciones de derecho común da pie a eliminar la diversidad de trato en materia de interrupción de la prescripción debido a la fuerza expansiva e integradora del Código civil.

Las razones por las que el Tribunal Supremo se manifiesta favorable a un régimen jurídico unitario de la interrupción de la prescripción de las acciones en materia civil y mercantil.—son las siguientes: *a)* La reclamación extrajudicial fue introducida *ex novo* por el Código civil, como medio de extender las posibilidades de acreditar el *animus conservandi* de las acciones. *b)* Cronológicamente, la posterior fecha de promulgación y publicación del Código civil respecto del Código de comercio abona la solución de integración que se propone al considerar incorporado tal medio interpretativo de la prescripción al artículo 944 CCO. *c)* El principio conforme al cual debe entenderse que la ley general no deroga a la ley especial no es aplicable, ya que no hay ninguna razón que justifique la pretendida especialidad frente al Derecho común de las obligaciones y contratos mercantiles. *d)* Las discriminaciones en la aplicación de las normas que no resultan fundadas, como sucedería en el caso de que se mantuvieran dos raseros en orden a la interrupción de la prescripción, supondría infracción del principio de igualdad ante la Ley, reconocido por el artículo 14 de la vigente Constitución (*vid.* STS de 4 de diciembre de 1995). (STS de 14 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Fianzas y Crédito, S. A.* interpuso demanda contra doña Clementina, el esposo de la misma y *Excavaciones AUPI, S. A.* solicitando el reembolso de las indemnizaciones que había satisfecho a la Junta de Castilla-La Mancha y a la de Castilla y León por la ejecución de los avales que como consecuencia de los seguros de caución concertados por *Excavaciones AUPI*, afianzada solidariamente por doña Verónica, había prestado ante las mismas a fin de garantizarles la ejecución de las obras que habían adjudicado a la entidad demandada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a «*Excavaciones AUPI, S. A.*» a que abonase 13.115 pesetas, desestimando la demanda respecto al resto de los demandados. La Audiencia Provincial revoca la sentencia apelada al considerar que hubo una reclamación extrajudicial eficaz para interrumpir la prescripción, a través de una carta certificada, con acuse de recibo dirigida por la entidad actora a la demandada, y condena a los demandados a abonar solidariamente la cantidad de 6.785.793 pesetas. Doña Clementina, esposo y «*Excavaciones AUPI, S. A.*» interpusieron recurso de casación.

NOTA.—Existe una consolidada doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de considerar aplicable el artículo 1973 CC a la prescripción de las acciones procedentes de los contratos mercantiles, con preferencia a lo previsto en el artículo 944 CCO, por integración de este artículo con la norma, posterior en el tiempo, contenida en el artículo 1973 CC (SSTS de 4 de diciembre de 1995, 31 de diciembre de 1998, 21 de marzo de 2000 y 31 de marzo de 2001, entre otras). (*M. C. L. J.*)

8. Renuncia de derechos. Formas. Requisitos.—La renuncia de derechos es una manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo sin transmitirlo a otra persona. Dicha renuncia aparte de ser personal, ha de revestir, en cuanto a la forma, las características de ser clara, terminante e inequívoca, sin condicionamiento alguno, como expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma (*vid.* STS de 16 de octubre de 1987). La renuncia de derechos puede ser expresa o tácita. Sin embargo, la renuncia tácita, en cuanto que deducción que realiza quien aprecia su concurrencia, ha de basarse en hechos de significación unívoca, pues si esos hechos pudieren tener más de un significado ninguna conclusión definitiva podría obtenerse de premisas indefinidas (FD 5.º).

Interpretación de cláusulas oscuras.—Conforme al artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguros, la interpretación de las cláusulas oscuras del contrato de seguro ha de hacerse en el sentido más favorable para el asegurado. (STS de 30 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Ocurrido el siniestro (helada) el 17 de abril de 1994, *Bodegas Atance* efectuó la preceptiva declaración o notificación del mismo a la aseguradora el 19 de abril de 1994, que la recibió el 21 de abril de 1994, sin que realizase la inspección de las parcelas afectadas durante los cuarenta días posteriores, sino, pasados los mismos, los días 2 y 8 de junio de 1994. Una cláusula del contrato

de seguro preveía que si comunicado el siniestro al perito de la aseguradora, éste no se personaba en el lugar de los daños para realizar la inspección en el plazo de cuarenta días, se aceptarían, en caso de desacuerdo, los criterios del asegurado sobre ocurrencia del siniestro. El asegurado designó un perito para la tasación de los daños, que emitió un dictamen disconforme con el del perito de la aseguradora. *Bodegas Atance* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en la que reclamaba la cantidad de 7.920.310 pesetas más un veinte por ciento de interés anual desde la fecha de producción del siniestro hasta la fecha de su abono. El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de falta de jurisdicción planteada por *Agroseguro* y absolvió a la demandada. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia.

NOTA.—La jurisprudencia ha señalado que expresa o tácita, la renuncia de derechos ha de ser clara, terminante e inequívoca, tal como exige la doctrina legal, con criterio que mantiene una elemental exigencia de seguridad jurídica (SSTS de 24 de abril y 18 de octubre de 1984, 25 de abril de 1986 y 11 de junio de 1987, entre otras).

En la sentencia anotada, el Tribunal Supremo considera que la designación de perito, bien sea al tiempo de la inspección inmediata o bien sea después, tiene el único sentido de valorar los daños y tiene el efecto que, en caso de desacuerdo entre los peritos de aseguradora y asegurado, éste, reflejada en las actas la divergencia en la tasación como condicionante previo, decida ampararse en los derechos que le concede la cláusula especial. Esta designación de perito no puede interpretarse como una renuncia tácita del asegurado a los derechos reconocidos en la mencionada cláusula, que conllevaría la aceptación del procedimiento pericial del artículo 38 LCS.

En cuanto a la interpretación de las condiciones generales, la jurisprudencia ha reiterado en los contratos de adhesión la aplicación de la regla que dispone que la interpretación de las cláusulas oscuras no deben favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad (*vid.* SSTS de 31 de enero de 1990, 4 de julio de 1997, 29 de septiembre de 1998, 20 de septiembre y 8 de noviembre de 2001 y 14 de febrero de 2002). (*M. C. L. J.*)

DERECHO DE LA PERSONA

9. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor.—En el presente caso se plantea el problema de la posible existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor en atención a la regulación en vigor en el momento en que tuvieron lugar los hechos. El artículo 7.7 de la Ley de 1982 de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en su primitiva redacción, establecía la necesidad de «divulgación de la información o comentario», entendiéndose por divulgación la publicación o extensión de la manifestación. La Ley de 23 de noviembre de 1995 viene a modificar dicha redacción estableciendo que se produce intromisión ilegítima por «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de ac-

ciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación». En este caso concreto al que es aplicable la Ley en su redacción primitiva, queda demostrado que no se ha cumplido el requisito de la divulgación. Del relato de los hechos no resulta la existencia de divulgación, por lo que el comentario efectuado por la parte demandada no puede calificarse como tal. (STS de 16 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Medina del Campo, se interpuso demanda de juicio incidental de protección del derecho fundamental al honor en la que se solicitaba la declaración de la existencia de intromisión ilegítima y la condena de los demandados al cese de la misma, y a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Valladolid confirma la sentencia apelada. Posteriormente, se interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (L. Z. G.)

10. Intromisión ilegítima en el derecho al honor.—En la sentencia que anotamos el objeto de debate se centra en si las expresiones utilizadas por el recurrente constituyen un atentado al honor de la parte recurrida o, por el contrario, estas expresiones se encuentran amparadas por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional señala que al tratarse la libertad de expresión de una formulación de «pensamientos, ideas u opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas» (SSTC de 17 de julio de 1986, de 15 de febrero de 1990). Es claro que el derecho al honor está limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente. Por ello, cabe la posibilidad que la reputación ajena tenga que soportar restricciones debido a la relevancia pública de aquello sobre lo que se informa u opina. Afirma el Tribunal Constitucional «que el derecho al honor es un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. No obstante esta imprecisión del objeto del derecho al honor, este Tribunal ha afirmado que ese derecho ampara a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que fueran tenidas en el concepto público por afrentosas. Por tal razón hemos dicho que las libertades del artículo 20.1.a) y d) CE ni protegen la divulgación de hechos que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, son simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para el mensaje que se desea divulgar, en las que simplemente su emisión exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido» (STC de 5 de mayo de 2000). (STS de 5 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mérida, se interpone demanda de protección del derecho al honor, en la que se solicita se declare que la difusión de insultos,

amenazas y descalificaciones vertidas en el programa de radio «Tierra Blanca», constituyen una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. A su vez, se solicita la condena de los demandados al pago de una indemnización por el daño moral causado, y la difusión de la sentencia en la misma emisora y a la misma hora en que acontecieron los hechos. El Juzgado desestima la demanda. La sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Badajoz, que estima en parte el recurso y condena a dos de los demandados en primera instancia al pago de la indemnización solicitada. Posteriormente, se interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el Tribunal Supremo se limita a resolver la cuestión en base a la doctrina que el Tribunal Constitucional ha seguido en esta materia. Entiende el Tribunal Supremo que «la libertad de expresión es un derecho constitucional, esencial en un sistema de libertades democráticas, que consagra el derecho a opinar, que es libre. Sin embargo, este derecho y aquella libertad no alcanza a las expresiones insultantes, injuriosas o vejatorias...». A su vez, se refiere a la STC de 18 de noviembre de 2002, entre otras, para señalar que «los límites a la libertad de expresión se encuentran en la no utilización de palabras o frases insultantes, vejatorias o descalificadoras de la persona a la que se refieran, innecesarias para el fin perseguido con la información y la opinión. Se puede discrepar, censurar y criticar con toda la fuerza que se estime necesaria, pero no insultar» (FJ 3.º, STS de 5 de mayo de 2003). Concluye el Tribunal Supremo considerando que las expresiones que se han vertido en la radio son insultantes, vejatorias y difamatorias, y por tanto, no se encuentran protegidas por la libertad de expresión (FJ 3.º, STS de 5 de mayo de 2003). (L. Z. G.)

11. Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la información.—El derecho a comunicar libremente información tiene una función institucional que la hace prevalente sobre el derecho al honor, siempre que la información sea veraz y de interés general o relevancia pública. En caso de conflicto entre ambos derechos, la función del Tribunal Constitucional consiste en determinar si la ponderación judicial de los derechos en colisión ha sido realizada de acuerdo con el valor que corresponde a cada uno de ellos y si la conclusión es afirmativa confirma la resolución judicial aunque venga fundada en criterios y razonamientos no aceptables, puesto que lo decisivo no es la motivación, sino que el ejercicio del derecho de información haya sido o no legítimo, aunque para llegar a la conclusión que corresponda (STC 172/90) sea preciso utilizar criterios distintos a los utilizados por la jurisdicción ordinaria, que no vinculan al Tribunal Constitucional ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de la sentencia judicial. (STC 40/92, de 30 de marzo).

Concepto de veracidad.—La veracidad exige un deber de comprobación razonable, no omitir otros hechos relevantes, sopesar los términos aunque no pueda exigirse al informador una precisión absoluta en el lenguaje técnico-jurídico para cuidar su significado usual y respetar el derecho a la presunción de inocencia (STC 219/92, de 3 de diciembre). El Tribunal Constitucional ha manifestado que información veraz en el sentido del artículo 20.1 CE significa in-

formación comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias (SSTC 105/90, de 6 de junio de 1990 y 15/93, de 18 de enero).

Sin embargo, la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en una información sean rigurosamente verdaderos, porque los errores informativos intrascendentes han de entenderse protegidos también por el derecho constitucional de información, pero impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad que no se satisface por la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas para que el ejercicio del derecho fundamental a comunicar información sea serio y eficaz (SSTC núms. 171 y 172/1990, de 5 y 12 de noviembre y 123/93, de 19 de abril).

Vínculo legal de solidaridad entre los responsables del acto ilícito.—En virtud del artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966, el perjudicado puede demandar a cualquiera de los deudores solidarios o a todos ellos a su elección. Este artículo no es incompatible con la libertad de expresión y el derecho a la libre información, reconocida en el artículo 20.1 CE, porque la responsabilidad civil solidaria del director del medio y del editor se justifica en su respectiva culpa, ya que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico emite; el director tiene el derecho de veto sobre ese contenido y a la empresa editora le corresponde la libre designación del director (SSTC 171 y 172/90). **(STS de 10 de julio de 2003; ha lugar.)**

HECHOS.—Un canal autonómico emitió un programa presentado por doña Encarnación V. D. en el que se narraban una serie de investigaciones policiales referentes a un atraco en una tienda en el que falleció un empleado. Como consecuencia de las investigaciones policiales, don Julián D. R. fue involucrado en el hecho, se procedió a su detención y el Juzgado de Instrucción acordó en un primer momento su ingreso en prisión, saliendo en libertad sin fianza veinte días después. Se dictó auto de procesamiento, que no fue dirigido contra el demandante y no se formuló acusación contra el mismo. Posteriormente, la revista *Tele Indiscreta* publicó un artículo sobre la emisión referida del programa de la que es editora *Publicaciones Ekdosis, S. A.* Asimismo, se publica en la revista coleccionable *Mis crímenes favoritos* el relato sobre la comisión del hecho delictivo perpetrado y la distinta participación de las personas que intervinieron en el mismo, siendo editor don José Antonio S. H. y directora doña Encarnación V. D.

Don Julián D. R. formuló demanda de juicio incidental por intromisión en el derecho fundamental al honor contra don José Antonio S. H., doña Encarnación V. D., *Ente Público Radiotelevisión Madrid (RTVM)* y *Publicaciones Ekdosis, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a las dos entidades demandadas. Don José Antonio S. H., *Ente Público Radiotelevisión Madrid (RTVM)* y *Publicaciones Ekdosis, S. A.* formularon recurso de apelación contra la anterior sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia con la novedad de fijar la indemnización que debían pagar solidariamente los demandados al actor en la cantidad de 10.000.000 de pesetas.

NOTA.—En esta sentencia nos encontramos una vez más que se plantea ante el Tribunal Supremo un supuesto de colisión entre el derecho al honor y libertad de información. El Alto Tribunal considera el valor informativo del reportaje emitido en el programa televisivo y lo considera neutral; en este caso ante la veracidad de la comunicación prevalece la libertad de información. Sin embargo, en el artículo sobre la emisión del programa de televisión publicado en la revista sin diligencia alguna, se implica al demandante de forma notoria en los hechos delictivos lo que constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor.

El Tribunal Constitucional ha evolucionado en su doctrina acerca de los supuestos de colisión entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información. En una primera fase realizó una interpretación literal del artículo 20.4 CE (que establece como límite expreso y especial de las libertades de expresión e información el derecho al honor) y en sus resoluciones destacaba la primacía del derecho del honor cuando estimaba que se había producido una intromisión ilegítima; sin embargo, tras la STC 104/1986, de 17 de julio, el Tribunal Constitucional empieza a reconocer la posición preferente de las libertades de expresión e información frente al derecho al honor (el Tribunal Supremo también sigue esta línea en las SS de 26 de abril de 1994, 8 de marzo de 1999, 18 de octubre y 28 de diciembre de 2000 y 30 de enero de 2001, entre otras). (*M. C. L. J.*)

12. Protección del derecho a la imagen.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha definido la imagen como «la representación gráfica de la figura humana y el derecho a la misma, como el que permite impedir a un tercero no autorizado el obtener, reproducir y publicar la imagen de otro» (FJ 1.º, STS de 9 de mayo de 2003). El Tribunal Constitucional ha declarado el carácter personal, privado y reservado de las reproducciones fotográficas, reconociendo el derecho de los individuos en cuanto pueden decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública (STC de 18 de junio de 2001 reproducida por la STS de 9 de mayo de 2003).

Intromisión ilegítima en el derecho al honor.—En el presente caso se plantea la duda razonable de «si el demandante y su esposa, ahora parte recurrida, estaban afectados de grave crisis en su matrimonio, ya que la revista debió de cuidar con esmero y de manera que pudiera ser bien percibido por los lectores, que el reportaje nada tenía que ver con la pareja retratada y, al no hacerlo así, su honor quedó indudablemente en entredicho al permitir que de esta forma los conocidos del actor pudieran asociar el texto del artículo y especialmente, la infidelidad que relata con su propio matrimonio» (FJ 2.º, STS de 9 de mayo de 2003). El Tribunal Supremo se refiere además al carácter de objeto principal de la imagen publicada, ya que se trata del soporte gráfico que pone cara al contenido del reportaje.

Rectificación insuficiente.—No es suficiente para eximir de responsabilidad la rectificación de la información tardía o semi-ocultada. «En este caso, la rectificación se realizó dos meses después y se llevó a cabo en las últimas páginas de la revista, dentro de un cuadro reducido y una letra pequeña, que fácilmente pasaba desapercibida para los lectores. Además sólo se dice que correspondía a una pareja, sin identificarla ni aclarar que nada tenía que ver

con los personajes de los que habla el artículo». «Tampoco puede hablarse de rectificación espontánea ya que tuvo lugar a instancias de la parte recurrida» (FJ 1.º, STS 9 de mayo de 2003). (STS de 9 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Barcelona se tramitó procedimiento incidental de protección de derechos fundamentales. El demandante solicita se dicte sentencia condenando solidariamente a los demandados por intromisión ilegítima tanto en el derecho a la imagen del demandante y su esposa como en el derecho al honor, por la publicación de su fotografía junto a un reportaje con una temática relativa a infidelidades y crisis matrimoniales. El Juzgado estima la demanda. La sentencia fue recurrida por el demandante ante la Audiencia Provincial de Barcelona que estima parcialmente el recurso de apelación elevando la condena de los demandados a un millón de pesetas. La parte demandada interpone recurso de casación basado en la infracción de los artículos 7 y 2.1 de la LO 1/1982 de protección al honor, intimidad y a la propia imagen, al entender que no ha existido intromisión ilegítima en el derecho al honor del recurrido. El Tribunal Supremo desestima dicho recurso.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa se centra en un único problema: averiguar si procede calificar los hechos como lesivos del derecho al honor de la parte recurrida. La discusión gira en torno a si la publicación de la imagen conectada a un reportaje ficticio que narra la frustración de una relación amorosa por continuas infidelidades del varón, puede suponer intromisión en el derecho al honor de la pareja retratada al instaurar la duda razonable sobre la situación matrimonial de ésta y la posible infidelidad del varón. En relación a este tema, se cuestiona si la fotografía puede entenderse aportación periodística accesorio o principal. El Tribunal Supremo no ha hecho sino seguir la línea jurisprudencial existente en esta materia entendiendo que la revista debió indicar que la pareja de la imagen retratada nada tenía que ver con la historia relatada, de lo contrario el honor queda en entredicho, ya que permite a las personas conocedoras de la pareja plantearse la realidad de dichas manifestaciones. (L. Z. G.)

13. Colisión entre el derecho al honor de un lado y libertad de información y expresión de otro.—En la sentencia que anotamos el Tribunal Supremo resuelve el conflicto acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que establece las siguientes directrices:

- a) Que la delimitación de la colisión ha de hacerse caso por caso.
- b) Que es necesario atender a la posición prevalente del derecho a la libertad de expresión y de información sobre los derechos de la personalidad.
- c) Que para que prevalezca el derecho a la información ésta tiene que ser veraz, comprobada y contrastada, e ir referida a asuntos de relevancia pública y de interés general por la materia en sí y las personas a las que va referida. No existe duda de que el derecho a informar se ve disminuido esencialmente si no va referido a personalidades públicas (FJ 1.º, STS de 19 de junio de 2003).

Información veraz, interés general y reportaje neutral.—Es necesario destacar la importancia que supone delimitar qué ha de entenderse por «información veraz». No debemos olvidar que la existencia de veracidad en la información vertida encuentra protección en el artículo 20 CE. Hay que entender dicha veracidad «no tanto como dirigida a la imposición de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar la protección constitucional a la transmisión como hechos verdaderos bien de simples rumores, carentes de toda constatación, bien de meras invenciones o insinuaciones, sin comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente, y ello, a pesar de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado» (FJ 1.º, STS de 19 de junio de 2003). En el presente caso la información puede considerarse de interés general al tratar el tema de la corrupción en materia de construcción en la Costa del Sol. También resulta de interés público en relación a la persona del recurrente, que es una personalidad conocida tanto por su profesión como por el medio turístico en el que la desarrolla. Hay que hacer referencia también a que la información difundida puede calificarse de «neutral», ya que únicamente se trata de una noticia que reproduce una sentencia penal y determinadas actuaciones judiciales. No ha existido ningún tipo de comentario al respecto y la información está contrastada (FJ 1.º, STS de 19 de junio de 2003). (**STS de 19 de junio de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Madrid se interpone demanda de protección al honor solicitando la declaración de intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la propia imagen, y la condena solidaria de los codemandados al pago de una indemnización, además de la difusión de un extracto de la parte dispositiva de la sentencia en el diario *ABC*. El Juzgado dicta sentencia el 27 de julio de 1995 y desestima la demanda formulada. Apelada la misma ante la Audiencia Provincial de Madrid, ésta confirma la resolución del Juzgado. Posteriormente, se presenta recurso de casación en base a un único motivo: infracción de los artículos 1.1 y 7.7 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo y de la jurisprudencia que lo interpreta. El motivo es desestimado.

NOTA.—En la sentencia que nos ocupa el Tribunal Supremo se remite a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para entender que no existe intromisión ilegítima en el derecho al honor del recurrente. La información aparecida en el diario *ABC* hace referencia a una «presunta corrupción», y utiliza el término «presunta», contenida en una denuncia presentada ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. El Fiscal Jefe de dicho órgano ordena una investigación policial que tiene como resultado el conocimiento de que el recurrente, arquitecto de la Mancomunidad de municipios de la Costa del Sol, ha gestionado diversos asuntos urbanísticos «de forma poco profesional y de dudosa moralidad». Se informa respecto al contenido de dichas actuaciones, consistentes en cobros indebidos a cambio de la permisibilidad en la construcción de viviendas. En el presente caso resulta evidente la falta de intromisión ilegítima en el derecho al honor del recurrente, al vertirse una información que reúne todos los requisitos que exige la Constitución

Española para no entender vulnerados otros derechos constitucionalmente protegidos. La información ha sido comprobada y contrastada, es una información veraz, y plantea un supuesto de enorme relevancia pública que evidentemente presenta un gran interés por la importancia del sector en el que incide y la zona geográfica en que se desarrolla, zona en la que la actividad inmobiliaria desarrolla un importante papel en la economía (SSTC de 19 de abril de 1993 y 5 de mayo de 2000). (L. Z. G.)

14. Lesión del derecho a la intimidad de la menor.—Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la intimidad personal, recogido en el artículo 18.1 CE, tiene por objeto «... garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, en contra de su voluntad» (SSTC de 22 de julio, 10 de mayo y 30 de noviembre de 2000, 24 de mayo de 2001, 22 de abril de 2002). Este derecho fundamental se encuentra «estrechamente vinculado a la propia personalidad y deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el artículo 10.1 CE reconoce...» (SSTC de 8 de noviembre de 1999, 2 de julio de 2001, 6 de mayo de 2002). En este caso concreto el Tribunal Supremo entiende que se ha lesionado la intimidad de la menor cuando «... se le impone soportar una difusión periodística de datos reales o supuestos de su vida privada que afectan a su reputación, y resultan hasta triviales para el interés público y lo mismo cuando la divulgación es de aspectos de la vida privada, que aquí se maneja de forma arbitraria, abusiva y acomodada al interés morboso, de ciertos lectores, indudablemente lesivos para la niña, sobre todo por la intensidad de la noticia en lo que podía afectar a su enfermedad (síndrome de inmunodeficiencia adquirida), dado el desconocimiento de las gentes, que, en la mayoría de los casos sobre esta enfermedad les resulta difícil de aceptar, al asociarse inmediatamente a conductas licenciosas, por lo que desgraciadamente genera marginación y rechazo...» (FJ 1.º, STS de 27 de junio de 2003). La Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 sobre Protección Jurídica del Menor, aplicada por el Tribunal Supremo en este supuesto, establece cuándo existe intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad, y propia imagen de un menor. Según el artículo 4 de la Ley, podemos hablar de intromisión ilegítima cuando tiene lugar cualquier utilización de la imagen del menor o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo a su honra o reputación o que sean contrarios a sus intereses, incluso si se cuenta con el consentimiento de sus representantes legales. En el caso en cuestión ni concurre consentimiento de la menor por tener tres años de edad, ni existe una puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal del consentimiento proyectado por su representante legal, exigible por el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/82, de protección al honor, intimidad y a la propia imagen. (STS de 26 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 61 de Madrid se promueve demanda del Ministerio Fiscal, por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la imagen de una menor, debido a la publicación en la revista *Semana* de un reportaje en el que el padre de la menor relata la situación de su hija en relación a su enfermedad (síndrome de inmunodeficiencia adquirida). El

Juzgado estima la demanda. Apelada la misma ante la Audiencia Provincial de Madrid, ésta procedió a dictar sentencia revocando en parte la resolución de primera instancia. El Ministerio Fiscal interesa la casación y la anulación de la sentencia que recurre por entender que las actuaciones imputables a los recurridos constituyen intromisión en la intimidad de la menor. El Tribunal Supremo estima el recurso.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el objeto de debate se centra en la posible existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de una menor afectada por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida). El Tribunal Supremo se ha pronunciado posteriormente en un caso similar, entendiendo que la vulneración en estos supuestos va referida fundamentalmente al derecho a la intimidad. La STS de 26 de abril de 2004 señala que «... la reputación de las personas queda afectada, bastando que la identificación periodística, indirecta pero inequívoca, de una determinada persona, como afectada por el sida deparaba, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un daño moral a quienes son señalados como afectados por una enfermedad cuyas causas y vías de propagación han generado y generan una alarma social con frecuencia acompañada de reacciones, tan reprobables como reales, de marginación para muchas de sus víctimas». Continúa señalando que respecto a la individualización, directa o indirecta, de quienes lo padecen, ello no resulta de interés público, con la consecuencia de que su difusión comporta «un daño o, en todo caso, una perturbación injustificada carente de todo sentido». Sin embargo, el Tribunal Supremo en S de 2 de enero de 2001, viene a entender, utilizando el argumento anteriormente apuntado, que en estos casos también podemos hablar de infracción del derecho al honor, señalando que «... tanto la atribución de ese padecimiento a determinada persona como la presentación de la fundada apariencia de que lo tiene, ha encontrado refrendo en la doctrina del Tribunal Constitucional como violación del derecho al honor» (STC de 14 de febrero de 1992). (*L. Z. G.*)

15. Colisión entre el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la información.—Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, que la libertad de información es un derecho al que la Constitución dispensa máxima protección. Su ejercicio está ligado «al valor objetivo que es la comunicación pública libre, inseparable de la condición pluralista y democrática del Estado en que nuestra comunidad se organiza». Cuando la libertad se ejerce sobre ámbitos que puedan afectar a otros bienes constitucionales, como es la intimidad, «es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público» (SSTC 6/81, 171/90). Es necesaria una relevancia comunitaria y no una simple satisfacción de la curiosidad ajena para que pueda prevalecer el derecho a la información.

Inexistencia de accesoria en las imágenes del accidentado.—Nos encontramos ante un supuesto en el que se produce una intromisión ilegítima en el derecho de la parte recurrida a su intimidad familiar a través de una primera intromisión en el derecho fundamental a la imagen de su difunto marido (FJ 2.º, STS de 23 de mayo de 2003). El Tribunal Supremo ha establecido

que una imagen deja de ser accesoria «cuando aparece en primer plano ocupando en su proyección todo el espacio de la pantalla, debiendo adquirir dicha imagen un total protagonismo en la noticia filmada» (FJ 2.º, STS de 23 de mayo de 2003). Para hablar de imagen accesoria, ésta debe encontrarse en una perspectiva desprovista de relevancia alguna (FJ 4.º, STS de 7 de octubre de 1996). La duración del fotograma no debe influir a la hora de determinar el carácter principal o accesorio de la misma (FJ 2.º, STS de 23 de mayo de 2003).

Reproducción de la imagen sin consentimiento del titular.—Existe una consolidada doctrina jurisprudencial según la cual «el derecho a la propia imagen se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, que atribuye a su titular la facultad exclusiva de determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública» (STS de 4 de mayo de 2001, SSTC de 18 de junio de y de 2 de julio de 2001). Es doctrina pacífica que el derecho a la propia imagen otorga a su titular la «facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de aquélla por parte de terceros no autorizados, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la difunde» (SSTS de 28 de mayo de 2002, 11 de abril de 1987, 13 de noviembre de 1989, 10 de octubre de 1992, 7 de octubre de 1996, 21 de octubre de 1996).

Intromisión ilegítima. Cálculo del *quantum* indemnizatorio.—«La valoración pecuniaria de la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental a la intimidad, estará determinada por la gravedad atentatoria de dicho ataque, así como por la difusión de la noticia y las ventajas económicas obtenidas con ella» (SSTS de 20 de julio de 2000 y de 14 de noviembre de 2002). (STS de 23 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid, se siguieron los autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre protección a la intimidad personal y familiar, solicitándose la condena de los demandados al pago de una indemnización de daños y perjuicios por haber emitido un vídeo con el rostro del esposo de la demandante aprisionado en un vehículo destrozado a causa del accidente de tráfico sufrido. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia en fecha 31 de enero de 1996, absolviendo a los demandados. Apelada la misma, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto y declaró la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad con la prohibición de la emisión del vídeo del accidente en donde aparece el rostro del finado, condenando a aquéllos solidariamente al pago de una indemnización. La parte demandada interpone recurso de casación. Este recurso resulta finalmente desestimado.

NOTA.—En la sentencia que anotamos se plantea la posible infracción del artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, al entender el recurrente que la imagen del fallecido aparece como meramente accesoria. El Tribunal Supremo señala con acierto que «no se trata de la reproducción de la imagen de una persona con carácter accesorio de una noticia principal cuando de los fotogramas se evidencia como parte importante del reportaje, al tratarse de primeros planos que ocupan todo el espacio de la pan-

talla al ser proyectados» (FJ 6.º, STS de 23 de mayo de 2003). Resulta de gran interés el cálculo de la indemnización para el caso en que exista intromisión ilegítima, problema que también se plantea en el caso objeto de análisis. El Tribunal Supremo ha venido aplicando para la obtención de dicho cálculo el artículo 9.3 de la Ley de 1982. Este precepto establece que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima, y que la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida. Para ello se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que haya obtenido beneficio el causante de la lesión como consecuencia de la misma. En el supuesto de no existir prueba alguna de que a la actora-recorrida se le haya causado perjuicio económico alguno en su patrimonio, ni se haya practicado prueba que permita conocer la difusión de la noticia, así como tampoco el beneficio que hayan podido obtener los recurrentes con la emisión del reportaje, «para graduar la cuantía de la indemnización han de tenerse en cuenta exclusivamente las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida» (FJ 3.º, STS de 23 de mayo de 2003). El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en SS de 5 de noviembre de 2001 y 14 de noviembre de 2002. Se trataba de casos similares en los que no existían datos objetivos que permitieran una aplicación directa de los criterios del artículo 9.3. En ambos supuestos resuelve la cuestión acudiendo a otros parámetros como son «la trascendencia de las fotos, la capacidad económica del perjudicado, la situación de las personas en el lugar público, la forma de obtención de las imágenes y la difusión». El Tribunal Supremo viene a establecer en la sentencia que anotamos parámetros más generales, como el de la gravedad de la lesión, que entendemos ya engloban y no contradicen los criterios que ha venido aplicando el Tribunal Supremo en los supuestos anteriormente mencionados. (L. Z. G.)

16. Culpa extracontractual. Responsabilidad por inmisiones acústicas. Responsabilidad solidaria del Ayuntamiento. Competencia civil. Régimen transitorio. *Vis atractiva* de la jurisdicción ordinaria. No es «pietista» la doctrina jurisprudencial de impedir el «peregrinaje de jurisdicciones».—La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sólo es aplicable cuando sea demandada de forma exclusiva la Administración conforme a la ley reguladora de aquélla, así como a la Ley de 1992 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en cuanto al régimen de responsabilidad patrimonial, pero no en los supuestos en que junto a la Administración se demanda a un particular y existe una relación de corresponsabilidad en los hechos; en el presente caso la condena de ambos procedería de un mismo resultado; perjuicios a los actores por la actividad molesta desarrollada por la empresa demandada y por no adoptar las medidas tendentes a evitarlas por parte del Ayuntamiento, lo que equivaldría a una responsabilidad de tipo solidario. Tal solución tiene su base en la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, máxime cuando de separarse la contienda, se podrían producir resoluciones contradictorias. Es dato relevante que la demanda se haya planteado en

1995, es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley de 13 julio de 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y de la nueva redacción dada al artículo 9.4 LOPJ, ya que la STS de 18 diciembre de 2002 declara aplicable la doctrina jurisprudencial vigente en el período transitorio de aquella normativa. Conforme al dictamen del Ministerio Fiscal esta Sala reafirma la doctrina del peregrinaje de jurisdicciones, rechazando su consideración como «pietista», ya que la STS de 18 febrero de 1997 subraya su adecuado sentido de valor justicia ínsito en nuestra Constitución, según una hermenéutica del ordenamiento jurídico de naturaleza sistemática que ha de apurar las vías interpretativas de las leyes para encontrar soluciones que hagan prevalecer los preceptos constitucionales, especialmente el derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Legitimación activa. Prueba de la propiedad de la vivienda en la que se padece la contaminación acústica.—La actora ha acreditado la titularidad de las dos fincas registrales sobre la que se encuentra construida la vivienda donde habita, y que sufre los ruidos y vibraciones procedentes de la cercana industria de *VECONSA*, desde que la compró en 1980; el propio Ayuntamiento la ha tenido como dueña durante todo el tiempo transcurrido desde 1990, ante las reclamaciones infructuosas para que pusiera fin a las molestias sufridas, dando traslado a la actora para alegaciones antes de conceder licencia de apertura a dicha empresa, llegando incluso a autorizarle la realización de obras en la vivienda. La circunstancia de que la escritura de compra de la vivienda no esté inscrita, no impide que el actor se considere propietario de la misma, sin que se haya presentado prueba alguna de tal presunción, siendo evidente la existencia de la vivienda en los terrenos comprados según se deduce de las fotografías obrantes en autos y de los informes periciales, residiendo los actores en dicha vivienda desde que la compraron y sin que hayan sido inquietados en su posesión por persona alguna.

Violación del derecho a la intimidad. Fuerza expansiva de los derechos humanos. Aplicación analógica de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.—Sin desdeñar la base normativa que ofrecen los artículos 1902 y 1908 CC, que han permitido a la Sala 1.^a deducir un principio de exigencia de un comportamiento correcto con la vecindad (STS de 12 diciembre de 1980), se ha abierto paso con gran empuje la doctrina doctrinal y jurisprudencial de considerar como gravemente nocivas cuando afectan a la persona tales intromisiones en relación con su sede o domicilio. En efecto, el derecho a la intimidad reclama para su ejercicio pacífico, muy especialmente dentro del recinto domiciliario y su entorno, un ámbito inmune frente a las agresiones perturbadoras procedentes del exterior, que no exijan el deber específico de soportarlas, entre las que se encuentran, los ruidos desahorados y persistentes, aunque éstos procedan del desarrollo de actividades lícitas que dejan de serlo cuando se traspasan determinados límites. En consecuencia validamos el criterio seguido por la sentencia recurrida, al calificar el caso como una vulneración del artículo 18 CE con arreglo a la interpretación mantenida por el TEDH sobre el artículo 8.1 del Convenio de Roma de 1950, que sanciona el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, invocando la S de 9 de diciembre de 1994 (asunto *López Ostra c. España*) que vino a incluir en el núcleo de la intimidad las intromisiones sonoras; razones de analogía que también se extraen de la sentencia del mismo Tribunal de 2 de octubre de 2001 (caso *Halton* y otros contra RU) en supuestos de ruidos producidos por el tráfico aéreo. Por otra

parte la STC de 24 mayo de 2001 establece que 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 de 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. De este modo la protección a la intimidad no queda reducida a la evitación y proscripción de la divulgación de la vida privada o la penetración no autorizada en el ámbito en que se desarrolla la vida privada.

Interpretación evolutiva de las normas. La Constitución como contexto.—Las reglas de interpretación recogidas en el artículo 3 CC, lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas a la Constitución, la potencian, desde el momento en que el texto constitucional se convierte en el «contexto» al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales; tal acomodación ha de observarse también en los casos de «interpretación integradora» cuando, como en este caso, la intimidad cobra una mayor dimensión que, en cierto modo, espiritualiza su finalidad, relacionándolo con el ámbito propio de la personalidad; tampoco las autorizaciones administrativas para desarrollar una determinada actividad que resulte perjudicial para ese ámbito eximen o justifican la intromisión.

Valor de la concesión administrativa.—En cuanto cobertura que habilite legalmente la generación de ruidos y, por ende, justifique el sacrificio de la intimidad a favor del progreso social, cabe decir: 1.º La autorización administrativa de una industria no es de suyo bastante para entender que fue otorgada ponderando un justo y equitativo equilibrio entre el interés general y los derechos de los afectados, dato esencial para la legitimación de la lesión a la intimidad. 2.º Desde la perspectiva del valor y significado del derecho fundamental a la intimidad, y tomando en consideración la conocida preexistencia de la vivienda, incumbía tanto a la corporación como a la propia empresa la obligación de reducir los ruidos a un nivel soportable o tolerable, circunstancia que evidencia la adecuada imputación a los codemandados, por acción y por omisión, en que se fundamentó el fallo, imputación subsumible en la categoría de la responsabilidad extracontractual.

Concurrencia de normas. Requisitos de la culpa extracontractual.—La sentencia recurrida declara aplicable tanto el artículo 7 de la Ley Orgánica de 1982 como el artículo 1902 CC, aunque se decide por la norma prevalente, es decir, la protección del derecho a la intimidad frente a la agresión ilegítima. Pero no debe olvidarse que se cumplen todos los requisitos para exigir la culpa extracontractual. En efecto se ha acreditado que: 1.º La casa existía ya antes de construirse la fábrica, y por supuesto, antes de otorgarse la licencia municipal de apertura que tuvo lugar después de iniciado este pleito; 2.º Los ruidos provenientes de la carga y descarga de camiones y de la actividad propia de la fábrica tienen un alcance intolerable, según se deduce de la amplia testifical practicada de vecinos del lugar y de personas que han estado en la vivienda de los actores, y de las declaraciones del perito arquitecto cuyo informe concluye que la actividad de la empresa *VECONSA* situada a 50 metros de la vivienda, afecta gravemente a la habitabilidad por el funcionamiento ininterrumpido durante las veinticuatro horas del día, y con la entrada continua de camiones congeladores para la carga y descarga, lo que tiene ma-

yor incidencia durante las horas de la noche. De ello se concluye que la empresa demandada produce unas molestias por su actividad que no debe sufrir la actora, y, por otro lado, el Ayuntamiento no ha adoptado las medidas que le exige la reglamentación de 1961 sobre actividades molestas, por lo cual debe indemnizar a los actores. (STS de 29 de abril de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia que va a constituir un hito en la doctrina de la Sala 1.^a sobre inmisiones acústicas, de la que ha sido ponente el señor Almagro Nosete; el Tribunal Supremo, secundando en buena medida los argumentos del Juzgado de Primera Instancia, abre nuevas perspectivas al desarrollo del derecho a la intimidad en relación con las inmisiones, susceptibles de ser reclamadas en adelante tanto por la vía de los artículos 1902 y concordantes, como por la Ley Orgánica de 1982. La novedad de encuadramiento sistemático del tema se advierte al observar que en el completo estudio de YZQUIERDO TOLSADA: «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en VV.AA.: *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por Reglero Campos) (Cizur Menor 2002), pp. 1107 ss., ninguna referencia se hace a esta hipótesis. En los casos de daños al medio ambiente, en los que se entrecruzan las normativas administrativas y civiles, no es infrecuente tratar de compaginar el derecho de la persona y el aseguramiento de una mayor calidad de vida con el desarrollo económico (así DE ÁNGEL YÁGUEZ: comentario al artículo 1908 en *Com. Min. Justicia*, II, p. 2047); pero la incardinación de las inmisiones acústicas en el derecho a la intimidad resulta novedoso. Se comprende, por lo demás, que para un modesto Ayuntamiento murciano la instalación de una floreciente empresa de vegetales congelados resulta más atractiva y rentable que una vivienda, al parecer unifamiliar, ubicada a cincuenta metros de la fábrica (en realidad ésta es la que fue autorizada a instalarse junto a aquélla). Quizá no se contaba con la firme determinación de los perjudicados con la creciente contaminación acústica que les había obligado a abandonar la vivienda de su propiedad. Además ha dado ocasión a que se vaya redefiniendo el derecho a la intimidad de modo que lo considero muy satisfactorio para la mayoría de los ciudadanos en relación con la contaminación acústica. Sentencia plenamente de aprobar. (G. G. C.)

17. Deber de información del médico.—La actividad médica tiene como eje el consentimiento informado del paciente. No obstante, para que dicha actividad incurra en responsabilidad, es necesario que el paciente haya sufrido algún tipo de perjuicio. Además, se presentan tres excepciones al deber de informar: 1) cuando los riesgos son conocidos por el paciente; 2) cuando puede perjudicar al paciente, o 3) en situaciones de urgencia (F 2.º).

La jurisprudencia es abundante en este sentido, y es de destacar la S de 13 de abril de 1999, en cuanto alude al contenido del deber-derecho de información. Apoyándose en dos sentencias de 2 de octubre de 1997 y 16 de octubre de 1998, asume la imposibilidad de determinar *a priori* un modelo prefijado de deber de información, pero sí acepta unas notas mínimas, que abarcarían las características de la operación, las ventajas o inconvenientes, sus riesgos y el post-operatorio o incluso la situación ajena a la intervención.

La necesidad de información completa y veraz, continuada, verbal y escrita parte de la Ley General de Sanidad, así como de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ante el derecho del enfermo de ser informado de las posibles consecuencias de la intervención quirúrgica. (STS de 23 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se demanda por doña R. S. B. reclamación de cantidad contra el doctor don S. V. S., debido a que, como consecuencia de una intervención quirúrgica (miringotomía con colocación de tubos de ventilación en los oídos), que resultó efectiva al 100% tras la recuperación, el demandado incurrió en responsabilidad del artículo 1902 CC, al no haber advertido a la actora de los posibles riesgos, así como de los tratamientos alternativos, aunque la práctica del médico fue correcta, tanto su diagnóstico, el tratamiento efectuado, así como la intervención quirúrgica y las pruebas practicadas; sin embargo la membrana timpánica no se recuperó en su totalidad. La sentencia estima la demanda, debido al incumplimiento del deber de información, siendo recurrida en apelación. La Audiencia revoca la sentencia de instancia, al entender que no facilitar la información no fue determinante en las lesiones que padece la demandante. La misma recurre en casación con base en la inaplicación del artículo 1101, en relación con los 1089 y 1544 CC y 10.5 de la Ley de Sanidad.

NOTA.—La sentencia anotada se encuadra en la postura que el Tribunal Supremo adopta en las más recientes resoluciones. Así, es de destacar la S de 27 de abril de 2001, en la que se interviene a una mujer para la realización de una intervención conocida vulgarmente como ligadura de trompas, a la que posteriormente le sigue un embarazo de la misma. Ante la ausencia de información por parte del Servicio Valenciano de Salud, se le responsabiliza aun siendo un supuesto de medicina voluntaria, debido a la exigencia en todo caso de información exhaustiva (comprensión del destinatario) y suficiente (para poder contar con datos claros y precisos). La responsabilidad se origina, además, por el nexo causal existente entre la desinformación y el resultado no querido (FJ 1.º). El contenido del deber de información como establece la sentencia anotada varía según el caso específico, y así lo observamos en la S de 17 de octubre de 2001, en la que se especifica que el deber de información ante la realización de una transfusión sanguínea no consiste, como pretendía el Centro Hospitalario recurrente, en la procedencia y necesidad de transfusión, sino en los pros y los contras de tal actuación sanitaria, y las posibles opciones al respecto, ante la posibilidad de contagio del sida (FJ 2.º). (P. S. S.)

18. Incapacitación y nombramiento de tutor. Procedimiento. Legislación aplicable anterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.—Inicialmente, la acción dirigida a declarar la incapacidad del sujeto sobre el que se formula demanda de incapacitación y la dirigida a constituir la tutela son acciones que deben ventilarse en juicios de diferente naturaleza; en juicio declarativo de menor cuantía, la incapacidad, y por los trámites de jurisdicción voluntaria, la tutela. De ahí se deduce el incompatible ejercicio simultáneo de

ambas acciones al prohibirlo expresamente el artículo 154.3 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 1823 del mencionado cuerpo legal recalca esta distinción al afirmar que los expedientes de jurisdicción voluntaria no serían acumulables a ningún juicio de jurisdicción contenciosa, con lo cual no debía tramitarse como contencioso –menor cuantía– lo que debió tramitarse por jurisdicción voluntaria –tutela.

Sin embargo, el artículo 154 no atiende a peticiones o reclamaciones de jurisdicción voluntaria –como es el caso de las acciones dirigidas a constituir la tutela–. Por su parte, en relación con el artículo 1823 la acción dirigida a constituir la tutela acumulada a un juicio de jurisdicción contenciosa presupone un expediente incoado o promovido, no un pedimento que se formule en un juicio contencioso, aunque el citado pedimento puede hacerse en sede de jurisdicción voluntaria.

Se concluye que «la finalidad de la norma que estatuye la formalidad del proceso contencioso para obtener la declaración de incapacidad y la simplicidad del procedimiento de jurisdicción voluntaria para que el nombramiento del tutor se haga en proceso contencioso, no es la de excluir la petición de nombramiento del tutor de su ámbito, sino la de disponer de un cauce, lo más desformatizado posible, no sólo aplicable a los supuestos en lo que no se provea o pueda proveerse con la celeridad debida a su designación en el mismo proceso, sino también a otros prevenidos por el artículo 222 del CC» (STS de 28 de abril de 2003).

La sentencia que declare la incapacidad ha de fijar la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que debe quedar sometido el incapacitado. Nombramiento de tutor en procedimiento distinto. Situaciones fácticas excepcionales.—El artículo 210 CC preceptuaba que la sentencia en la que se declarase la incapacitación, además de determinar la extensión y los límites de ésta, fijaría el régimen de tutela o guarda a que hubiese de quedar sometido el incapacitado. No obstante, la pretendida ilegalidad del nombramiento de tutor dentro del juicio de incapacitación no podía ser aceptada si nos atenemos a las reglas prevenidas para su determinación. En el caso, como explica la sentencia recurrida, «han sido atendidas las circunstancias personales del demandado, quien desde el año 1994 vive con su hermana y demandante, estando de acuerdo sus otros dos hermanos vivos en que la actora sea nombrada tutora del demandado, y habiendo fallecido los padres de éste se considera como persona más idónea para ser designada tutora del demandado a su hermana doña C. E. L. (art. 234.4 CC), quien deberá comparecer ante este juzgado en el plazo de quince días para aceptar y jurar el cargo, y tomado siempre posesión del mismo para que en el plazo de sesenta días siguientes a la toma de posesión haga inventario de los bienes del tutelado».

Administración judicial de los bienes del demandado.—Habiendo sido nombrada doña C. E. L. administradora judicial de los bienes del demandado, está obligada a rendir cuentas sobre su gestión respecto de la pensión que solicitó al INSS (art. 299 bis CC), acordándose que en fase de ejecución de sentencia se proceda a la oportuna rendición de cuentas. (STS de 28 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El *thema decidendi* del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se contrae a determinar la licitud jurídica del nombramiento del tutor habido en el proceso de incapacitación

del que trae causa la impugnación ya que el discernimiento para referido cargo ha de efectuarse en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (según la DA de la Ley 13/1983 de reforma del Código civil en materia de tutela) y, por ello, separadamente de la declaración previamente acordada de incapacitación en proceso de naturaleza contenciosa (art. 199 CC), en relación con la ya señalada Disposición Adicional. Contra la sentencia de primera instancia recaída en el juicio de menor cuantía que declaró la incapacidad y nombró la tutora que debía representar al incapaz se alzó el Ministerio Fiscal, y frente a la dictada en apelación, que confirmó la proferida en la primera instancia, recurre en casación el Ministerio Fiscal. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Pronunciamientos jurisprudenciales anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 declaran que «es procedente realizar, aparte de la declaración solicitada –incapacitación–, el nombramiento de tutor». Entre otras, la STS de 22 de julio de 1993. En la actualidad, influenciado por la doctrina jurisprudencial anterior, la nueva y vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, expresamente ratifica la práctica que permite que en los procesos de incapacitación (arts. 756 y ss.) se puede solicitar en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, ordenando que sobre esta cuestión se oiga a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el Tribunal considere oportuno. (*M. F. N. C.*).

19. El «levantamiento del velo» de la persona jurídica.—«En el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución Española, se ha decidido prudencialmente, y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 CC) la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de que al socaire de esa ficción o forma legal –de respeto obligado por supuesto– se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC) admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra el interés social, es decir, de un mal uso de su personalidad de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC)» (FD 5.^o).

De esta forma, con la doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica se puede percibir su auténtica realidad y averiguar si la autonomía patrimonial consustancial a la personalidad jurídica es o no utilizada como una ficción con un fin fraudulento o abusivo con el propósito de perjudicar a tercero. En aplicación de esta doctrina tiene declarado el Tribunal Supremo que no cabe sostener la prevalencia de la personalidad jurídica o la separación de patrimonios cuando se da una confusión de los mismos y no existe independencia, hallándonos en realidad ante una mera configuración formal de dos sociedades que no son otra cosa que el desdoblamiento de una persona con fines fraudulentos, rompiendo el principio de buena fe negocial (SSTS de 5 de abril y 16 de octubre de 2001).

La aplicación de esta doctrina requiere que se pruebe que los entes sociales han sido utilizados para perjudicar los derechos de terceros (STS de 16 de noviembre de 1993). (STS de 22 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del juicio ejecutivo seguido por *Construcciones Miguel Peña, S. A.*, contra *Imagínate, S. A.*, el día 4 de mayo de 1993 se practicó diligencia de embargo, trabándose tres inmuebles. Resultó que los citados inmuebles habían sido vendidos por la *Mercantil Imagínate, S. A.* a *Caren, S. A.*, por escritura pública celebrada el día 3 de mayo de 1993. *Caren, S. A.* insta una tercería de dominio contra las demandadas, *Construcciones Miguel Peña, S. A.* e *Imagínate, S. A.*, suplicando que se alce el embargo trabado el 4 de mayo de 1993 sobre las fincas gravadas. *Construcciones Miguel Peña, S. A.* formula reconvencción y oponiéndose a la demanda ejercitada considera que la compraventa era nula por simulación y fraude al coincidir básicamente las personas que ostentan la representación de las citadas entidades y no haberse acreditado el pago del precio. El Juzgado de Primera Instancia desestimó ambas acciones, la de tercería por acreditarse la simulación y su nulidad radical y la reconvencción por apreciarse la falta de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial estimó la tercería al considerar el título válido. *Construcciones Miguel Peña, S. A.* formalizó recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha reiterado en múltiples sentencias que la teoría del «levantamiento del velo» de la persona jurídica consiste en que en ciertos casos y circunstancias, se prescinde de la forma externa de la persona, y a partir de ahí, se penetra en la interioridad de la misma para examinar los reales intereses que existen o laten en su interior, y así poner límite a los fraudes y abusos que por medio de la persona jurídica se pueden cometer (SS de 28 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 16 de julio de 1987, 25 de enero, 29 de abril, 13 de mayo, 24 de octubre y 24 de diciembre de 1988, 16 de octubre de 1989; 3 de junio de 1991, 15 de abril de 1992, 12 de febrero de 1993, 16 de febrero de 1994, 9 de octubre y 11 de noviembre de 1995, 31 de octubre de 1996, 13 de febrero y 25 de octubre de 1997, 9 de noviembre de 1998, 17 de octubre y 22 de noviembre de 2000, 5 y 7 de abril y 8 de mayo de 2001, entre otras muchas).

Las circunstancias por las que el Tribunal Supremo considera acreditada en esta sentencia la interconexión entre ambas sociedades son múltiples: en primer lugar, destaca la deficiente plasmación de la realidad del precio que se dice confesado, también considera la singularidad de que el título de la compraventa se gesta un día antes del de la traba, por último el Alto Tribunal destaca que ambas sociedades provienen de un mismo grupo económico-familiar, como lo demuestra la composición de su accionariado y, en especial, por la actuación relevante que en la estructuración de la compraventa a favor de la tercerista tuvo la presencia de don Manuel que no sólo era el presidente de las dos sociedades, sino que unos días antes de la operación, el 3 de mayo de 1993, otorga poder a favor de su hermano para que éste actúe en nombre de la comprado-

ra. Por consiguiente, el Tribunal Supremo concluye que el tercerista carece de esa cualidad indispensable de ser auténtico tercero en el proceso trabado.

Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia considera que también procede la aplicación de esta doctrina cuando todas las acciones de una sociedad tienen titular único, puesto que en la situación jurídica originada por la reunión en una sola mano de todas las acciones de una sociedad, que legalmente no es causa de disolución de la misma, es más fácil perpetrar este abuso (SSTS de 3 de junio de 1991 y 9 de noviembre de 1998).

Las SSTS de 11 de noviembre de 1995 y 16 de octubre de 2001 resuelven supuestos semejantes al de la sentencia anotada y también entienden que la entidad tercerista carecería de la condición de tercero porque existía una total identidad y confusión, obviamente buscada de propósito, entre dicha sociedad y la ejecutada en aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo». (M. C. L. J.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

20. *Fiducia cum creditore.*—Reiterada y uniforme doctrina de la Sala —SSTS 21 de marzo de 1969, 4 de abril de 1972, 3 de mayo de 1976, 19 de mayo y 2 de junio de 1982, 6 de abril de 1987, 25 de febrero de 1988 y 8 de marzo de 1988— admite la validez y eficacia de dicha figura negocial, caracterizada por el uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la Ley para obtener un resultado que pudo ser logrado por la vía directa del préstamo con afianzamiento previsto en el ordenamiento jurídico, y cuya esencia consiste en un negocio jurídico en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de transmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación garantizada se haya cumplido, sin que, por tanto, pueda motejarse de contrato ficticio, aparente o simulado o disimulado, sino real y existente y querido por las partes contratantes, que lo elaboran mediante un acto formal mixto e integrado por dos independientes, pero de finalidad unitaria, uno de naturaleza real por la que se transmite el dominio, y otro de carácter obligacional que constriñe a la devolución de lo adquirido para cuando la obligación crediticia, que el primero asegura, se haya saldado, constituyéndose en su conjunto en un contrato causal, conforme al artículo 1274 CC.

«La doctrina más reciente se aparta de la teoría del doble efecto, real y obligacional, en el contrato fiduciario e incluso prescinde de la sustantividad de la *causa fiduciae* como comprendida en el artículo 1274 CC. No obstante, no puede tildarse el negocio fiduciario de ficticio o simulado, por lo que la titularidad fiduciaria o propiedad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido y el fiduciante respetar la situación anómala creada, artículos 1255 y 1286 CC, lo que determina la validez entre las partes de la venta en garantía, en cuanto fue elemento determinante de la concesión del préstamo, cuya extinción por pago arrastrará sin duda la titularidad del fiduciario, pero, en tanto no se produzca el cumplimiento, le asistirá un *ius* o *titulus retinendi* y si el cumplimiento no llega a producirse dentro del plazo

para ello estipulado expresamente, consolidará el pleno dominio a su favor, siempre que no existan otros obstáculos, al margen del propio negocio fiduciario, que impidan al contrato, a través del cual fue instrumentado, desplegar la referida virtualidad transmisiva del dominio (STS de 7 de marzo de 1990)». (STS de 15 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—P. S. R. interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre acción reivindicatoria y personal solicitando la elevación a escritura pública del documento de compraventa de la finca. Son antecedentes necesarios para el entendimiento y resolución de esta sentencia los que a continuación se exponen. J. S. S., padre del demandante, apodera mediante escritura pública a su hijo P. S. R. para que, entre otras facultades, pueda vender y comprar inmuebles en nombre de su poderdante. En uso de este poder P. S. R. vende la finca «Can Cornet» a J. E. M., sobre la que ya se había iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria, con reserva de un derecho de readquisición de la misma por precio de 9.900.000 pesetas, siendo en realidad superior; exactamente, asciende a 14.000.000 de pesetas que recibió en su totalidad, renunciando a la impugnación de la venta por causa de lesión en el precio, si la hubiere. Asimismo, mediante documento privado complementario al anterior, J. E. M. vende a P. S. R. por 14.000.000 de pesetas el mencionado inmueble, si bien el pago del precio se aplaza un año sin intereses. J. S. S. demanda a J. E. M. y a P. S. R. solicitando la nulidad de las compraventas por extralimitación en el uso del poder y, subsidiariamente, la rescisión por lesión del contrato por el que se vendió la finca a J. E. M. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pronunciamiento que fue confirmado en apelación. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (M. F. N. C.)

21. La causa del contrato. Teoría subjetiva y objetiva. Los móviles en el contrato.—La doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha tenido presente el aspecto subjetivo de la causa como última *ratio* determinante de la misma. No obstante, se señala la causa como «finalidad genérica prevista por la norma» (FJ 1.^o), partiendo de la definición legal del artículo 1274 CC, en la que en los contratos sinalagmáticos se precisa la causa por el dato objetivo de intercambio de prestaciones (SS de 8 de julio de 1974 y 8 de julio de 1983). La ineffectividad de una prestación prometida no debe considerarse falta sobrevenida del requisito causa (*causa non secuta*), sino relacionarlo con la posibilidad de resolución del artículo 1124 CC, o con la teoría de la frustración contractual, al impedir dicha situación alcanzar el fin perseguido.

Los móviles subjetivos que impulsan a los contratantes han de diferenciarse de la causa del contrato, de carácter objetivo. Se persigue causalizar una finalidad concreta, aunque se acentúe el aspecto subjetivista de la causa, con el propósito de que trascienda al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de ambos contratantes (SS de 16 de febrero de 1935, 20 de junio de 1955, 17 de marzo de 1956, 30 de enero de 1960, 23 de noviembre de 1961, 27 de febrero de 1964, 2 de octubre de 1972 y 3 de febrero de 1981). La relevancia jurídica de los móviles como fin individual necesita

configurarse como causa impulsiva: para que los móviles subjetivos repercutan en el negocio, han de ser conocidas por ambos y elevadas a presupuesto determinante del pacto de ambos (SS de 1 de abril de 1982, 30 de diciembre de 1985, 17 de febrero de 1989, 27 de diciembre de 1996 y 1 de abril de 1998). «El móvil subjetivo es una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio».

Apreciación de simulación contractual como cuestión de hecho.—Es uniforme la doctrina jurisprudencial que considera como cuestión de hecho la apreciación o no de simulación contractual, ya sea absoluta o relativa. Es en primera instancia donde debe dilucidarse la existencia de simulación, mantenida en casación (SS de 9 de junio de 1990, 28 de febrero y 24 de junio de 1991, 29 de enero de 1992, 24 de junio y 20 de julio de 1993, 16 y 3 de junio de 1995, 19 de junio y 31 de diciembre de 1997, 21 de septiembre de 1998 y 5 de febrero de 2000).

Facultad interpretadora de los Tribunales de Instancia.—La interpretación de los convenios, contratos, pactos u obligaciones por parte de los Tribunales de Instancia reside en la propia soberanía juzgadora de los mismos. La posibilidad de rechazar dicha interpretación en casación sólo tiene lugar cuando se haya realizado contraviniendo la legalidad, sean erróneas, disparatadas, arbitrarias o contengan conclusiones disparatadas (S de 18 de junio de 1992), es decir, cuando se desprenda un resultado que pugne contra la elemental lógica, racionalidad o proporcionalidad (S de 11 de febrero de 1993). (STS de 21 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia por dos sociedades demanda en la que solicitaba se declarase nulo e ineficaz el contrato celebrado con los demandados el 4 de mayo de 1994, por simulado. Para las actoras, este contrato exteriorizaba los motivos de celebración de ambas partes al indicar que quedaba sin valor el documento fechado el 21 de marzo de 1994, en el que se comprendían determinados compromisos condicionados al hecho de que fueran expresamente aceptados por dos de los demandados, modificado en el posterior contrato a que dichos compromisos de no proseguir con los trámites judiciales lo serían por plazo de un año. Existiendo por ello simulación contractual, ya que según las demandantes, el contrato realmente querido por las partes era idéntico al realizado el 21 de marzo de 1994. Se solicitó se condenase a los demandados a pagar con carácter solidario a la entidad mercantil la cifra que ascendía a los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado desestima la demanda, recurriendo los actores en apelación, siendo de nuevo desestimado. Se recurre en casación, con base en la violación de la doctrina subjetiva de la causa, y los artículos 1276 y 1282 CC.

NOTA.—La presente sentencia anotada continúa con la línea jurisprudencial que defiende la idea de objetividad en la figura de la causa. La polémica se centra en la relevancia jurídica de los motivos para dilucidar la existencia o no de la causa. Parece continuar con la mayoritaria doctrina de la Sala 1.^a. No obstante, la postura cambia si el caso que se juzga se centra en la apreciación de ilicitud causal, en que la Jurisprudencia adopta una postura más beligerante que la que se presenta en esta sentencia con respecto a la subje-

tividad de la causa y la relevancia jurídica de los motivos comunes a las partes. (P. S. S.)

22. Dolo vicio del consentimiento. Requisitos.—Aunque el Código civil no dice qué se entiende por dolo ni cuáles son las características de la conducta dolosa la doctrina exige los siguientes requisitos: *a)* una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas; *b)* que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido a causa del engaño u otra insidiosa influencia; *c)* que sea grave si se trata de anular el contrato; *d)* que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes (STS de 29 de marzo de 1994).

Dolo. Carga de su prueba al contratante que lo alegue.—El dolo principal o causante no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alegue (SSTS de 22 y 28 de febrero de 1961), no bastan al efecto meras conjeturas (STS de 25 de mayo de 1945) y se necesita constancia de que se emplearon palabras o maquinaciones como conducta insidiosa para provocar la declaración negocial. Es admisible el dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico.

Dolo. Apreciación de los hechos determinantes del mismo.—Conforme a una jurisprudencia consolidada, la apreciación de la existencia de hechos determinantes de vicios del consentimiento, dada su naturaleza de cuestión fáctica, es de exclusiva competencia de los Tribunales de instancia, cuya conclusión probatoria ha de mantenerse invariable en casación si la misma no resulta desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello.

Determinación del objeto del contrato. Cuestión de hecho y error de derecho.—La determinación del objeto del contrato es una cuestión de hecho que no se puede impugnar en casación salvo error de derecho en la apreciación de la prueba. La alegación de error de derecho exige la cita de la norma supuestamente infringida y la exposición de la nueva resultancia probatoria.

Interpretación del contrato. Artículo 1283 CC.—La interpretación del contrato realizada en la instancia es correcta y ajustada al artículo 1283 CC, al no comprender en él cosas distintas ni casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar. Para desvirtuar dicha interpretación es necesario demostrar que la misma es ilógica, arbitraria o contraria a la ley.

Interpretación del contrato. Artículo 1284 CC.—El artículo 1284 CC impide que el empleo de términos equívocos con diversos sentidos o incluso contrapuestos conduzca a una interpretación absurda que prive de efectos a una cláusula o al contrato mismo. Este precepto sólo entra en juego cuando la intención de las partes al contratar no ha podido ser precisada a través de las normas o reglas contenidas en los artículos 1281 y 1282 CC. El artículo 1284 CC únicamente se tiene en cuenta cuando una cláusula admita varios sentidos, pero no cuando sea uno solo, pues en ese caso, entra en juego exclusivamente el artículo 1255 CC, en virtud del cual es eficaz toda cláusula contractual que las partes hayan establecido siempre que no sea contraria a la ley, la moral o al orden público (STS de 28 de enero de 1984).

Interpretación del contrato. Artículo 1286 CC.—Conforme al artículo 1286 CC la interpretación del contrato ha de venir inferida conforme al sentido propio y ordinario de las palabras en el lenguaje utilizado en la contratación mercantil, con preferencia a la significación semántica del aca-

démico y siempre dentro del contexto literal de los documentos en que haya sido empleada la palabra en cuestión e incluso atendido el sentido finalista de los negocios jurídicos que se constaten en tales documentos (STS de 7 de julio de 1989). (STS de 12 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de compraventa de un local de negocio y del negocio de venta de periódicos, se acuerda que durante un período de un mes la parte compradora visite diariamente el negocio a fin de constatar la actividad y productividad del mismo. Transcurrido dicho plazo, la compradora abona parte del precio y recibe las llaves del local objeto del contrato.

La compradora presenta demanda solicitando la anulación del contrato por existencia de dolo en la parte vendedora alegando que le engañó respecto a los ingresos mensuales del negocio, pues le hizo creer que todas las ventas se hacían en el propio local, ocultando que la clientela fundamental del negocio era la que recibía los periódicos a domicilio. La vendedora se opone a la demanda y en reconvencción solicita que se condene a la compradora al cumplimiento del contrato.

En primera instancia se estima íntegramente la demanda y se desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial considera probado que el objeto del contrato fue única y exclusivamente el negocio que se ejercía en el local vendido y la clientela que asistía al mismo y no el negocio de reparto de prensa a domicilio, estima el recurso de apelación presentado por la vendedora, revoca la sentencia dictada en primera instancia y dicta sentencia en la que condena al cumplimiento del contrato. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación presentado por la compradora. (L. S. M. P.)

23. Contrato de renta vitalicia. Anulabilidad por dolo: cómputo del plazo de prescripción de la acción.—Conforme a lo establecido en el artículo 1301 CC, el plazo de prescripción de la acción de anulabilidad por dolo comienza a contarse desde la consumación del contrato. Ahora bien, esto no significa que la acción de anulabilidad nazca en el momento de consumación del contrato, sino que la citada acción podrá ejercitarse hasta que no transcurran cuatro años desde la consumación del contrato.

Consumación del contrato.—Afirma el Tribunal Supremo que la consumación del contrato no puede confundirse con el momento de la perfección del contrato. En este sentido, jurisprudencia reiterada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo afirma que la consumación del contrato se produce cuando están completamente cumplidas todas las prestaciones de las partes (entre otras, SSTS de 5 de mayo de 1983, 11 de julio de 1984 y 27 de marzo de 1989). (STS de 11 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En virtud de dos contratos de renta vitalicia, doña R. P. N. transmite la propiedad de unos bienes a don A. C. P., obligándose éste a pagar, de forma vitalicia, una determinada cantidad de dinero.

Doña R. P. N. interpone demanda contra don A. C. P., solicitando se dicte sentencia en la que se declare, entre otras cosas, la

anulabilidad de los contratos de renta vitalicia, por tratarse de negocios jurídicos en los que el consentimiento se prestó mediando dolo e intimidación.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

24. Opción de compra. La congruencia es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, en tanto que la motivación es la justificación del fallo, sin que ni una ni otra exijan una respuesta pormenorizada a cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes.

La congruencia es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia (así, SS de 8 de febrero y 11 de abril de 2000, 10 de abril y 16 de mayo de 2002) y la motivación exige un razonamiento que justifica el fallo que adopta la sentencia (SS de 12 de febrero de 2001, 1 de febrero y 25 de noviembre de 2002) sin que puedan confundirse uno y otro concepto (S de 2 de marzo de 2000). En el presente caso, no hay incongruencia omisiva (STC 187/2000, de 10 de julio) por cuanto se ha estimado esencialmente el *petitum* del suplico de la demanda, ni falta de motivación, por cuanto se ha justificado sobradamente la decisión que toma la sentencia; ni una ni otra alcanzan a la respuesta pormenorizada de cada uno de los argumentos que ha empleado cada una de las partes.

La denegación de la prueba de confesión judicial de la demandante no genera indefensión cuando es justificada, ni supone un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.—El motivo cuarto, también formulado al amparo del núm. 3 del artículo 1692 LEC, estima vulnerado el artículo 579 de la misma ley, por cuanto no se practicó la prueba de confesión judicial de la demandante. Este motivo se desestima, en primer lugar, en virtud del artículo 1693, porque no aparece pedida en la instancia la subsanación de la falta que se alega haberse cometido, ni aparece indefensión alguna, por cuanto los hechos han quedado suficientemente acreditados para resolver la acción ejercitada y, en segundo lugar, porque la denegación no es, por sí, un quebrantamiento de forma esencial del juicio, sino que exige (como dice la S de 7 de octubre de 1999) que se haga sin causa justificada, que produzca indefensión real y efectiva y que se haya pedido la subsanación, requisitos que no concurren en el presente caso.

La casación no es una tercera instancia: no cabe pretender que en ella se haga supuesto de la cuestión ni que se efectúe una nueva valoración de la prueba.—El motivo quinto alega que no se ha valorado adecuadamente la prueba documental y mantiene que la opción se ejerció en tiempo y forma. Es inaceptable y debería haber sido inadmitido un motivo que pretende una nueva valoración de la prueba, como si de una tercera instancia se tratase, ignorando la función de la casación (así, SS de 31 de mayo y 23 de noviembre de 2000); es hecho que se ha declarado probado la falta del pago, es decir, del ejercicio de la opción, en el plazo previsto y mantener lo contrario es hacer supuesto de la cuestión, lo que está vedado en casación (SS de 3 de mayo de 2001, 13 de septiembre y 21 de noviembre de 2002), por lo que no hay infracción alguna de las normas del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la prueba documental que se alegan como infringidas.

La opción de compra no es un contrato del que surge una compraventa, sino un precontrato o, en todo caso, un derecho concedido por una parte a otra, para exigir unilateralmente, en un determinado plazo, la celebración de un contrato de compraventa.—En el motivo sexto se denuncia infracción de la jurisprudencia y se alega como infringido el artículo 1.6 CC y se hace mención del artículo 1445 del mismo código, para mantener que con la opción aparece una compraventa. No es así y confunde un precontrato con un contrato. En la opción, una parte atribuye a otra un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente, la puesta en vigor de un concreto contrato. Por tanto, si se ejercita la opción de compra, aparece la compraventa; pero ésta no nace si, al no ejercitar la opción en el plazo previsto, queda caducada. Así lo configura la jurisprudencia en innumerables SS: 17 de marzo y 18 de junio de 1993, 24 de mayo y 30 de junio de 1994, 14 de febrero de 1997, 11 de abril y 14 de noviembre de 2000. Éste es el caso presente. Por lo cual no se ha infringido doctrina jurisprudencial alguna.

La misma confusión se produce en el motivo séptimo, en el que alega la infracción del artículo 1451 CC. Éste es un precontrato bilateral de compraventa, difícilmente distinguible del contrato de compraventa y que no es el caso presente, en que se dio un claro precontrato de opción de compra. Así, SS de 6 de junio y 11 de octubre de 2000. (STS de 5 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La dueña de un inmueble que había concedido una opción de compra del mismo, demanda que se declare extinguida la opción por transcurso del plazo de ejercicio y que se le devuelva la posesión del inmueble en cuestión, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, tras declararse también la extinción del contrato de arrendamiento que se había celebrado sobre el mismo inmueble y entre las mismas partes, una vez extinguida la opción.

La sentencia de casación confirma íntegramente la de apelación en la que, al igual que en la de primera instancia, se acogían las pretensiones principales de la demandante. (M. C. B.)

25. Legitimación activa del beneficiario de un contrato por persona a designar.—Habiéndose pactado en la estipulación cuarta del contrato litigioso, titulada «Plazo y forma de entrega» que «la escrituración se realizará a nombre de la persona física o jurídica que el acreedor designe» y habiendo tenido cabal conocimiento las entidades hoy recurrentes de la designación a tal efecto de la mercantil codemandante antes de la interposición de la demanda, como ellas mismas reconocen en los hechos quinto y sexto de su contestación a la misma, es indudable no sólo el interés legítimo de dicha mercantil en un sentido amplio y favorable a su tutela judicial conforme a los artículos 24 CE y 7.3 LOPJ, sino también su legitimación activa y muy directa para formular los dos primeros pedimentos de la demanda.

Naturaleza representativa del contrato por persona a designar.—La más autorizada doctrina que ha tratado del contrato por persona a designar, aproximándolo a un supuesto de representación directa en que el contrato se entiende concluido por el representante original o por la persona designada según se ejercite o no la facultad de designar, lo configura como un contrato

único con dos sujetos alternativos de los que uno es el contratante y el otro la persona a designar, bajo condición resolutoria para aquél y bajo condición suspensiva para éste, que en el caso examinado no sólo fue efectivamente designado sino que, además, manifestó su aceptación mediante un acto tan concluyente como la interposición de la demanda.

La parcialidad sobrevenida del árbitro designado deja expedita la vía judicial.—Designado en su día el árbitro por las partes en el propio contrato atendiendo a la relación que por entonces tenía con las dos y la especial confianza que a ambas les merecía, y manifestada antes de la comparecencia del juicio de menor cuantía su renuncia por una causa que le impedía desempeñar su cometido con imparcialidad tras haber intentado aproximar a las partes a una solución extrajudicial, se produjo una situación equivalente a la contemplada en el apartado 2 del artículo 38 de la Ley de Arbitraje para dejar expedita la vía judicial, máxime cuando ya antes de contestar a la demanda, y por tanto de proponer la correspondiente excepción, la parte demandada había impedido en gran medida el arbitraje sobre «desarrollo o liquidación del contrato» al transmitir el local a un tercero, conducta claramente demostrativa de su falta de interés real en el arbitraje por la persona designada en su día o por cualquier otra.

Ámbito propio de la Ley de Represión de la Usura.—El contrato litigioso no era un préstamo ni equivalía a una operación de préstamo de dinero, ámbito propio de la Ley de 1908 según sus artículos 1 y 9, en el escrito de contestación a la demanda no se pidió declaración de nulidad alguna, alegándose únicamente la improcedencia de la condena al pago de la cantidad ya mencionada y, en fin, ninguna prueba propuso la parte demandada sobre una posible desproporción manifiesta del interés pactado con el normal del dinero por aquella época, cuyos tipos por cierto ni siquiera se sugieren o apuntan en el motivo aquí examinado.

El interés pactado en una cláusula penal no tiene carácter usurario.—La parte demandada-recurrente, sin hacer un análisis mínimo de la función contractual de la cláusula en que se estipulaba ese interés del 3% mensual, da por sentado sin más que cualquier pacto de intereses superiores al normal del dinero, al margen de su finalidad y del tipo de contrato en que se inserte, es nulo de pleno derecho, tesis rotundamente desautorizada por el texto del propio artículo 9 de la Ley de 1908 que se cita como infringido y, desde luego, por sentencias de esta Sala que, además de exigir el oportuno ejercicio de la acción de nulidad para que ésta pueda declararse (STS de 15 de noviembre de 1995 en recurso núm. 2457/92), supeditan la aplicabilidad de la Ley de Represión de Usura de 1908 a la necesaria e inexcusable existencia de un préstamo de dinero en forma directa o encubierta (STS de 8 de noviembre de 1994 en recurso núm. 3544/92), naturaleza difícilmente predicable de un contrato que, como el litigioso, tenía como contenido esencial el reconocimiento, en el año 1989, de una deuda a consecuencia de relaciones comerciales entre las partes que se remontaban al año 1982 (manifestación I), la determinación de su importe en 23.777.000 pesetas (estipulación primera), su pago mediante venta en dación en pago de un local o edificio a construir (estipulación tercera) y, en fin, la fijación de un plazo de veinte meses para la entrega del local, cuyo incumplimiento determinaría la automática aplicación de un interés del 3% mensual al monto total de la deuda reconocida «en concepto de remuneración legal del dinero retenido, prevaloración de daños y perjuicios y cláusula penal por incumplimiento» (estipulación cuarta). Lo pri-

mordialmente pactado fue, pues, una cláusula penal con función claramente coercitiva o del estímulo al cumplimiento del deudor en lógica contrapartida al plazo que se le concedía para cumplir, de suerte que difícilmente cabe detectar operación alguna equivalente a un préstamo de dinero ni apreciar ninguna de las circunstancias que según el artículo 1 de la Ley de 1908 serían determinantes de su nulidad. (STS de 27 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes habían suscrito años atrás un contrato de reconocimiento de deuda que se saldaría mediante la dación en pago de un local comercial pendiente de construirse, que se entregaría a la persona que designase la acreedora. Las demandantes solicitaron el cumplimiento del contrato de dación en pago y el pago de diversas indemnizaciones de daños y perjuicios originados por el incumplimiento de la demandada. Después de transmitir a un tercero el local comercial objeto del litigio, la demandada negó que uno de los demandantes tuviera legitimación activa por tratarse del beneficiario en un contrato por persona a designar; también alegó la incompetencia del tribunal por existir un convenio arbitral suscrito entre las partes; denunció que el interés pactado para calcular la indemnización de daños y perjuicios era usurario, pretendiendo que se aplicase en su lugar el interés legal del dinero. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda al admitir la excepción dilatoria de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo estimaron la demanda y condenaron a la demandada al cumplimiento del contrato y a indemnizar los daños y perjuicios previstos. (L. F. R. S.)

26. Resolución del contrato por incumplimiento.—La facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas, prevista en el artículo 1124 CC, exige ineludiblemente que el que pretenda la resolución haya cumplido las obligaciones que a él le incumben (SSTS de 22 de octubre de 1985, 14 de abril y 30 de junio de 1986, 13 de marzo de 1990, 18 de marzo y 22 de mayo de 1991, 9 de mayo de 1994, 24 de octubre, 16 de noviembre y 27 de diciembre de 1995).

La *exceptio non rite adimpleti contractus* como oposición al ejercicio de la resolución por incumplimiento.—El éxito de dicha excepción de contrato no cumplido adecuadamente —como justa causa de oposición a la acción resolutoria— está condicionado a que el defecto o defectos sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del otro contratante. Dicha excepción no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del contratante quede satisfecho con lo entregado u ofrecido (STS de 13 de enero de 1985). (STS de 14 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de octubre de 1994 las partes celebran un contrato de compraventa de un inmueble. En ese momento, el comprador entrega parte del precio y se acuerda que el resto se abone en abril de 1995. Cumplido dicho plazo, el comprador no

abona el resto del precio y el vendedor efectúa dos requerimientos notariales en los que insta la resolución del contrato. El comprador contesta al último de ellos y se opone a la resolución alegando la existencia de incumplimiento por parte del vendedor (falta de titulación del vendedor para otorgar escritura pública, ausencia de urbanización y falta de terminación de algunos elementos de la vivienda).

La parte vendedora presenta una demanda en la que solicita la resolución del contrato por incumplimiento del comprador. Por su parte, la compradora había presentado una demanda solicitando el cumplimiento del contrato. Se procede a la acumulación de autos.

En primera instancia se desestima la demanda de la parte compradora y se estima la demanda presentada por la parte vendedora, declarando la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del comprador. En apelación se revoca la sentencia dictada en primera instancia y se estima la demanda interpuesta por la compradora, condenando al cumplimiento del contrato. La vendedora presenta recurso de casación en cuyos motivos alega infracción del artículo 1124 CC. (*L. S. M. P.*)

27. Doctrina jurisprudencial sobre los requisitos exigidos para que proceda la indemnización de daños y perjuicios.—Los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1101 CC, según la jurisprudencia, son: la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios ocasionados a los otros contendientes y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos (S de 30 de noviembre de 1973).

Falta de prueba del incumplimiento contractual que origina daños morales.—Dado este marco inexcusable de interpretación jurisprudencial, no se aprecia en el caso de autos que se haya probado incumplimiento contractual necesario para la exigencia de los daños morales, que parcialmente se han estimado en la sentencia recurrida. (Sin que suponga olvido de la posible responsabilidad extracontractual por daños acústicos, que implica acción no ejercitada en estos autos). Y así resulta del proyecto de construcción de pisos en el que aparecen paredes separadoras de propiedades o usuarios distintos, ladrillo hueco doble que es el que el perito reconoce que se ha empleado, al margen de las consecuencias que unilateralmente en este aspecto concreto de la construcción obtiene y sin que se alegara desviación en la construcción de las paredes separadoras, de donde provendría la producción de daños morales. Ello implica la infracción denunciada, pues tampoco se alude ni se prueba la conducta de la promotora constitutiva de dolo, negligencia o morosidad. (**STS de 10 de julio de 2003**; ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes reclamaron a la promotora de una urbanización por diversos conceptos; entre ellos se solicitaba la indemnización de los daños morales sufridos, por valor de 1.500.000 pesetas a cada uno de los actores. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y, en concreto, condenó a la demandada a indemnizar por los daños morales, por importe de

750.000 pesetas a cada demandante. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, reduciendo la cuantía de la indemnización del daño moral a 250.000 pesetas a cada demandante. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la promotora y dejó sin efecto la obligación de indemnizar por los daños morales. (L. F. R. S.)

28. Acción pauliana. *Consilium fraudis*. No necesidad de un ánimo fraudulento en el tercero.—No se exige en el tercero una intención o propósito específico de perjudicar al acreedor anterior, bastando para la apreciación del *consilium fraudis* que tenga conocimiento de que el deudor, con esa operación, se queda en situación de no poder dar satisfacción a los créditos contraídos con anterioridad.

Prelación de créditos. Artículo 1923.3.º CC.—En dicho precepto se establece la preferencia de los créditos hipotecarios anotados en el Registro de la Propiedad sobre los bienes hipotecados, respecto a los demás créditos que consten en escritura pública.

Hipoteca. Artículo 1876 CC.—Conforme a este artículo, la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida. (STS de 13 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora ejercita acción rescisoria o pauliana frente a la constitución por los demandados de tres hipotecas sobre tres fincas urbanas que hicieron imposible el reembolso de los préstamos otorgados por la demandante, cuyos avalistas eran los titulares de las fincas.

Los créditos de la actora constaban en documento público y habían sido otorgados en 1991, 1992 y 1993. En diversas fechas del año 1994 la actora promovió diversos procedimientos ejecutivos para el cobro de dichos créditos. Su reembolso fue imposible debido a la existencia, junto con otros gravámenes, de tres hipotecas. Éstas fueron constituidas el 24 de enero de 1994 e inscritas en el Registro el 20 de septiembre del mismo año, para la realización de unos préstamos que sin dichas garantías no se habrían obtenido. La demanda se desestima tanto en primera instancia como en apelación.

NOTA.—La Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, de reciente entrada en vigor (1 de septiembre de 2004), ha derogado las disposiciones contenidas en el Título XVII del Libro IV del CC («De la concurrencia y prelación de créditos») relativas a los procedimientos de quita y espera y de concurso, manteniendo las de preferencia de créditos para los supuestos de ejecución singular. Los artículos 89 a 92 de la citada ley son los que establecen la clasificación de los créditos en caso de concurso.

Para evitar problemas de desajuste entre la regulación de la concurrencia y prelación de créditos en los ámbitos concursal y extraconcursal, la DF 31.^a encomienda al Gobierno que en el plazo de seis meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de la Ley Concursal presente a las Cortes Generales un Proyecto de Ley

sobre reforma de los Códigos civil y de comercio en materia de concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares. (B. F. G.)

29. El plazo de ejercicio de la acción de rescisión por fraude de acreedores es de caducidad.—El plazo establecido en el artículo 1299.1 CC, no es susceptible de interrupción, pues se trata de un plazo de caducidad, según ha sido entendido por la jurisprudencia como se recoge en la S de esta Sala de 4 de septiembre de 1995, al señalar que «tal plazo se ha entendido por la jurisprudencia como de caducidad según se deduce de las SS de 4 y 5 de julio de 1957, valiendo para la rescisión de los contratos lo que la primera de ellas aplicó a la rescisión de las acciones, lo que se desprende de la locución empleada ('dura' o 'durará'), y la naturaleza preclusiva del término fijado para el ejercicio eficaz de un derecho, que decae por su no utilización, para dar fijeza a la propiedad y seguridad a las transacciones».

El momento desde el que comienza a computarse el plazo de caducidad es el de inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad.—No habiendo señalado, salvo lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1299, para los dos casos específicamente contemplados en el mismo, el momento a partir del cual ha de comenzar el plazo, la jurisprudencia ha aplicado para estos supuestos, por interpretación analógica, el artículo 1969 CC, por entenderlo el más favorable para el perjudicado, y dada la natural y estructural semejanza de la caducidad y la prescripción (como señaló ya la S de esta Sala de 16 de febrero de 1993), el señalado en el indicado precepto para éstas, el momento en que la misma puede ser ejercitada; que en el supuesto de autos entendemos ha sido el correctamente aplicado por la sentencia recurrida, al deferirlo al momento de la inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad.

El ejercicio conjunto de las acciones penal y civil no interrumpe el plazo de caducidad.—Lejos de haber reservado en el proceso penal las acciones civiles, la entidad hoy actora en el proceso civil había comparecido anteriormente en el proceso penal como acusador particular, ejercitando conjuntamente la acción penal y la civil indemnizatoria derivada de ese delito de alzamiento a la que se dio lugar en primera instancia, que junto a la condena penal del señor S. y señora A., se les condenaba a que solidariamente, en concepto de indemnización, pagasen al ahora recurrente la suma de 20.480.264 pesetas que es la cantidad que el señor S. adeudaba a CASE, S. A., pronunciamiento este que fue dejado sin efecto en la sentencia de apelación, por entender la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial que en esta clase de delitos, que se fundamentan en la insolvencia de los imputados, la condena a una indemnización no conduce a ningún resultado positivo y lo procedente habría sido la solicitud de que se dejaran sin efecto los contratos llevados a cabo en fraude de acreedores, y acordar reponer el patrimonio del deudor a la situación que gozaba antes de la celebración de los negocios jurídicos fraudulentos. (STS de 30 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Después de un proceso penal en el que el acreedor que era acusador particular no se reservó las acciones civiles y en el que los deudores fueron condenados por delito de alzamiento de

bienes, el acreedor instó un procedimiento civil solicitando la rescisión por fraude de acreedores de la compraventa efectuada por los deudores. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró rescindidos la compraventa y ulteriores hipotecas referidas a la finca enajenada. Interpuesto recurso de apelación, fue estimado por la Audiencia Provincial, al considerar que había caducado la acción de rescisión, puesto que el ejercicio conjunto de las acciones penal y civil no había interrumpido el plazo de ejercicio de la acción. El Tribunal Supremo declaró que no había lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

30. Tercería de mejor derecho en relación con preferencia de créditos. La preferencia entre créditos sin privilegio especial se determina por el orden de antigüedad de las fechas de los documentos públicos en los que se instrumentan. No obstante, las pólizas de préstamo incorporan un crédito líquido desde la fecha del título en tanto que las pólizas de crédito incorporan un crédito que sólo lo es al cierre de la cuenta.—Hay que tener en cuenta que tratándose de créditos sin privilegio especial que constan en escritura pública, a los que se equiparan los documentos intervenidos por Corredor de Comercio Colegiado (SS de esta Sala de 6 de junio de 1996 y las que en ella cita, de 21 de septiembre de 1984, 3 de noviembre de 1989, 5 de diciembre de 1991 y 22 de marzo de 1994), a tenor del precepto señalado como vulnerado por la parte recurrente, la preferencia entre sí se determina por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras, o en este caso, las pólizas mercantiles; ahora bien, para la concreción de esa fecha hay que tener en cuenta determinadas circunstancias que en ocasiones no vienen expresadas en el título, como es la determinación desde cuándo el crédito que tiene el tercerista ha de entender que es de líquido y exigible; por lo que a este respecto, la doctrina de esta Sala ha distinguido las pólizas de préstamo de las de crédito (SS de 30 de junio de 1994, 30 de octubre de 1995 y 18 de febrero de 2002), sosteniendo respecto a las primeras, que la fecha de su liquidez hay que referirla a la fecha del título, dada la propia naturaleza del negocio, el préstamo, que supone la entrega de una cantidad determinada de dinero, que ha de ser devuelta en determinados plazos, con un interés también previamente establecido, por lo que no hay duda sobre la liquidez de la cantidad exigible; cuestión distinta se contempla en las pólizas de créditos, supuestos en los que la liquidez se fija al cierre de la cuenta, en atención a que la suscripción de estas clases de póliza supone para el acreditado la concesión de un crédito hasta determinada cantidad, de la que podrá disponer de acuerdo a sus necesidades, por lo que la cuantía de la deuda no está en ningún caso determinada en el momento de suscripción de la misma, ya que su cuantía depende del uso que el acreditado haga de su crédito, por lo que necesita de una liquidación al cierre de la cuenta, y es la fecha de ésta la que determina la preferencia, porque es cuando la deuda puede entender que es líquida.

En el caso de autos, como se ha expuesto en el fundamento primero de esta resolución, pese a los razonamientos que se hacen en la sentencia recurrida, no existen motivos para modificar la doctrina expuesta en el párrafo anterior, ya que la cláusula en que pretende basar la modificación, como se ha puesto de manifiesto en la S de esta Sala de 30 de abril de 2002, supone pura y simplemente un pacto procesal que trata de facilitar el proceso

ejecutivo, pero que en nada afecta a la prelación del crédito del tercerista fundado en la póliza de préstamo, que constituye una obligación líquida, toda vez que se perfeccionó por la entrega de la cosa. En la misma línea están las SS de 4 de julio y 2 de noviembre de 2002, al sostener que la póliza de préstamo refleja una indiscutible realidad crediticia que representa una deuda exigible, porque en los contratos de préstamo la cantidad prestada se entrega al tiempo de la suscripción, por lo que no hay duda de que será la fecha de la escritura o de la póliza la que habrá de tenerse en cuenta a efectos de preferencia, y no a la de su liquidación, que se limitó a verificar una operación aritmética, y todo ello, a que como es corriente, como se sostiene en la S citada de 4 de julio, aunque el préstamo se haya pactado con interés y el tiempo, como ocurre en este supuesto, concluyendo la fundamentación de la sentencia indicada que «en definitiva, una deuda tiene carácter de líquida cuando el exacto cálculo de la cuantía de la deuda puede determinarse mediante la realización de determinadas operaciones matemáticas, al ser conocidas de manera evidente las premisas económicas que, con toda certeza, conduzcan al necesario señalamiento de la cuantía de la misma», por lo que hay que concluir que el cálculo de los intereses no constituye, en el caso de autos, operación compleja.

Por lo expuesto ha de darse lugar al recurso de casación y anulando la sentencia de apelación, mantener, confirmándola, la sentencia de primera instancia en todos sus pronunciamientos incluido el de costas. **(STS de 7 de mayo de 2003; ha lugar.)**

HECHOS.—Instada por cierta entidad bancaria la ejecución de una póliza de crédito y obtenido así el embargo de bienes del deudor, otro banco interpone tercería de mejor derecho, al existir a su favor una póliza de préstamo de fecha anterior a la de la ejecutante. La sentencia de primera instancia da la razón al tercerista, basándose en la preferencia crediticia establecida por el artículo 1924.3.º CC a favor del titular del crédito de fecha más antigua. La sentencia es revocada por la de apelación, por estimar que el crédito del tercerista, al ser un préstamo a interés variable, no era líquido desde la fecha del título, sino que la determinación de la cantidad adeudada quedaba a expensas de complejas operaciones aritméticas que debían realizarse por el Banco acreedor para poder proceder a la ejecución del crédito. Interpuesto recurso de casación contra la sentencia de apelación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo. *(M. C. B.)*

31. Contrato de arrendamiento financiero-*leasing*. Prelación de créditos.—Para resolver el conflicto preferencial habrá de estarse a la fecha de la póliza de arrendamiento financiero. Así lo viene declarando reiteradamente la jurisprudencia, dado que en el arrendamiento financiero la exigibilidad del precio del arrendamiento surge desde el momento mismo de la firma aunque se establezcan cuotas periódicas de amortización, por lo que producido el impago en los términos pactados, la liquidez de la deuda se consigue mediante una sencilla operación aritmética, al igual que sucede con el préstamo en que se haya pactado su amortización en plazos. **(STS de 17 de junio de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—La mercantil *Mapfre Leasing, S. A.* interpuso demanda contra las entidades *Banco Gallego, S. A., Suministros Hidráulicos Neumáticos Betanzos*, don E. V. C. y doña. E. L. S. solicitando se declarase preferente su crédito. El Juez de Primera Instancia núm. 4 de La Coruña dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

32. Novación de la obligación. Salvo que conste terminantemente la voluntad de las partes de dar por extinguida la obligación primitiva, produciendo una novación extintiva de la misma, las modificaciones operadas en la obligación sólo producen una novación modificativa. Para que la asunción de la deuda tenga efectos liberatorios y no meramente cumulativos, es preciso el consentimiento expreso del acreedor, que no puede presumirse.—El análisis de la doctrina de esta Sala, en buena parte expuesta en las sentencias que se citan por el recurrente, permite sentar las siguientes conclusiones:

a) El concepto de novación está considerablemente ampliado en nuestro ordenamiento con relación al que a la misma correspondía en Derecho romano, pues actualmente comprende, al lado de la figura tradicional de la novación extintiva, la impropia o meramente modificativa. Es más, debe entenderse que es esta última la que se produce en todos los supuestos del artículo 1203 CC, salvo que —como previene el artículo 1204— otra cosa se manifieste terminantemente por las partes o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles. De la conjunta interpretación de los mencionados preceptos se desprende que ha de verse reducido notablemente el alcance que pudiera parecer correspondería a esta institución a la vista de la rúbrica del capítulo IV del Título Primero del Libro IV del Código civil y de la afirmación, aparentemente general, del artículo 1156, que lo encabeza (SS de 19 de abril de 2002 y de 24 de octubre de 2000).

b) El deslinde entre la novación propia y la meramente modificativa ha de realizarse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la alteración que se produzca (SS de 26 de julio de 1997 y 1 de diciembre de 1989).

c) Para que la asunción de deuda determine la extinción de la obligación primitiva se exige que haya concurrido la anuencia o ratificación expresa del acreedor, la cual nunca puede entenderse prestada en forma tácita o presuntiva, pues aquél no puede ver cambiada la persona de su deudor sin haber manifestado categóricamente su consentimiento (SS de 25 de enero de 1999 y 26 de abril de 1993, entre otras).

d) No existe en el Código civil precepto alguno que pueda servir de base a la tesis de que la simple modificación subjetiva de la obligación implique necesariamente la extinción de la misma, máxime si lo que sucede es la incorporación de un deudor más, que se compromete al pago sin liberar a los deudores primitivos (S de 9 de noviembre de 1998).

Es evidente que en el caso que nos ocupa, el hoy recurrente no ha intervenido en el convenio transaccional a que llegaron *Prima Inmobiliaria* y *Grimpol*, por lo que no ha podido prestar en él su anuencia a un supuesto

cambio de deudor motivado por la asunción de deuda de la primera entidad en cuanto a las costas judiciales causadas en el juicio 1020/89. Tampoco consta que, con posterioridad a dicho convenio, hubiese realizado una renuncia expresa a los derechos de que respecto a *Grimpol* se hallaba investido, como consecuencia de la representación procesal que de esta entidad había ostentado en aquellos autos. Por otra parte, el hecho de que formulase su reclamación directamente frente a *Prima Inmobiliaria* no puede ser interpretado como una implícita renuncia a su crédito contra su poderdante, pues a tal valoración se opone la consideración de que estaríamos presumiendo la existencia de un perdón o una liberación de deuda tácitos absolutamente carentes de contraprestación y por tanto de causa, los cuales no pueden ser calificados de razonables ni de razonables en el tráfico jurídico.

Forzoso es llegar a la conclusión de que el señor R. G. al demandar a *Prima Inmobiliaria* se limitó a ejercitar una de las opciones (sin excluir otras) que el acuerdo transaccional le concedía y que con su actuación beneficiaba a *Grimpol* al evitarle la anticipación de fondos, pues en virtud del contrato de mandato esta entidad se hallaba obligada a abonar a su Procurador sus derechos, gastos y suplidos, sin esperar a ser reintegrada por la parte condenada al pago de las costas.

La evidencia de que en todo caso ha existido una asunción de deuda no extintiva, sino meramente cumulativa obliga a acoger los motivos del recurso que han sido objeto de estudio y hace innecesaria la consideración de los restantes. (STS de 10 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad anónima contrata los servicios de un Procurador para que la represente en un juicio contra otra sociedad. Terminado el proceso con una condena en costas para la parte demandada, ambas sociedades celebran un contrato de transacción en cuya virtud la condenada asume la obligación de pagar directamente al Procurador de su contraparte los honorarios devengados por sus servicios. Ante el retraso en dicho pago, el profesional decide demandar a su mandante, obteniendo en primera instancia una sentencia que condena a la empresa que le contrató a satisfacerle sus honorarios en el caso de que no lo haga la que asumió dicha obligación en la transacción posterior. Apelada la sentencia de instancia, la Audiencia Provincial la revoca, por lo que el demandante interpone el recurso de casación al que el Tribunal Supremo declara haber lugar, basándose en que no hubo consentimiento del acreedor a una asunción de deuda liberatoria. (M. C. B.)

33. Las obligaciones dimanantes de los subcontratos de obra forman parte de la cesión del contrato administrativo de obra.—El efecto característico de la cesión del contrato, como consecuencia de la convergencia de voluntades, es la asunción por el cesionario, en virtud de la subrogación en la posición contractual, de las obligaciones pendientes que incumbían al cedente (SS, entre otras, de 26 noviembre de 1982, 5 de marzo de 1994 y 9 de diciembre de 1997). Las obligaciones dimanantes de los subcontratos de obra forman parte de la cesión del contrato administrativo de obra, sin que obste la naturaleza civil de aquéllos, y los eventuales derechos que puedan o hayan podido corresponder a los subcontratistas respecto de la entidad subcontratante (contratista cedente) son ajenos al objeto de este pleito.

Para que se produzca la subrogación en las obligaciones del cesionario del contrato no es necesario un pacto especial.—No era necesario ningún pacto especial para entender incluidos los subcontratos civiles, ni en absoluto cabe limitar la subrogación en los derechos y obligaciones del contrato administrativo en los términos en que se pretende en el motivo, lo que además produciría la paradoja, rechazable por absurda, de que la demandada cesionaria tendría todos los derechos económicos respecto de la dueña de la obra y ninguna de las responsabilidades respecto de las empresas que las ejecutaron, o tenían concertada la realización. (STS de 9 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La contratista administrativa de una obra cedió el contrato a la demandada, que se negó a pagar las deudas contraídas por la cedente con el subcontratista demandante. Alegaba la demandada que desconocía la existencia de ese subcontrato y que no había ningún pacto especial en el contrato de cesión por el que asumieran las deudas de la cedente. El subcontratista reclamó las deudas al contratista cesionario y el Juez de Primera Instancia desestimó las demandas acumuladas, pero la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo las estimaron. (L. F. R. S.)

34. Aliud pro alio.—La demandante en primera instancia entrega unas molduras en malas condiciones inhábiles para el uso al que están destinadas. Existe un propio y verdadero incumplimiento, en cuanto impide el normal funcionamiento del contrato, frustrando las legítimas expectativas de las partes (SSTS de 27 de octubre de 1981, 11 de octubre de 1982, 7 de marzo de 1983, entre otras).

En relación a si es o no de aplicación al supuesto el artículo 1124 CC, una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento no es requisito exigido, bastando «tan sólo con frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte —SSTS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985—», pudiendo optarse, entonces, por la resolución, ante la entrega de cosa inservible «con independencia de que la venta sea civil o mercantil —SSTS de 29 de febrero de 1988, 24 de mayo y 30 de septiembre de 1989, 29 de abril y 10 de noviembre de 1994 y 1 de diciembre de 1997—». Finalmente, debe concluirse este punto señalando, con la STS de 19 de enero de 1998, que «la declaración de cumplimiento de los contratos es de orden fáctico, aunque la trascendencia jurídica del incumplimiento implica cuestión de derecho apreciable en casación».

No puede admitirse que por el hecho de quedar perfeccionada la venta con la entrega de la cosa, sólo asistan al comprador las acciones sujetas de caducidad del artículo 1490 CC. En este sentido señaló la STS de 3 de marzo de 1981 que «al no responder el objeto entregado a las condiciones estipuladas, le ha hecho inservible para la adquirente». Tampoco puede aceptarse la tesis del artículo 342 CCO, pues «no equivale a los vicios internos la inhabilidad total del objeto —SSTS de 20 de octubre de 1984 y 6 de marzo de 1985—». (STS de 13 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Paneles y Perfiles S. A.* formuló demanda contra *ROS-I S. A.*, tendente a una condena a la demandada al pago de 15.112.804 pesetas, más sus intereses, correspondientes al precio de determinadas compraventas mercantiles efec-

tuadas durante el año 1995, entre ellas, molduras con defectos que, según los dictámenes periciales, se hacían inservibles para el uso al que estaban destinadas. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimatoria de la demanda y desestimatoria de la reconvencción formulada por la entidad demandada. Recurrida dicha sentencia, la Audiencia provincial estima el recurso revocando en su totalidad la sentencia de primer grado y desestimando íntegramente la demanda interpuesta por *Paneles y Perfiles S. A.*, absolviendo de todos los pedimentos a la demandada, condenando pagar al demandante en concepto de daños y perjuicios la cantidad resultante en ejecución de sentencia. Contra dicha resolución *Paneles y Perfiles S. A.* interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Nos encontramos ante un supuesto de *aliud pro alio*, lo cual indica entrega de cosa distinta en cuanto no cumple las características exigidas al respecto con arreglo al fin para el que fue concertado el contrato, resultando inútil para su destino, equiparable a la falta de entrega y que le alcanza el plazo de prescripción de quince años, propio de las obligaciones personales. (*M. F. N. C.*)

35. Acción de resolución de contrato por incumplimiento. La devolución de las prestaciones es consecuencia obligada de la resolución del contrato, que produce efectos *ex tunc*, sin que tal devolución confiera a la acción carácter real.—La devolución es consecuencia obligada, legal y contractual, implícita en la propia resolución, sin que la escasa confusión que pudiere propiciar su expresa omisión a la hora de ejecutar lo resuelto afectara, a mayor abundamiento, más que a la parte accionante.

Los efectos de la resolución contractual se producen, por lo general, con carácter *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido. Ello lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que hubiese recibido de la otra por razón del vínculo obligacional. Así se viene manifestando la doctrina jurisprudencial de la que son ejemplo, entre otras, las SS de 29 de abril y 10 de julio de 1998 y 24 de julio y 23 de diciembre de 1999. Lo anterior supone que la resolución de la compraventa conlleva como efecto la devolución de la cosa vendida al vendedor, pudiendo en cuanto al precio adoptarse, como ocurre en el caso, una solución diferente respecto de la restitución de la parte de precio abonado en adecuada aplicación de la liquidación del estado posesorio.

Por otro lado es de significar que la condena expresa a la devolución de la cosa vendida como consecuencia de la resolución contractual no afecta al carácter personal de la acción resolutoria, y por consiguiente no la transforma en acción real como se sostiene en el motivo, sin que quepa invocar en apoyo de la opinión de la parte la S de 11 de octubre de 1996, pues se refiere a una acción reivindicatoria y no a una acción de resolución contractual.

No es preciso demandar a la esposa cuando el inmueble posiblemente ganancial fue comprado por el marido actuando solo y en su propio nombre.—En todo caso, el señor A. R. intervino en la celebración del contrato, en concepto de comprador, solo y en su nombre; por consiguiente, aunque los inmuebles comprados pudieren tener carácter ganancial, resulta innecesario demandar a la esposa cuando por el vendedor se ejercita la acción resolutoria del contrato por impago del precio aplazado.

En tal sentido se manifiesta la doctrina jurisprudencial representada por las SS de 25 de enero de 1990 (que cita las de 10 de junio y 30 de octubre 1985, 26 de septiembre de 1986, 4 de abril y 6 junio de 1988, 16 de junio de 1989), 8 de mayo de 1993, 23 de febrero de 1994, 26 de noviembre de 1996, 14 de abril de 1998, 9 de abril de 1999, 6 de julio de 2000, y 20 de diciembre de 2001, entre otras.

La ratificación por el vendedor del requerimiento resolutorio tiene efectos retroactivos que lo hacen anterior al ofrecimiento de pago del comprador.—En el motivo cuarto se alega infracción del artículo 1504 CC. En el motivo se denuncia, en síntesis, que no se acreditó que la persona que efectuó por conducto notarial el requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC tenía facultades para resolver.

El motivo carece de consistencia alguna porque en cualquier caso resultó ratificado por la parte interesada y la ratificación tiene carácter retroactivo, por lo que sus efectos siempre serían anteriores al ofrecimiento de pago efectuado por el comprador.

El requerimiento resolutorio no exige una voluntad rebelde al cumplimiento, sino el hecho objetivo e injustificado del incumplimiento del contrato por el comprador. Una vez efectuado el requerimiento, es ineficaz el pago posterior del comprador.—La moderna doctrina jurisprudencial no exige para la estimación de una situación de incumplimiento una patente voluntad rebelde (entre otras, SS de 10 de octubre de 1994, 3 de abril y 26 de septiembre de 2000, 26 de julio de 2001, 13 de noviembre y 23 de diciembre de 2002, 13 de febrero de 2003). Ni siquiera es exigible una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, no justificado, o producido por causa imputable al que pide la resolución, como resalta la reciente S de 7 de mayo de 2003.

En el caso se ha producido una inactividad o pasividad respecto del pago del precio aplazado durante varios años, que se remonta prácticamente al inicio de la relación contractual, y por un importe elevado en atención al total pactado, según declara probado la sentencia recurrida. Por ello es claro que ha habido un incumplimiento inequívoco y objetivo revelado por un impago prolongado, duradero e injustificado, como dice la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de la Audiencia, y a cuya reseña cabe añadir, entre otras, las SS posteriores de 10 de marzo de 2001 y 3 y 23 de diciembre de 2002.

Finalmente es de señalar que hecho el requerimiento del artículo 1504 carece de valor alguno el intento de pago del precio aplazado. Ya se ha producido el efecto resolutorio, con independencia de la necesidad del reconocimiento judicial cuando exista oposición del comprador, y aunque en algunas ocasiones se ha flexibilizado el alcance del precepto atribuyendo eficacia a pagos próximos o inmediatos a la intimación, tal posibilidad no es aplicable a casos como el que se enjuicia de impago muy prolongado en el tiempo, y máxime si se tiene en cuenta que hubo un juicio anterior en el que no prosperó la demanda por falta del requerimiento resolutorio, sin que por el demandado se reaccionase durante el mismo mediante el cumplimiento de la prestación debida.

La suspensión del pago del precio con base en el artículo 1502 CC exige notificar esta intención al vendedor hasta que se afiance su devolución.—No hay constancia de que «se notificase al vendedor la decisión de suspender el pago del precio hasta que se afianzara su devolución», como exi-

ge la doctrina de esta Sala para la aplicabilidad del artículo 1502 en beneficio del comprador (SS de 14 de diciembre de 2000 y de 19 de mayo de 2003 y las que cita).

La pérdida de las cantidades entregadas al vendedor compensa el disfrute de la cosa vendida por el comprador durante largo tiempo.—La decisión de la sentencia recurrida de incluir en la indemnización de perjuicios las cantidades correspondientes a los tres conceptos expresados está plenamente justificada por el desequilibrio económico producido por el largo tiempo durante el que el comprador ha venido disfrutando de la cosa vendida y el vendedor ha estado privado de ella en relación con el importe de dichas sumas, y con ello no se vulnera el precepto citado en el enunciado del motivo, ni se produce un enriquecimiento injusto o sin causa, ni se afecta a la estipulación contractual quinta con arreglo a la que «al cumplirse la condición resolutoria el comprador perderá automáticamente todas las cantidades que hubiera entregado», además de que resulta razonable que vayan a cargo del comprador los gastos comunitarios consustanciales al disfrute de las fincas. (STS de 15 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras el oportuno requerimiento resolutorio, la parte vendedora de un piso acude a los Tribunales ejercitando la acción de resolución del contrato de compraventa. Ambas sentencias de instancia estiman íntegramente las pretensiones del demandante, situación que se mantiene tras la desestimación por el Tribunal Supremo del recurso de casación interpuesto por el comprador demandado. (M. C. B.)

36. Retracto arrendaticio rústico. El derecho de retracto arrendaticio rústico corresponde a quien tiene la condición de arrendatario en la fecha en que se produce la transmisión de la finca y el plazo para su ejercicio se computa desde que el arrendatario tiene conocimiento completo de las condiciones esenciales de la enajenación.—La jurisprudencia de esta Sala ha dejado claro, al aplicar el artículo 16 de la Ley arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, antecedente del que se dice vulnerado en la sentencia, al señalar la persona que puede ejercitar la acción de retracto (legitimada activamente), determina que le corresponde al arrendatario que lo sea en la fecha de la transmisión de la finca, aunque el arrendamiento sea anulable o resuelto en fecha posterior, por lo que no haciendo cuestión de si la sentencia resolutoria del arrendamiento produce efectos desde la demanda o desde la fecha en que gana firmeza, lo que está patente y claro es que en la fecha que se produjo la adjudicación por Hacienda Pública en juicio de apremio seguido por deudas fiscales el arrendador mediante acta de adjudicación directa de fecha 15 de enero de 1996, lo era el hoy actor, y por consiguiente en fecha muy anterior a la promoción del juicio de resolución del arrendamiento que se promovió después de otorgar la escritura de venta de 30 de abril de 1999, momento en el cual seguía siendo arrendatario y cultivador de la finca arrendada el demandante recurrido, y por consiguiente, titular de derecho de adquisición preferente mediante la oportuna acción de retracto que ejercitó en forma dentro de los plazos legales, ante el incumplimiento de los enajenantes y de los adquirentes, en una enajenación forzosa y de carácter oneroso de lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Rústicos (si la finca se halla arrendada, la notificación fehaciente de la misma al arrendatario), cir-

cunstancia que dio lugar a una primera negativa del notario a autorizar la escritura de la venta forzosa, por lo que no se entiende que en el presente motivo se alegue por la parte demandada y recurrente la vulneración del artículo 24 CE, por no haber respetado la sentencia recurrida, la prejudicialidad material, pues cuando se dictó la sentencia de la Audiencia ya era firme la que acordaba la resolución del contrato de arrendamiento, olvidando que la conducta de los demandados notificando de forma incompleta la venta forzosa, en atención a que el precio no fue el de los tipos que sirvió de base a las subastas sino otro muy inferior, precio que no fue conocido hasta el planteamiento de la demanda de desahucio, a partir del cual y por tener conocimiento completo de las condiciones esenciales de la enajenación corre el tiempo del ejercicio de la acción de retracto que no puede quedar sin efecto por maniobras dilatorias de los compradores que dieron origen al planteamiento de esta cuestión, de la prejudicialidad positiva. Ahora bien, hay que entender que si el derecho de retracto lo tienen los arrendatarios desde el momento de la transmisión (SS de 3 de marzo de 1993, 27 y 31 de julio de 1996), cuando el cumplimiento del plazo se produce con posterioridad a la fecha del ejercicio de la acción de resolución del contrato, con independencia del carácter constitutivo o meramente declarativo de la sentencia de resolución del arrendamiento, es indudable que el derecho a retraer del demandante se había consolidado tiempo antes de la iniciación del pleito de cognición, y por consiguiente el resultado de esa resolución no afecta al derecho del arrendatario.

El conocimiento de la enajenación onerosa debe comprender el de todos sus elementos esenciales.—No ha habido infracción del artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que como la jurisprudencia entiende, el conocimiento de la enajenación onerosa, ha de comprender el de todos los elementos esenciales del contrato, y aquí no solamente desconocía el precio, sino que por los datos que tenía era el de un precio muy superior al realmente pactado, y fuera del alcance de las posibilidades económicas del retrayente.

Tampoco ha habido infracción del artículo 7.1 CC, pues una vez conocida la realidad del precio, y que éste, el real por el que fue enajenada la finca, sí se acomodaba a sus posibilidades económicas, ejercita el derecho, que para este supuesto tienen todos los arrendatarios de acuerdo con el precepto del artículo 86 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. (STS de 28 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El arrendatario de una finca rústica conoce la enajenación de la misma cuando el adquirente le demanda dando por resuelto el contrato por vencimiento del plazo pactado para el mismo. Es entonces cuando el arrendatario ejercita la acción de retracto que origina el pleito de autos, en el que principalmente se discute su legitimación para hacer valer este derecho una vez vencido el plazo del arrendamiento rústico. Tanto las dos sentencias de instancia, como la de casación dictada por el Tribunal Supremo, dan la razón al arrendatario, basándose en que sólo conoció las condiciones esenciales de la transmisión efectuada cuando fue requerido para que abandonara la finca. (M. C. B.)

37. Responsabilidad médica en la llamada medicina voluntaria. Cirugía estética. Contrato de obra. Deber de información. Naturaleza.—El caso presente encaja en lo que se denomina medicina voluntaria, ya

que la actora acudió al médico para una mejora del aspecto físico y estético de sus senos (cirugía estética), desarrollándose la actividad médica en el ámbito de una relación contractual que participa en gran medida de la naturaleza de contrato de arrendamiento de obra, como ya apuntó esta Sala en S de 21 de marzo de 1950, y concretaron las más recientes de 25 de abril de 1994 y 28 de junio de 1997, lo cual intensifica una mayor garantía en la obtención del resultado perseguido. La jurisprudencia exige e impone que para estos supuestos se acreciente la obligación del facultativo de prestar cumplida información, al revestir deber del médico y derecho del cliente, constituyendo derecho humano fundamental, como declara la STS de 11 de mayo de 2001, tratándose de una de las últimas aportaciones realizadas internacionalmente en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida y a la integridad física, por ser derecho que conforma la libertad personal y autonomía decisoria que asiste a los seres humanos.

Violación del deber de información. No es suficiente una información precedente que no originó actuación médica.—La intervención de cirugía estética tuvo lugar en junio de 1988, y el Tribunal de instancia dio valor al hecho de que en abril de 1987 la paciente se había sometido a una operación de *lifting* llevada a cabo por el hoy demandado, deduciendo o presumiendo que en ambas intervenciones hubo información adecuada; pero la información ha de ser actualizada, puntual e inmediatamente anterior a la intervención, pues como dice la STS de 2 de julio de 2002 la obligación de informar está integrada por los eventuales riesgos previsibles, e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el paciente y con base en tal conocimiento prestar su consentimiento o desistir de la operación. La no prestación de información infringe la *lex artis ad hoc* (STS de 29 mayo de 2003), pues no se atendió al derecho que asiste al usuario conforme al artículo 10, apartados 5 y 6 de la Ley General de Sanidad de 1986.

Resultado dañoso de la intervención.—El resultado de la operación no se acomodó a las expectativas y confianza que la recurrente había depositado en el médico para la mejora y estética de sus senos, al acrecentarse las cicatrices que le afectaban y presentarse antiestéticas, en forma de T invertida, las cuales podían haberse evitado; a su vez, la recurrente quedó afectada por secuelas psicológicas severas en sus relaciones profesionales, personales, familiares y sexuales, las que inciden de modo negativo en su desarrollo y actividad vital. (STS de 22 de julio de 2003; ha lugar.)

NOTA.—La demanda se había dirigido contra la clínica y la sociedad de servicios médicos que la gestionaba, así como contra el cirujano que realizó la intervención, reclamándose una indemnización global de veinte millones de pesetas; el Juzgado de Primera Instancia absolvió a las dos primeras demandadas y condenó exclusivamente al médico reduciendo a la mitad la cuantía de la indemnización. La Audiencia Provincial estimó el recurso de este último desestimando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de primera instancia. Puede verse otro caso de cirugía voluntaria (vasectomía) en el supuesto resuelto por la STS de 2 de junio de 2002, en la que también se apreció infracción del deber de información, con amplios precedentes jurisprudenciales (extracto en *ADC*, 2002, pp. 1900 ss., y observaciones mías. (G. G. C.)

38. Legitimación activa para el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal por ruina de edificios.—Según la doctrina jurisprudencial, de una parte, está legitimado activamente para ejercitar esta clase de acciones no sólo el dueño de la obra, sino también los posteriores adquirentes de la misma, ya que el artículo 1591 no distingue si la obra ha cambiado o no de propietario, y, además, esta posición viene avalada por lo dispuesto en el artículo 1907 CC, el cual declara que el nuevo dueño de la cosa recibe todas las acciones no personalísimas que garanticen su dominio y defiendan los derechos inherentes a la propiedad, y de otra, están legitimados para actuar en nombre de las comunidades de propietarios, sus presidentes, como precisan las SSTS de 16 de febrero de 1985, 25 de mayo de 1987 y 9 de marzo de 1988.

Responsabilidad del constructor por no compactar adecuadamente el terreno.—La sentencia recurrida no sólo expone que, en el proyecto elaborado por el arquitecto señor P. no aparece un estudio de las características del suelo o geotécnico, ni se adoptó en fase de ejecución de obra una solución que evitara los diferentes asentamientos de muretes y terrazas de la planta baja, y tampoco fue previsto en el proyecto un muro de cerramiento del solar capaz de sostener los empujes laterales de las tierras, sino que también precisa que «el terreno no fue compactado en forma adecuada, produciéndose un lavado de la tierra con un desplazamiento lateral, lento y periódico del talud hacia cotas más bajas», y de esta última circunstancia deriva la responsabilidad del constructor, quien viene obligado profesionalmente a reparar los defectos de la construcción en los términos determinados en el artículo 1591 CC, cuya responsabilidad es directa y personal si el daño proviene únicamente de vicio de la construcción, y solidaria con los demás agentes si se debe además a vicios del suelo o de la dirección (entre otras, SSTS de 19 de noviembre de 1997 y 21 de mayo de 1999).

No es procedente la condena en costas en caso de estimación parcial de la demanda.—Aunque esta Sala ha mantenido en algunas ocasiones la equiparación, a efecto de la imposición de costas, de la estimación sustancial a la total, como recuerda la STS de 14 de marzo de 2003, tal equiparación no es procedente en el supuesto que nos ocupa, pues la sentencia recurrida no ha acogido la pretensión sobre las humedades motivadas por filtraciones de la azotea y tampoco la relativa a los daños y perjuicios al no haberse acreditado la existencia de los mismos. (STS de 23 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demandó al arquitecto y a los constructores de un edificio solicitando que se les condenara a la reparación de los defectos y deficiencias de construcción del edificio. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados a la reparación de algunos de los defectos y deficiencias. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia, pero el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación en lo relativo a no imponer las costas, ya que se había producido únicamente una estimación parcial de la demanda. (L. F. R. S.)

39. Congruencia de la sentencia que incorpora de manera detallada una serie de inejecuciones del contrato de obra.—La congruencia de la sentencia se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus preten-

siones y peticiones, de manera tal que la sentencia no puede otorgar más de lo pedido en la demanda, ni menos de lo admitido por el demandado, ni conceder otra cosa diferente no pretendida y, en este caso, ha existido correlación entre dichas peticiones y el fallo [...].

Respecto a los actos de incumplimiento contractual, la reclamación se extiende a una amplia serie de inejecuciones, comprendidas en varios grupos, indicativos de diferencias de calidad con mención a lo indicado en el Proyecto, y carencias, cuya incorporación a la sentencia de la manera detallada por ésta no significa otorgar más de lo pedido, sino responde al sentido general en que estos capítulos se mencionan en la demanda.

Solidaridad en la responsabilidad decenal de los agentes de la construcción.—La sentencia de instancia, al examinar y comprobar la existencia de defectos del suelo, la dirección, el proyecto y la construcción, establece la solidaridad ante la imposibilidad de concretar cuotas relativas a la responsabilidad civil, con seguimiento de la línea jurisprudencial, reiterada y pacífica, que afirma la solidaridad cuando no se pueden separar las conductas causadas en caso de responsabilidad por ruina, de promotores, contratistas, arquitectos y aparejadores, aunque tengan origen diferente (por todas, STS de 8 de junio de 1998).

Legitimación del presidente de la comunidad de propietarios para demandar los daños causados a los elementos comunes y privativos del edificio en régimen de propiedad horizontal.—Desprendiéndose del artículo 13.5 la legitimación de la comunidad, representada por su presidente, para demandar la reparación de los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble (STS de 26 de noviembre de 1990), y no puede hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos son de titularidad dominical privada o común, pues tal cuestión queda reservada a la relación interna entre los integrantes subjetivos de esa comunidad (STS de 24 de septiembre de 1991). (STS de 8 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El presidente de la comunidad de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal demandó a la constructora y a los demás agentes de la edificación ejercitando la acción de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC y la acción de responsabilidad contractual, con reflejo en los artículos 1101 y 1124 CC. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la constructora a indemnizar una cantidad y a todos los demandados a indemnizar otra cantidad con carácter solidario. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y condenó solidariamente a todos los demandados a satisfacer el coste de las obras, sin que pudiera exceder de la cantidad reclamada en la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación formulado por los demandados. (L. F. R. S.)

40. No es excusa para eximir de responsabilidad del artículo 1591 CC al aparejador que se limitara a cumplir las directrices marcadas por el arquitecto director.—La doctrina jurisprudencial ha recogido que no puede proteger a estos profesionales la excusa que frecuentemente se aduce, relativa a que se limitaron a realizar la obra tal y como aparecía planteada por el arquitecto director, porque su actuación y cometido no es meramente auto-

mático y de ciega subordinación y permanece o debe permanecer abierto al margen de no realizar lo que no sea correcto, pues en otro caso quedaría vacío de contenido para ellos el artículo 1591 CC (SS de 22 de septiembre de 1988, 8 de febrero de 1994 y 15 de mayo de 1995). (STS de 27 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes reclamaron la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC a diversos agentes de la edificación, siendo su petición estimada por todos los órganos judiciales que la juzgaron. En el recurso de casación, el aparejador alegó que se limitó a seguir el proyecto del arquitecto director, pero tal argumento fue desestimado por el Tribunal Supremo. (L. F. R. S.)

41. La *locatio operarum* de un arquitecto implica los siguientes *facere*.—En este sentido la STS de 1 de febrero de 2002 expone que «sobre las obligaciones de los arquitectos en su conformación con el régimen anterior a la reforma de la Ley de Edificación 38/1999, de noviembre, cabe expresar en línea de principio que, a tenor del RD de 17 de junio de 1977, se resalta que toda obra de arquitectura exige la intervención del arquitecto que realice el estudio y la redacción del Proyecto, elabore las especificaciones y documentos necesarios para la ejecución de las obras, lleve a cabo la dirección facultativa de éstas y efectúe la liquidación de los gastos hechos en las mismas. Sobre las fases de trabajo de los arquitectos cabe señalar:

a) Estudio previo. Constituye la fase preliminar en la que se expresan las ideas que desarrollan el encargo de modo elemental y esquemático, mediante croquis o dibujos, a escala o sin ella. Incluye la recogida y sistematización de la información precisa, el planteamiento del programa técnico de necesidades y una estimación orientativa del coste económico que permitan al cliente adoptar una decisión inicial.

b) Anteproyecto. Es la fase del trabajo en la que se exponen los aspectos fundamentales de las características generales de la obra: funcionales, formales, constructivas y económicas al objeto de proporcionar una primera imagen global de la misma y establecer un avance del presupuesto.

c) Proyecto básico. Es la fase del trabajo en la que se definen de modo preciso las características generales de la obra, mediante la adopción y justificación de resoluciones concretas. Su contenido es suficiente para solicitar, una vez obtenido el preceptivo visado colegial, la licencia municipal u otras autorizaciones administrativas, pero insuficientes para llevar a cabo la construcción.

d) Proyecto de ejecución. Es la fase del trabajo que desarrolla el proyecto básico, con la determinación completa de detalles y especificaciones de todos los materiales, elementos, sistemas constructivos y equipos, y puede llevarse a cabo, en su totalidad, antes del comienzo de la obra, o parcialmente, antes y durante la ejecución de la misma. Su contenido reglamentario es suficiente para obtener el visado colegial necesario para iniciar las obras.

e) Dirección en obra. Constituye la fase más significativa en la que el arquitecto lleva a cabo la coordinación del equipo técnico-facultativo de la obra, la interpretación técnica, económica y estética del proyecto de ejecución, así como la adopción de las medidas necesarias para llevar a término el desarrollo del proyecto de ejecución, estableciendo las adaptaciones, detalles

complementarios y modificaciones que puedan requerir con el fin de alcanzar la realización total de la obra, de acuerdo con lo establecido en el Proyecto de ejecución correspondiente.

f) Liquidación y recepción de la obra. En esta fase se efectúa la determinación del estado económico final de la obra, mediante la aplicación de los precios que rijan en ella al estado real de las mediciones, facilitadas por el técnico competente, de las partidas que la componen, y comprende también el recibo de la misma en nombre del cliente con arreglo a los documentos y especificaciones contenidos en el proyecto de ejecución y en los demás documentos incorporados al mismo durante el desarrollo de la obra.

Responsabilidad del arquitecto en los casos de desvíos en la ejecución de su proyecto cuya dirección le compete.—A este respecto establece la STS de 25 de julio de 2000 que «en lo que concierne a la responsabilidad del arquitecto superior, que condena la Sala *a quo*, no puede compartirse habida cuenta la amplitud de sus obligaciones, que son del siguiente tenor:

1) Que la construcción se ejecute en cuanto a su forma con arreglo a las normas constructivas, especificadas en el proyecto, o, si alguna quedara sin especificar, de lo que se decidiera en obra.

2) De que se ejecute con arreglo a las normas legales y técnicas que rijan la realización del proyecto.

3) De que la obra ejecute el proyecto aceptado y contratado, con el mantenimiento de sus formas, dimensiones, calidades y utilidad (STS de 23 de diciembre de 1999); y como expresa la STS de 19 de noviembre de 1996, corresponde al arquitecto, encargado de la obra por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado, debiendo hacer constar en el libro de órdenes las que hubiere impartido, tanto al constructor como a los demás técnicos intervinientes, que están obligados a su estricto cumplimiento. De suerte que no basta con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final probatoria de la obra, único medio de garantizar que los dueños o posteriores adquirentes no resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales». En el mismo sentido se pronunciaron las SSTS de 9 de marzo de 1988, 7 de noviembre de 1989, 10 de noviembre de 1994, entre otras.

Abono de honorarios profesionales devengados por la redacción del proyecto por el arquitecto, sin perjuicio de que no se pueda ejecutar la obra por causa no imputable al mismo.—«No cabe imputar una falta de viabilidad del proyecto profesional porque éste no pudiera ejecutarse al carecer del sustrato telúrico o suficiente terreno por la arrendataria, ya que el profesional cumplió con la redacción de su *facere* intelectual y queda al margen de la ejecución de su proyecto que no pueda realizarse cuando su causa no es por carencia técnica del mismo, sino por falta de soporte material para la construcción, al no disponer la cliente del terreno preciso, que, obvio es, entra dentro de sus elementales medios o dispensas previas (STS de 10 de mayo de 2003)». (STS de 10 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea demanda por la que el actor, el *Colegio de Arquitectos de Canarias*, reclama a la demandada, *Residencial Príncipes de España, S. L.*, el pago de los honorarios por los servicios prestados a la misma por un encargo profesional a lo que se

opuso la demandada. Desestimándose la demanda por el Juzgado de Primera Instancia que entendió que dado el arrendamiento de obra del encargo, el profesional no cumplió con las obligaciones pactadas, revocándose esta decisión por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Recurrída la anterior decisión en casación por la demandada el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*M. F. N. C.*)

42. Carácter autónomo del contrato de vitalicio.—El contrato objeto del debate es el denominado de vitalicio, respecto al que, en S de 23 de mayo de 1965, esta Sala ha declarado que no es una modalidad de renta vitalicia, regulada en los artículos 1802 y 1805 CC, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones incorporadas al mismo en cuanto no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público —art. 1255 CC—, y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones.

No cabe resolver el contrato, al no apreciarse incumplimiento por parte de los alimentistas.—Aunque el contrato de que se trata, de naturaleza sinalagmática, está sometido a condición resolutoria, no se advierte aquí incumplimiento de la prestación imputable a los alimentistas, que mantienen su voluntad de observar las obligaciones a su cargo; por el contrario, es la actora quien, sin duda, vulnera el desarrollo de la convivencia alimenticia pactada al mantener una conducta obstativa a la efectividad de la misma, por lo que decae la petición concerniente a la resolución del contrato. (**STS de 1 de julio de 2003**; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante solicitó la resolución del contrato de vitalicio que le unía a los demandados, alegando que éstos habían incumplido el contrato, lo que constituía el hecho de lo que pendía la condición resolutoria explícita pactada. Los demandados se opusieron, alegando y probando que fue la demandante la que abandonó la casa en la que se prestaba la obligación alimenticia. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y declaró resuelto el contrato, con obligación de devolver los alimentos percibidos hasta el 30 de mayo de 1995, y de restituir los bienes que fueron cedidos en virtud de dicho convenio. Formulado recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estimó y dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda. (*L. F. R. S.*)

43. Fianza. La existencia de una garantía hipotecaria no excluye que el mismo crédito esté cubierto por una fianza.—La garantía personal constituida mediante fianza por los demandantes recurrentes coexiste con la garantía real hipotecaria sobre bienes de la deudora afianzada, sin que pueda entenderse que ésta excluye o se sobrepone a aquélla, pues no se constituyeron en forma subsidiaria ni subordinada, sino que los fiadores garantizan, de forma solidaria e ilimitada, con el límite cuantitativo de 37.500.000 pesetas, las obligaciones mercantiles contraídas por la deudora afianzada con el Banco. En consecuencia, decae el motivo.

La ejecución por el acreedor de la garantía real hipotecaria no constituye un acto perjudicial para el fiador que produzca la extinción de la fianza a tenor del artículo 1852 CC.—Dice la S de 20 de octubre de 1993: «[...] *b*) ha de distinguirse el caso de que la conducta del acreedor dé lugar a la desaparición de alguna garantía del crédito, perjudicando así la posible subrogación de los fiadores en aquélla, del supuesto en que, como sucede en el que nos ocupa, el acreedor se limita a ejecutar la garantía en forma legal para que cumpla la finalidad para que fue constituida; y *c*) en resumen, lo acontecido fue que, ante el impago de la deuda, la *Caja Postal* ejercitó su derecho ejecutando una hipoteca y, posteriormente, se ha dirigido contra los fiadores para obtener el cobro de las sumas aún pendientes por no haberse cubierto el importe total al ser insuficiente la cantidad percibida en la ejecución hipotecaria, todo lo cual se halla muy lejos de configurar una conducta —activa e incluso pasiva— determinante de un perjuicio a los fiadores que pudiera, conforme a lo dispuesto en el artículo 1852, ocasionar la extinción de la fianza»; la S de 29 de noviembre de 1997 afirma que «la pretendida subrogación no puede impedir que el acreedor ejercite sus derechos y extinguida la hipoteca no cabe tal subrogación» y añade que «la extinción de la fianza, que el precepto autoriza, sólo tendrá lugar en tanto el fiador hubiera podido obtener resarcimiento sobre el derecho extinguido, y no se da en este caso hecho imputable al acreedor que impidiera u obstaculizara a los fiadores a subrogarse en sus derechos, ya que el legítimo ejercicio por aquél de las acciones que le correspondían no libera al avalista de las obligaciones asumidas. Tampoco se da conducta imputable a *Bankinter* de haberse producido desaparición de la garantía real del crédito, ya que se limitó a su ejecución para resarcirse del préstamo otorgado y cumpliendo las finalidades para las que fue constituida (S de 20 de octubre de 1993)». Más recientemente, la S de 8 de mayo de 2002 señala cómo «el artículo 1852 CC se refiere a un hecho positivo, o negativo consistente en una abstención de lo que legitimadamente se debía llevar a cabo, sin que base la mera pasividad, con entidad causal para impedir la subrogación —imposibilitándola o incidiendo negativamente en la efectividad o utilidad— en la titularidad de garantías, privilegios o derechos inherentes al crédito [...] Por otra parte, la subrogación no es aplicable al derecho, privilegio o garantía mediante cuyo ejercicio, y consiguiente extinción, el acreedor hace efectivo su derecho, o cobra parte del mismo».

La identidad entre los supuestos de hecho que motivaron las resoluciones citadas de esta Sala y el que ahora se enjuicia, hace plenamente aplicable la doctrina contenida en ellas a este supuesto, lo que conduce necesariamente, como se anunció, a la desestimación del motivo. (STS de 21 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los fiadores de una serie de operaciones de crédito celebradas entre el Banco acreedor y la sociedad mercantil afianzada esgrimen judicialmente la pretensión de que se dé por extinguida la póliza de afianzamiento que habían suscrito basándose, en primer lugar, en que la deuda cuyo cumplimiento se les había reclamado no estaba cubierta por la fianza al estar asegurada con una hipoteca y, en segundo lugar, en que, en cualquier caso, el acreedor había perjudicado su derecho a obtener la oportuna subrogación en el crédito al haber ejecutado la garantía hipotecaria que lo aseguraba. Ambas sentencias de instancia desestiman las

pretensiones de los demandantes y acogen la reconvencción formulada por el Banco acreedor, instando su condena al cumplimiento de la obligación asegurada, pronunciamiento que se ve confirmado en la sentencia de casación. (M. C. B.)

44. Arbitraje (Ley de Arbitraje 36/1988). Cláusula de sumisión.—La sumisión a arbitraje ha de entenderse como decisiva, excluyente y exclusiva, no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones, y para ser tenida por eficaz y vinculante se hace necesario que conste debidamente expresada la voluntad firme e inequívoca de las partes al someter todas o algunas de las cuestiones litigiosas surgidas o que pudieran surgir respecto a relaciones jurídicas determinadas a la decisión de árbitros.

Aval. Garantía a primer requerimiento: alcance y efectos.—El aval litigioso no responde a una simple fianza, sino que se presenta más bien como una garantía exigible en las condiciones pactadas, revistiendo la modalidad de garantía a primer requerimiento o primera solicitud, que también opera con otras denominaciones. Esta clase de avales están plenamente admitidos por la doctrina jurisprudencial. Se reconoce su función garantizadora y operatividad independiente del contrato garantizado desde el momento en que resulta suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante por medio de requerimiento practicado en forma legal para entender que el obligado garantizado no ha cumplido, si bien se autoriza al garante a probar, en caso de contienda judicial, que el deudor principal ha satisfecho la deuda afianzada para evitar situaciones de enriquecimiento injusto, con la consecuente liberación del avalista, produciéndose inversión de la carga de la prueba, ya que no se puede exigir al beneficiario que demuestre el incumplimiento del obligado principal. (STS de 31 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Hewlett Packard Española, S. A.* interpuso demanda contra *Grupo Comercial Informático Distribución, S. A.* y la *Caja de Horros y Monte de Piedad de Madrid*, en reclamación de cantidad derivada de ejecución de aval. El Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid condenó a las entidades demandadas a abonar solidariamente a la entidad actora la cantidad reclamada más los intereses legales. Recurrida en apelación, la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

45. Doctrina de la vis atractiva de la jurisdicción civil en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública y de personas privadas.—Es doctrina de esta Sala —así en sentencia de 7 de marzo de 2002— que «la razón jurídica para denegar la competencia del sector jurisdiccional contencioso-administrativo radica exclusivamente en la doctrina de la *vis atractiva* del orden civil que es aplicable, según la jurisprudencia de esta Sala, cuando tratándose de una reclamación patrimonial por daños derivados de un acto ilícito (extracontractual) se demanda a la Administración conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas», y asimismo que «nada influye en la solución que se adopta el hecho de que la demanda se haya deducido cuando ya había entrado en vigor el régimen jurídico de la L 30/1992, de 26 de noviembre, y

el Reglamento 429/93, aprobado por RD de 26 de marzo, porque esta Sala viene entendiendo aplicable a tales reclamaciones la doctrina de la *vis attractiva* en el sentido expuesto (SS, entre otras, de 22 y 31 de diciembre de 1999, 26 de febrero, 7 de marzo, 10 de abril, 29 de junio, 28 de noviembre y 18 de diciembre de 2000, y 7 de marzo y 19 de noviembre de 2001), la cual debe ser mantenida porque, además de concurrir en su apoyo sólidos argumentos, abunda para ello una elemental razón de seguridad jurídica procesal». (STS de 15 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante reclamó a una entidad privada y a la *Dirección General de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte* la responsabilidad extracontractual a que se refiere el artículo 1902 CC a consecuencia de los daños sufridos en su vivienda y fosa séptica a consecuencia de los trabajos de desmonte y rebaje del terreno realizados para la construcción de una autovía y solicitando, entre otras cosas, que se las condenase a realizar ciertas obras de consolidación, demolición y reconstrucción de edificios. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación estimando la excepción de incompetencia de Jurisdicción, por ser el fondo del asunto competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal Supremo acogió el motivo de casación y estimó el recurso de casación, aceptando el fallo de la sentencia de primera instancia. (L. F. R. S.)

46. Culpa extracontractual. Lesiones en accidente de trabajo. Cuestión previa. Inadmisibilidad del recurso por razón de la cuantía. Improcedencia.—La sentencia impugnada confirma el pronunciamiento de primera instancia aunque con la modificación de fijar el tribunal la suma indemnizatoria cuya determinación se proponía realizar por aquél en la fase de ejecución; así se estima la demanda interpuesta por un trabajador, mecánico con la categoría de oficial de segunda, contra su empresa y el encargado de ésta por las lesiones y secuelas sufridas al reparar una prensa de gran tonelaje cuya base, al desprenderse, le había aplastado la pierna derecha; como cuestión previa se plantea la posible inadmisibilidad del recurso de casación por razón de la cuantía litigiosa, ya que en la sentencia de apelación se fijó una suma inferior al límite de los seis millones de pesetas establecido por el artículo 1687.1.º, letra c), LEC. 1881; semejante planteamiento no puede ser acogido, y aunque podría parecer autorizado por varias sentencias de esta Sala (por ejemplo de 24 de abril de 1994, 10 de mayo de 1995, 9 de abril de 1996 y 10 de octubre de 1998), no lo es menos que la doctrina mantenida en otras muchas, e invariablemente aplicada a resolver recursos de queja, atiende a la cuantía litigiosa tal y como el asunto hubiera llegado a la segunda instancia, sin que el aquietamiento del demandante con la sentencia de apelación pueda determinar por sí sola la irrecurribilidad de la misma por el demandado. En el presente caso la sentencia impugnada tomó como punto de partida una suma que excedía de los diez millones de pesetas, muy superior al límite legal para recurrir, y si la redujo a la mitad fue por la moderación resultante de apreciar concurrencia de la culpa del perjudicado.

Competencia de la jurisdicción civil.—La jurisprudencia de esta Sala 1.ª, pese a haber compartido durante algún tiempo el criterio de la Sala de Con-

flictos de competencia, volvió a su doctrina tradicional de afirmar la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la responsabilidad del empresario frente al trabajador por los daños y perjuicios sufridos por éste durante el desempeño de su trabajo, si bien precisando que para ello la demanda habría de fundarse en los artículos 1902 o 1903 CC y no en la infracción de las medidas de seguridad en el trabajo (SSTS de 30 de noviembre de 1999, 7 de julio de 2000, 8 de octubre de 2001, 26 de abril y 15 de julio de 2002 y 22 de abril de 2003). En consecuencia, fundada la demanda en los artículos 1902 y 1903 CC el Tribunal sentenciador no incurrió en exceso de jurisdicción, y por ende la parte hoy recurrente ha planteado por vez primera la cuestión en casación, y, además, la reclamación del obrero se dirigió también contra el encargado, con quien el lesionado no estaba vinculado por contrato de trabajo alguno.

Ausencia de instrucciones y de vigilancia por parte de la empresa para tarea especialmente peligrosa.—La teórica capacitación del obrero lesionado como oficial de segunda para realizar el montaje y desmontaje de maquinarias y mecanismos, según OM de 28 julio de 1970, no excluye que para una determinada tarea especialmente peligrosa, cual es la de desmontar una prensa de gran tonelaje que podía aplastar al trabajador, se impartieran a éste las instrucciones necesarias para evitar el peligro y se supervisara su tarea, ya que tan sólo llevaba diecisiete días en la empresa y se desconocía su experiencia en máquinas como la que acabó aplastándole la pierna.

Concurrencia de culpa del trabajador.—Existiendo culpa por parte de la empresa, la propia de la víctima no alcanzó un grado tan alto como para eliminar la relevancia causal de aquélla, siendo doctrina reiteradísima de esta Sala que debe respetarse el juicio del tribunal sentenciador sobre el grado de contribución causal del perjudicado. (STS de 21 de julio de 2003; no ha lugar.) (G. G. C.)

47. Interdicto de obra nueva. Paralización de las obras: responsabilidad civil extracontractual.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo afirma en reiterada jurisprudencia que la desestimación de los interdictos no genera por sí perjuicios indemnizables por la vía del artículo 1902 CC (en este sentido, SSTS de 5 de junio de 1995, 26 de octubre de 1998 y 2 de febrero de 2001).

Interdicto de obra nueva. Paralización de las obras. Responsabilidad civil extracontractual: requisitos.—Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 5 de junio de 1995, 3 de julio de 1997, 28 de marzo y 27 de mayo de 1998) señala que en estos casos para que proceda una indemnización de daños y perjuicios es necesario que la parte que interpone el interdicto de obra nueva haya actuado con intención dañosa o al menos con manifiesta negligencia; esto es, que el ejercicio de la citada acción resulte claramente infundado y así se declare en la sentencia o se extraiga del contenido de ésta. (STS de 15 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone una demanda en la que se ejercita la acción de responsabilidad civil extracontractual y en la que se solicita una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la paralización de una obra durante 220 días por el ejercicio de un interdicto de obra nueva.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

48. Culpa extracontractual. Lesiones al resbalar una cliente en una cafetería. Precauciones insuficientes de la empresa.—Una auxiliar de clínica reclama indemnización por los daños sufridos al resbalar en la cafetería del hospital por insuficiencia del secado del líquido vertido en el suelo al romperse un vaso por un cliente, siendo insuficientes las precauciones adoptadas consistentes en formar un círculo de sillas alrededor, pero sin indicaciones de carteles o presencia de un empleado que advirtiera del secado incompleto del pavimento; ello permite a la Audiencia Provincial declarar la existencia de «cierta negligencia» por parte de la empresa que llevaba la cafetería.

Concurrencia de culpas.—En la conducta de la lesionada se advierte, con acierto, «una cierta concurrencia causal culposa en su caída», teniendo en cuenta la artrosis y osteoporosis que desde años antes padecía aquella, y que en buena lógica la habrían aconsejado abstenerse de acceder a una zona delimitada por una barrera de sillas, procediendo a retirar una de éstas, lo que es acorde con la STS de 2 de diciembre de 2002.

Determinación del quantum indemnizatorio. Facultad de la instancia.—Es reiteradísima la doctrina de esta Sala que considera facultad de los órganos de instancia la determinación del grado de contribución causal de la culpa de la víctima a la producción del daño; en el presente caso no hubo por parte de la empresa demandada absoluta despreocupación, como ocurrió en el caso resuelto por la STS de 31 de marzo de 2003, es procedente por ello fijar aquella participación en el cincuenta por ciento, y no en el diez por ciento como interesadamente establece la recurrente según su propio y personal criterio.

Improcedencia de la aplicación del baremo vigente para indemnizaciones en accidentes de circulación.—La STC de 29 de junio de 2000 resolvió las diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con el sistema de valoración introducido por la DA 8.ª de la Ley de 1995, declarando el carácter vinculante del sistema, pero única y exclusivamente en el ámbito propio de la circulación de vehículos de motor, y no para otros sectores, lo cual supondría un constreñimiento del tribunal a límites cuantitativos establecidos para supuestos de hecho heterogéneos en relación con el aquí enjuiciado, incurriendo así en la infracción de normas y jurisprudencia denunciados. (STS de 20 de junio de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La lesionada vio desestimada su pretensión indemnizatoria por el Juzgado de Primera Instancia, y acogida muy parcialmente por la Audiencia Provincial (reclamaba algo más de 75 millones de pesetas y se le concedieron algo menos de cinco millones). Ha sido la única parte procesal que recurre en casación, obteniendo una sentencia más beneficiosa (83.781 euros) en cuidada ponencia del Magistrado Sr. Marín Castán.

NOTA.—Esta clase de hechos parece reiterarse últimamente ante la Sala 1.ª, y dadas las circunstancias concurrentes al producirse en establecimientos frecuentados por gran número de personas, es correcto exigir a las empresas del ramo un exquisito cuidado que,

por otra parte, aunque nada se diga expresamente, parece inspirado en la legislación consumerista. El servicio debe prestarse al cliente en condiciones de total seguridad para hacer frente a los habituales, y casi banales, accidentes de derramarse líquidos en el pavimento; la limpieza debe ser inmediata garantizándose su total secado antes de abrirse el paso al público. No se trata de haber quedado cristales en el suelo al romperse un recipiente; creo que, en tal caso, se exigirá todavía prestar una mayor diligencia por ser potencialmente mayor el riesgo de que se causen lesiones al usuario. Tampoco del supuesto de una inactividad total de la empresa, lo que constituiría, por otro lado, grave negligencia por su parte (por cierto: no es exacto decir que en el caso resuelto por la STS de 31 de marzo de 2002, hubo «absoluta despreocupación» por parte de la empresa, ya que ésta actuó con diligencia que la sentencia califica de «media», ya que fregó el suelo aunque no lo secó). En este caso se contempla meramente el modo de realizarse la limpieza y el secado del pavimento, que según la doctrina jurisprudencial, deben ser inmediatos, eficaces y debidamente anunciados al público; no bastará con aislar el recinto, una vez fregado, con un círculo de sillas, sino que debe preverse una eficaz información a disposición de cualquier cliente del establecimiento. Me parece razonable la doctrina jurisprudencial extractada, pues ha de contarse además con la posible presencia en aquél de menores, o de mayores con deficiencias de movilidad, o con visión reducida, etc. También es de destacar la vigorosa reivindicación que hace esta sentencia de la libertad de valoración judicial de la cuantía del daño, con independencia del ya famoso baremo vigente en accidentes de circulación vial. (G. G. C.)

49. Culpa extracontractual. Responsabilidad médica. Inexistencia. Médico de urgencias que actúa conforme a la *lex artis ad hoc*. No se le puede imputar responsabilidad por súbito agravamiento del enfermo, a las dos horas de asistido, y que produce su muerte por infarto de miocardio.—No es posible dentro de la dogmática jurídica sobre responsabilidad médico-legal, imputar negligencia alguna al facultativo quien, en todo el *iter* de su intervención en el acto médico solicitado por la paciente, actúa en modo cabal acorde a los cánones de la denominada *lex artis ad hoc*. Así, desde sus inicios, asiste a la paciente, a la que examina de la dolencia según el trastorno que padece de tipo gástrico e, incluso, se cerciora de la composición de su expulsión orgánica, le diagnostica en forma, le dispensa la medicación adecuada, la cual, tras su recepción, produce un resultado positivo al desaparecer su patología, y en este estado de recuperación es cuando, tras el término de aquella asistencia, se produce súbitamente, al cabo de dos horas, el proceso etiológico desencadenante del resultado letal por infarto de miocardio, que —obvio es— ni fue diagnosticado por no aparecer su síntoma, por lo cual hasta huelga hablar de error en el diagnóstico. (STS de 9 de junio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia (de la que ha sido Ponente Martínez-Calcerrada) y que ha venido a confirmar las sentencias de instancia desestimatorias —salvo en cuanto a costas— de la demanda, fue acompañada de un notable Voto particular del Magistrado señor Villagómez Rodil en el que propone la estimación del recurso, aunque con

reducción de la cuantía de las indemnizaciones. Observamos que unos mismos hechos merecen una diversa valoración a ambos magistrados, si bien hay un dato negativo importante, pues, en el caso, no se practicó autopsia ya que otro médico certificó la defunción que se atribuyó a infarto de miocardio. En el único fundamento de derecho del Voto particular se dice que la negligencia profesional del médico de urgencias se basa en no haber comprobado la tensión ni haber llevado a cabo auscultación; si bien la enferma mejoró algo, lo fue por poco tiempo, ya que unas dos horas después se agravó y otro médico de urgencias que acudió al domicilio, aunque intentó reanimarla, sólo pudo comprobar que ya era cadáver. En consecuencia se sostiene que el diagnóstico inicialmente emitido se presenta precipitado, y hasta equivocado, atendiendo al informe del forense que descartó que fuera la gastritis la causa de la muerte. Se trata más bien de un diagnóstico-impresión que sólo sirvió para cumplir en forma rutinaria una urgencia médica, pero sin la dedicación y atención que requería el cuadro patológico que presentaba la paciente. La omisión de medios resulta patente desde el momento en que el médico, que disponía de ambulancia a la puerta del domicilio, no adoptó la elemental medida, y hasta impuesta precaución, de disponer el inmediato traslado hospitalario de la enferma, para ser atendida debidamente y reconocida por especialistas, por lo que indudablemente con este proceder profesional se privó a la fallecida y con ello se instauró en sus familiares la duda razonable, y hasta fundada, de que si se hubiera efectuado el ingreso, la atención dispensada hubiera sido más completa y con probabilidades de poder salvar la vida. Apoyándose en el informe del forense de la Cátedra de Medicina Legal de Málaga y el suministrado por los peritos judiciales médicos, se llega a la conclusión de que el dolor epigástrico y los síntomas de cuadro patológico gástrico, acompañado de vómitos, es manifestación de diversos cuadros graves, entre los que cabe incluir la gastritis aguda y también el infarto de miocardio. No son de recibo ni las precipitaciones, ni los diagnósticos apresurados, pues el derecho a la salud impone y exige que se lleven a cabo todas las prestaciones necesarias, precisas e idóneas, sin omisiones injustificadas. Se rechaza rotundamente la declaración contenida en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de que el día de los hechos estaba saturado el Servicio de Urgencias, lo que obligaba a seleccionar los internamientos hospitalarios, pues tratándose de enfermos graves no han de estar supeditados a una selección más o menos administrativa y movidos por impresiones. Los enfermos no se seleccionan y lo que hay que procurar es su curación.

En el sistema del *Common Law* las opiniones disidentes de algún juez en un caso determinado suelen preparar el camino a un cambio de la doctrina jurisprudencial. En el nuestro no cabe conjeturar tal hipótesis respecto de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, no obstante lo cual hay que seguir la evolución jurisprudencial que puede darse en estos concretos supuestos de posible responsabilidad del Servicio de Urgencias Médicas, todo ello en atención a la solidez de los argumentos contenidos en el citado Voto particular. (G. G. C.)

50. Culpa extracontractual. Responsabilidad del Abogado. Daño moral.—Vista la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS de 20 de mayo de 1996, 11 de noviembre de 1997 y 28 de enero, 25 de junio y 3 de octubre de 1998, y atendidos los matices diferenciales que en la misma figuran, forzosamente se ha de concluir que el tribunal de instancia no la ha tenido en cuenta, cuando debía hacerlo; y ha basado la desestimación de las pretensiones de los actores en la imposibilidad —lo que es razonable— de estimar que el recurso hubiera prosperado; pero hay que insistir en que, por el contrario, no ha tenido en cuenta la obligada consecuencia de la conducta negligente, que no se discute, de la abogada de los actores, que ha privado a éstos de la oportunidad del examen por el Tribunal Supremo del recurso que precisamente la abogada creía necesario y estimable. Ello tiene que comprenderse como un daño moral infligido a los demandantes, y que esta Sala valora libre y razonablemente en dos millones de pesetas para cada uno de los afectados. (STS de 29 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La letrada de los actores presentó fuera de plazo el recurso de casación para unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda indemnizatoria presentada por los clientes de aquélla, sentencia que confirmó la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso con base en la más reciente doctrina jurisprudencial que se resume (Ponente señor Auger Liñán). Los demandantes habían cifrado en catorce millones de pesetas la cuantía de la indemnización reclamada, la cual se reduce a poco más de doce millones en el escrito de conclusiones, y viene a representar lo que reclamaban ambos en el juicio por despido. La sentencia extractada delimita adecuadamente, reduciéndolo a cuatro millones, el *quantum* indemnizatorio del daño moral por pérdida de la oportunidad de recurrir debido a la negligencia de la letrada. La STS de 7 de abril de 2003 absuelve al abogado demandado por cuanto que la redacción del escrito de personación no es obligación suya, resultando condenado el procurador; en cambio la STS de 8 de abril de 2003 condena al letrado que en un recurso contencioso-administrativo en materia de expropiación forzosa, no propone en debida forma la prueba pericial para acreditar los daños, según lo exige reiterada jurisprudencia. Cfr. también la STS de 14 de julio de 2003, en este mismo fascículo del ADC. (G. G. C.)

51. Responsabilidad civil del notario. Omisión de la inscripción de la escritura de hipoteca otorgada por el notario. Encargo a un oficial de la Notaría. Culpa in vigilando. Doctrina general.—Incumbe al notario demandado un riguroso deber *in vigilando* respecto al comportamiento del personal a su servicio, por cuanto el hecho de que en el despacho profesional de que es titular se realice una importante función oficial genera en los ciudadanos una razonable confianza acerca de la seriedad y seguridad con que ha de ejecutarse toda actividad que en aquél se lleve a cabo, ya sea la primera y fundamental de dación de fe pública, ya cualquiera otra que constituya consecuencia o complemento de la misma.

Hechos anteriores de apropiación indebida por el oficial de cantidades adelantadas para gastos de gestiones encomendadas por los clientes

de la notaría.—En el presente caso el hecho de la litis no fue único, sino que la actuación del oficial de la notaría del demandado había generado diversas denuncias de afectados que dieron lugar a la tramitación de causa penal, y a que el notario le comunicara su despido, constando probado que dicho oficial utilizó anteriormente, en provecho propio, al menos dos cheques por valor de millón y medio y dos millones de pesetas. Todo ello debió llegar a conocimiento del notario, por cuanto es un hecho constatado por la experiencia que la reacción primera de la persona afectada en tales casos consiste en formular su justificada protesta y esperar una solución privada y amistosa del problema, para lo cual es lógico se dirijan tanto al oficial como al notario. Todo lo cual revela la ausencia de una escrupulosa supervisión y control respecto al comportamiento de sus empleados en la realización de actividades que son consecuencia o complemento de la función notarial, y que habitualmente son encomendadas en la propia notaría, con la tácita conformidad del notario. (STS de 19 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El 13 de febrero de 1992 se constituye ante el notario demandado una hipoteca de máximo para garantizar un crédito de dieciséis millones de pesetas y con tal motivo la acreedora encargó a un oficial de la notaría la urgente presentación de dicha escritura en el Registro de la Propiedad, así como toda la tramitación subsiguiente hasta la práctica de la inscripción correspondiente; en concepto de provisión de fondos entregó a aquél un cheque nominativo de 300.000 pesetas, acreditado mediante recibo con el membrete del notario y el sello de la notaría, siendo firmado por el oficial. Si bien el documento se presentó en el Registro, no llegó a ser retirado para la liquidación del impuesto correspondiente al negocio celebrado, caducando la anotación realizada en el Libro Diario, lo que permitió que posteriormente tuvieran constancia registral diversos embargos por importe de cien millones de pesetas, sobre los inmuebles objeto de la hipoteca, por lo que la garantía real que pretendía obtenerse, mediante la constitución de una hipoteca de máximo, resultó ineficaz. La demanda presentada por el acreedor fue estimada íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia, sentencia revocada por la Audiencia Provincial. El recurso de casación interpuesto por el actor ha sido estimado con base en la sentencia extractada; pero causa extrañeza que la Sala 1.^a condenara al recurrente, cuyo recurso ha ido estimado, al pago de las costas causadas en segunda instancia y en casación. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

52. Identificación de la finca al ejercitar una acción reivindicatoria para recuperarla.—Para cumplir el requisito de identificación de la finca reivindicada no es suficiente la descripción registral o cualquier referencia del inmueble que conste en el título de propiedad. Es necesario que la finca se describa sobre el terreno por los cuatro puntos cardinales, que deben además concretarse con toda precisión para que no exista duda alguna sobre su localización. (STS de 20 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El Excmo. Ayuntamiento de Chiva (Valencia) ejercita acción reivindicatoria ante el Juzgado de Primera Instancia contra *Fomento de Construcciones y Contratas, S. A. (FCCSA)* y contra una serie de personas físicas que poseían en ese momento la finca reivindicada por el actor.

En primera instancia se desestima la demanda interpuesta absolviendo a todos los demandados y declarando que la propiedad de la finca objeto de la litis correspondía a sus actuales poseedores. En grado de apelación se estima en parte el recurso afirmando la Audiencia Provincial no haber lugar a la declaración de que la propiedad correspondía a los poseedores de la finca. Finalmente, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación formulado por el actor, confirmando así la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. (*J. D. S. C.*)

53. La acción declarativa de dominio. Finalidad. Requisitos. Diferencias con la acción reivindicatoria.—La acción declarativa de dominio tiene como finalidad obtener la declaración de que una determinada persona es propietaria de una cosa frente a otra que discute ese derecho o se lo atribuye (STS de 21 de febrero de 1941). Los requisitos de la acción declarativa de dominio son los mismos que los exigidos para el ejercicio de la reivindicatoria (STS de 17 de enero de 1984). La acción reivindicatoria, sin embargo, es ejercitada frente al tenedor y poseedor de la cosa para recuperarla (STS de 3 de mayo de 1944 y 25 de abril de 1949).

Aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil no reconozca expresamente la posibilidad de ejercitar acciones meramente declarativas, la doctrina y la jurisprudencia han admitido el ejercicio de esta clase de acciones, especialmente en el ámbito de los derechos reales (STS de 8 de noviembre de 1994). (**STS de 10 de julio de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia por doña E. C. R. contra la Administración del Estado y contra don V. G. R., el Juez desestimó la demanda aduciendo falta de competencia objetiva de la jurisdicción civil. Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial, que sí se consideró competente para conocer del asunto, desestimó nuevamente las pretensiones de la actora. El Tribunal Supremo rechazó todos los motivos de la casación declarando así no haber lugar al recurso.

NOTA.—Téngase en cuenta que la actual y vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sí permite expresamente solicitar a los Tribunales (art. 5.º) la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas. (*J. D. S. C.*)

54. Acción de deslinde. Presupuesto básico: confusión de linderos entre fincas contiguas. Queda excluida la acción cuando el perímetro del inmueble se encuentre perfectamente delimitado.—El Tribunal Supremo ha establecido, a través de una jurisprudencia constante que se confirma en esta sentencia, los presupuestos básicos para el ejercicio de la acción de deslinde, que exige que los límites de las fincas contiguas implicadas no se hallen materialmente fijados, produciéndose a consecuencia de ello una posesión promiscua de todos los propietarios (o titulares de derechos reales) sobre la

zona de separación. Retomando la línea de otras resoluciones anteriores (entre otras muchas, las SSTS de 14 de enero de 1936, 8 de julio de 1953, 9 de febrero de 1962, 2 de abril de 1965, 27 de mayo de 1974 o 27 de abril de 1981), el Alto Tribunal estima que la confusión de linderos es indispensable para la práctica del deslinde, que no será viable cuando los inmuebles se encuentren perfectamente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre respecto a la aparente extensión superficial del fundo y la manifestación del estado posesorio; circunstancias que no serán obstáculo, sin embargo, para el ejercicio de la acción reivindicatoria. (STS de 26 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La demanda que da inicio a este procedimiento es interpuesta por doña M. L. Ll. R. contra don M. V. D. y doña C. E. I. (cónyuges) y don J. C. C. y doña P. E. I. (también cónyuges), solicitando la delimitación de su finca respecto de la de los demandados y también de una tercera —denominada «Carreira da Pedreira», propiedad del Ayuntamiento de Sotomaior—, que aquéllos habían ocupado con numerosas construcciones —lavadero, motores, desagüe de aguas fecales y fosa séptica, caseta de perro, huerta y viña— que le impedían el acceso a su propiedad por el lindero Sur-Suroeste. Asimismo reclamaba la actora que fueran retiradas de la franja oeste de su finca el galpón y las plantaciones que los demandados habían realizado, bien por tratarse de un terreno de su propiedad que habría que deslindar, bien en cumplimiento de las normas del lugar sobre distancias que han de guardar las edificaciones (3 m) y plantaciones (2 m) respecto de los predios colindantes. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, reconociendo a la actora el derecho de paso a pie por el camino adyacente a su finca por constituir una vía pública. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la actora, reconociéndole también el acceso por vehículo a través del citado camino, para lo cual éste debería ser desalojado por los demandados de las construcciones realizadas. Asimismo se estimaba su pretensión relativa a la infracción por los demandados de las normas del lugar sobre distancias de plantaciones y construcciones. Doña M. L. Ll. R. interpuso recurso de casación alegando la inaplicación del artículo 384 CC, al no haberse reconocido por la instancia el deslinde respecto de la finca de los demandados.

NOTA.—La acción de deslinde se encuentra regulada en el artículo 384 CC con arreglo al cual se reconoce a los propietarios (o titulares de derechos reales) de predios contiguos el derecho a deslindar su propiedad de las fincas adyacentes. En un plano puramente teórico es clara su distinción con la acción reivindicatoria que el dueño de un inmueble puede entablar, previa acreditación de su dominio, contra la persona que lo posee indebidamente para reclamarle su restitución. En la práctica, sin embargo, los perfiles de ambas se difuminan, ya que también a través del deslinde se articulan normalmente pretensiones restitutorias de las franjas de terrenos en las que presumiblemente se hallan ubicadas las lindes inciertas de las fincas (STS de 10 de octubre de 1998). La circunstancia de que tanto la legitimación para el ejercicio de cada una de estas acciones

(el propietario en la reivindicatoria y también los titulares de derechos reales en el deslinde) como su plazo de ejercicio (imprescriptible la acción de deslinde y sometida a un plazo de prescripción de treinta años la reivindicatoria sobre inmuebles) sean diversos, obliga necesariamente a establecer parámetros claros de distinción. El Tribunal Supremo opta por un doble presupuesto para el ejercicio del deslinde (SS de 16 de octubre y 19 de diciembre de 1990, 27 de enero de 1995, 21 de junio de 1997, entre otras): la confusión de linderos por falta de delimitación visible y la posesión promiscua sobre la zona a que conduce precisamente la anterior situación (a este último aspecto se refiere el Alto Tribunal de un modo implícito en esta sentencia, cuando afirma que el deslinde no procede sin incertidumbre respecto a la aparente extensión del fundo y a la «manifestación del estado posesorio»). El ejercicio de la reivindicatoria es posible si no concurren estos requisitos, tal y como advierte el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho tercero; por ello, no es infrecuente que en la práctica se ejerciten conjuntamente ambas acciones, para el caso de que una de ellas (normalmente la de deslinde) no sea estimada (SSTS de 16 diciembre de 1993, 22 de diciembre de 1999). (N. M. I.)

55. Deslinde del dominio público marítimo-terrestre. Efectos respecto de las inscripciones en el Registro de la Propiedad en la Ley de Costas de 1988.—La inclusión en el deslinde de una finca en los términos previstos por la Ley de Costas supone la declaración de la titularidad dominical y de posesión a favor del Estado sin que a estos efectos prevalezcan las posibles inscripciones existentes en el Registro de la Propiedad y constituye un título suficiente para rectificar las situaciones registrales que sean contrarias a él.

Artículo 6.3 de la Ley de Costas de 1969. Deslinde y titularidad privada inscrita.—Conforme a este precepto, la Administración sólo puede ejercitar acción reivindicatoria para tomar posesión frente al propietario inscrito como consecuencia del deslinde.

Disposición transitoria primera de la Ley de Costas de 1988.—Establece que los terrenos no deslindados o parcialmente deslindados a su entrada en vigor se deslindarán de acuerdo con las nuevas previsiones.

Artículo 132.2 CE: declaración de dominio público de la zona marítimo-terrestre y derechos adquiridos por los particulares.—El precepto constitucional no contiene una expresa excepción de los derechos adquiridos legítimamente por los particulares. (STS de 24 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante es el titular registral de una finca situada dentro de la zona de dominio público marítimo-terrestre, cuyo deslinde había comenzado a tramitarse en el año 1987 y que fue aprobado el 13 de septiembre de 1990. El actor, que había interpuesto recurso contra el deslinde ante la Audiencia Nacional, solicitaba en su demanda uno de los siguientes pronunciamientos, en función de la estimación o desestimación del citado recurso: 1) declaración de su titularidad dominical actual sobre la finca en cuestión; 2) declaración de que era propietario de esa finca al comienzo del deslinde, en el año 1987, y, por consiguiente, que ha pasado a ser titular de un derecho de ocupación y aprovechamiento del do-

minio público marítimo-terrestre. El Juzgado de Primera Instancia sólo acogió la segunda petición del segundo *petitum* alternativo al entender que, en el momento de la adquisición por el actor de la finca, ésta ya se encontraba dentro de la zona de dominio público marítimo-terrestre, por lo que no era propietario cuando se inició el procedimiento de deslinde. La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante confirmando la sentencia de primera instancia pero añadiendo la declaración de su titularidad dominical, amparada por el artículo 34 LH, en el año 1987.

El Abogado del Estado recurre en casación alegando la vulneración del artículo 132.2 del Texto constitucional que declara de dominio público estatal la zona marítimo-terrestre.

La sentencia que aquí se analiza gira en torno a la siguiente cuestión: si el actor era propietario de la finca al iniciarse el citado deslinde a efectos de los derechos reservados en la DT 1.ª de la Ley de Costas del año 1988. El Tribunal Supremo considera que la adquisición por el actor de la finca se realizó antes del comienzo del deslinde, por lo que confirma la sentencia recurrida por el Abogado del Estado.

Los datos de hecho, que resultan de la certificación registral y de las escrituras aportadas, y que conducen al Tribunal Supremo a la conclusión señalada son los siguientes: la finca inscrita a favor del demandante le fue adjudicada en la liquidación de la sociedad de gananciales por escritura de 22 de diciembre de 1992. Ahora bien, el propio actor la había adquirido por escritura pública de 27 de octubre de 1978, inscribiéndose tal adquisición a favor de la sociedad de gananciales. Es ésta la fecha que el Tribunal Supremo parece tomar en consideración a efectos de determinar el momento de la adquisición de la finca por el demandante. La vendedora reunía la condición de titular registral.

NOTA.—Esta sentencia ha sido comentada por Luis Miguel López Fernández en *CCJC*, 2004, núm. 65, pp. 619 a 630.

Para un análisis de los casos previstos en los números 1 y 2 de la DT 1.ª de la Ley de Costas de 1988, véase «Los enclaves de propiedad privada en zona marítimo-terrestre y la disposición transitoria primera, números 1 y 2, de la Ley de Costas de 1988», de Nieves Fenoy Picón, publicado en el tomo XLII, fascículo III del *ADC*, año 1989. (*B. F. G.*)

56. Doctrina del Tribunal Supremo sobre la DT 1.ª de la Ley de Costas de 1988.—La mayor parte de los pleitos civiles que se producen en la práctica en relación a los bienes de dominio público y su repercusión en los derechos subjetivos de los particulares versan sobre construcciones destinadas a residencia de verano en zona marítimo-terrestre.

El rigor en la expresión de la Ley de Costas de 1988 trató de ser suavizado por su DT 1.ª, cuyo apartado primero transformó en titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre, mediante concesión por 30 años, a los particulares que incluso por sentencia firme hubieran sido declarados propietarios de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial.

La jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, a raíz de la mención expresa del dominio público marítimo en la Constitución, viene apli-

cando un progresivo rigor en la prueba de la propiedad privada de los particulares sobre espacios que pudieran comprenderse dentro de dicho dominio, teniendo en cuenta siempre el respeto a los derechos adquiridos.

La consideración como demanial del bien no deriva por sí del acto del deslinde, sino de lo dispuesto en la norma constitucional (art. 132.2), siendo aquél el complemento indispensable a las previsiones de la Ley de Costas para hacer efectiva la titularidad demanial en todo caso de estos bienes. Una vez que el terreno litigioso forma parte del demanial, ya no podrá ser declarada su propiedad en favor de ningún particular. (STS de 22 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña S. R. G. formula demanda contra el Ministerio de Obras Públicas y Transportes por la que solicitaba, entre otras cosas, las siguientes: 1) que se declare que la actora es propietaria en pleno dominio al momento de la publicación de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988 de la finca descrita en el hecho primero de la demanda; 2) que goza del carácter de tercero hipotecario al amparo de lo dispuesto en el artículo 34 LH; 3) que se declare el derecho de la actora a los beneficios de la DT 1.^a de la Ley de Costas.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, en el sentido de declarar que en la fecha de publicación de la Ley de Costas de 1988, la demandante ostentaba un título privado de dominio sobre la finca que luego se vio afectada por el deslinde practicado en la playa de Punta Umbría, título que tuvo acceso al Registro de la Propiedad. Entiende el Juzgado que la actora está dentro del supuesto de hecho contemplado en la DT 1.^a, apartado tercero de la Ley de Costas de 1988, debiéndosele abonar por parte de la Administración los beneficios allí establecidos.

El Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, recurre en apelación la anterior sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso íntegramente, confirmando la sentencia apelada. Contra ésta se formula recurso de casación, alegando infracción de los artículos 132.2 CE, 5.1 LOPJ y 339.1 CC. (S. L. M.)

57. Doctrina del Tribunal Constitucional en torno a laDT 1.^a de la Ley de Costas de 1988.—El Tribunal Supremo reproduce aquí la doctrina del Tribunal Constitucional sobre tal norma y señala que el apartado 1 de la DT 1.^a de la Ley de Costas establece una transformación de un derecho dominical en concesión, que constituye una forma de expropiación, por evidentes razones de utilidad pública. La indemnización a percibir por los anteriores titulares consiste en el valor económico de la referida concesión que representa un equivalente del derecho de que se les priva; constituye el justiprecio de la expropiación que supone incluir en el dominio público bienes considerados anteriormente como particulares.

Por otro lado, dice el Tribunal Supremo que la DT 3.^a de la Ley y la 9.^a del Reglamento se refiere al Título II de la Ley de Costas, en el cual no se definen los bienes de dominio público marítimo-terrestre, sino que se imponen ciertas limitaciones a la propiedad de las tierras que no forman parte integrante de dicho dominio público, sino que son colindantes o contiguos al mismo, así como determinadas servidumbres, si bien las fincas de que se trata continuarán

siendo propiedad de sus antiguos titulares. Dichas limitaciones y servidumbres presentarán características especiales si están clasificadas como suelo urbano.

Distinto es el caso de las playas, que se integran en el dominio público estén clasificadas o no como suelo urbano, compensándose a sus antiguos titulares por la expropiación a que se ven sometidos con una indemnización que ha de ser equivalente al derecho de que se les priva.

Acto de deslinde.—El Tribunal Supremo ha señalado ya varias veces que el acto administrativo de aprobación del deslinde, determinando los terrenos que forman parte del dominio público marítimo-terrestre atribuye a los mismos los caracteres de inalienables, imprescriptibles e inembargables, careciendo de todo valor obstativo, detenciones privadas, por muy prolongadas que sean en el tiempo y aunque aparecieran amparadas por asientos registrales. No pueden existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre.

Fundamento de la expropiación forzosa.—Siempre que se lleva a cabo una expropiación forzosa, va a producirse una limitación o restricción de derechos individuales, alterándose en cierta medida la seguridad jurídica y las expectativas de los afectados, que han de sufrir un cierto sacrificio al verse privados de determinados bienes o derechos en atención a la utilidad o interés social. La expropiación forzosa se contempla en la Constitución como una posibilidad a utilizar en determinados momentos, siempre en atención a fines relevantes y mediante la correspondiente indemnización, y aunque viene a alterar situaciones jurídicas preexistentes, privando a ciertos ciudadanos de derechos absolutamente legítimos, es perfectamente compatible con los principios que proclama el artículo 9 de la misma, los cuales, en consecuencia, no pueden entenderse vulnerados. (STS de 16 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. J. V. interpone demanda contra el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, solicitando que se declarase que era propietario de una finca urbana situada en la playa de la Antilla (Lepe), la cual, con anterioridad al deslinde aprobado por Orden Ministerial, estaba ubicada en suelo delimitado fuera del dominio público marítimo-terrestre. Subsidiariamente, suplica que se le reservase el derecho a solicitar la concesión a que se refiere el apartado primero de la DT 1.ª de la Ley de Costas de 1988.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la petición principal de la demanda y acoge parcialmente la formulada con carácter subsidiario, declarando reservado al actor el derecho a solicitar la mencionada concesión. Dicha sentencia se recurre en apelación por ambas partes, donde fue confirmada por la Audiencia Provincial. Finalmente, el actor interpone recurso de casación, donde el Tribunal Supremo desestima todos sus motivos, por considerar que la privación del derecho que ostentaba el recurrente es consecuencia de una expropiación por causa de utilidad pública, cuyo fundamento se encuentra en la Constitución. (S. L. M.)

58. Características y objeto de la tercería de dominio. Prueba que debe presentar el tercerista.—La tercería de dominio es un procedimiento accesorio que deriva necesariamente de un juicio ejecutivo o de un procedimiento de apremio (STS de 3 de junio de 1916). Ni el acreedor ejecutivo ni

el deudor ejecutado pueden ejercitar tercería de dominio. Será el tercerista precisamente el que ejercite sus pretensiones contra los que fueron parte en aquel juicio ejecutivo (STS de 15 de diciembre de 1984). La finalidad de la tercería de dominio es alzar el embargo sobre los bienes indebidamente trabados, por no ser éstos propiedad del ejecutado sino de un tercero (SSTS de 24 de julio de 1992, 4 de junio de 1993 y 24 de febrero de 1995, entre otras).

Del mismo modo que al ejercitar una acción reivindicatoria, el tercerista ha de justificar la propiedad de los bienes embargados. Sin embargo el que promueve una tercería de dominio ha de probar además que las deudas de las que deriva el embargo son ajenas a su patrimonio (STS de 12 de junio de 1956). **(STS de 6 de mayo de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—La mercantil *Silos Aranjuez, S. L.* promovió tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia contra *Silos Las Vegas, S. A.*, don A. C. N. y doña D. G. G. La actora aseguraba que la finca descrita en la demanda y que había sido objeto de ejecución era de su propiedad, por lo que solicitaba el alzamiento del embargo sobre la misma. Por su parte, la mercantil demandada reconviene solicitando que se declare la nulidad, invalidez e ineficacia del negocio jurídico por el cual la actora principal había adquirido la finca sobre la que se había trabado embargo. El juez desestima tanto la demanda como la reconvenición y ordena el alzamiento de la suspensión de la ejecución. Ambas partes formulan sendos recursos de apelación que son también desestimados.

Finalmente, *Silos Aranjuez, S. L.* formalizó recurso de casación fundado en los artículos 38, 34, 1.3 en relación con el 228 todos ellos de la Ley Hipotecaria y en el artículo 24 CE. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso afirmando que la mención a los preceptos de la Ley Hipotecaria era irrelevante en el caso planteado y que la indefensión aducida por el recurrente era sólo imputable a él mismo o a su defensa técnica. La misma suerte corrió el recurso de casación interpuesto por *Silos Las Vegas, S. A.*, fundado en la infracción de la jurisprudencia respecto de la excepción del litisconsorcio pasivo necesario. (*J. D. S. C.*)

59. Objeto de la tercería de dominio. Prueba. Diferencias con la acción reivindicatoria.—La tercería de dominio tiene como finalidad el levantamiento del embargo sobre uno o varios bienes que han sido indebidamente trabados, por ser éstos propiedad de un tercero. La discusión acerca de la validez y eficacia del embargo no puede ser objeto de una tercería de dominio.

Para su estimación es necesario lo siguiente: Primero, que el tercerista pruebe su dominio sobre el bien que pretende excluir de la vía de apremio. Segundo, que la adquisición del dominio sobre el bien sea anterior al embargo que se pretende alzar. Tercero, que se pruebe la identidad entre el bien embargado y aquel sobre el que recae el dominio invocado.

Por otra parte y a pesar de la similitud apreciable entre la tercería de dominio y la acción reivindicatoria, el fin de esta última es la restitución del bien que en ningún caso puede lograrse mediante una tercería de dominio. **(STS de 7 de mayo de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—Don G. A. C. y doña M. F. F. ejercitan acción de tercería de dominio contra el *Banco Bilbao Vizcaya Argentina, S. A.*, don M. C. E. y doña N. N. G., con el fin de alzar el embargo que se había trabado sobre una finca que los actores adquirieron por compraventa mediante escritura otorgada por los interventores de la suspensión de pagos de la entidad *Navarro y Cortada, S. A.*

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. El recurso de apelación formulado ante la Audiencia Provincial fue igualmente desestimado. Finalmente, los actores interponen recurso de casación basado en la infracción del artículo 1532 LEC y de los artículos 9, 4.º y 5.º de la Ley de Suspensión de Pagos. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—El 1 de septiembre de 2004 entró en vigor la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cuyo primer párrafo de la DD única ha derogado la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922. (*J. D. S. C.*)

60. Legitimación de un comunero para el ejercicio de acciones.—El Tribunal Supremo ha reconocido en muchas ocasiones en su jurisprudencia la legitimación de cualquier comunero, aun cuando no manifieste expresamente que actúa en interés de la comunidad para el ejercicio de acciones, siempre y cuando las pretensiones deducidas, en caso de prosperar, redunden en provecho y beneficio de todos los componentes de aquélla.

En este caso, cabe que un comunero ejercite una tercería de dominio cuando con ello se persigue el levantamiento de un embargo, puesto que la misma es provechosa para todos los integrantes de la comunidad.

Identificación de los bienes embargados y de su titularidad dominical.—En primer lugar, conviene señalar que en la tercería de dominio no se reclama la propiedad de los bienes a que la misma afecta, sino el alzamiento de los embargos que se hubieran practicado sobre los mismos.

El ejecutante no puede dirigir su acción ejecutiva contra una finca que ya no pertenece a las personas frente a las que se ejercita aquélla, sobre todo cuando en la fecha en que se practica el embargo, el dominio de la finca no corresponde a tales personas y los nuevos compradores adquieren la propiedad con anterioridad a dicha fecha.

La circunstancia de que los nuevos propietarios y comuneros de la finca no procedan a limitar su porción con cualquier clase de cerca, carece de toda importancia a la hora de comprobar la identificación de la finca. No constituye un argumento para trabar embargo sobre la misma. (**STS de 3 de mayo de 2003**; ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Español de Crédito* formula juicio ejecutivo contra doña M. P. T. y don A. B., donde se embargó una finca rústica como de la exclusiva propiedad de los demandados. Por este motivo, *Nueva Información Económica, S. L.* interpone una tercería de dominio contra la señora T., la herencia yacente del señor B. y el *Banco Español de Crédito*, alegando que los ejecutados, en fecha anterior al embargo, le habían vendido en escritura pública el 50% de la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estima la pretensión de la tercerista. Sin embargo, la Audiencia Provincial señala, por un lado,

que aquélla no actuaba en nombre de la comunidad proindivisa existente sobre la finca, sino en su exclusivo provecho, y por otro, que la identificación del predio no se daba porque éste se embargaba en su totalidad y la tercerista sólo era titular de la mitad, que no había sido dividida. Acoge de esta forma el recurso del *Banco Español de Crédito*, decisión frente a la cual *Nueva Información Económica* interpone recurso de casación.

El Tribunal Supremo acoge el recurso, admitiendo la legitimación implícita de ese comunero porque el levantamiento del embargo, que es lo que persigue la tercerista, va a resultar beneficioso para todos los comuneros. Igualmente, considera que sí se da el requisito de la identificación del inmueble. (S. L. M.)

61. Propiedad horizontal. Acceso a las plazas de garaje a través del portal y escaleras del edificio por parte de aquellos propietarios que no sean titulares de pisos en las plantas altas: exclusión de este derecho en el título constitutivo de la propiedad horizontal.—El Tribunal Supremo considera razonable y conforme a lo prescrito en el artículo 5.III LPH la cláusula,

contenida en el título constitutivo de un edificio, por la cual se denegaba el uso de las escaleras, portal y ascensor a quienes, ostentando la titularidad de alguna plaza de garaje ubicada en los sótanos del inmueble, no fueran sin embargo propietarios de un piso en las plantas superiores. El acceso a la zona de estacionamiento debían realizarlo estas personas a través de la rampa para peatones y vehículos instalada al efecto en el sótano primero del inmueble. (STS de 23 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don G. M. L., doña C. L. C. y doña M. T. B. R. instan acción declarativa contra la comunidad de propietarios del edificio donde tenían unas plazas de garaje en propiedad, solicitando que les fuera reconocido el derecho a acceder a ellas a través de la puerta principal, portal, portería, zaguán, escaleras y ascensores del inmueble, y prestándose a abonar por ello las correspondientes cuotas de mantenimiento de los elementos comunes. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Contra dicha sentencia la comunidad interpuso recurso de apelación, que fue estimado íntegramente. Los actores recurrieron en casación.

NOTA.—Se vuelve a plantear en este procedimiento una cuestión similar a la decidida por el Tribunal Supremo en su S de 4 de octubre de 1993. Se trata de la posibilidad o no de reconocer un derecho de uso sobre los elementos comunes a aquellos propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal cuya integración en la comunidad se deba exclusivamente a la titularidad de una plaza de garaje. El caso enjuiciado no puede reconducirse a las llamadas «subcomunidades de garaje», cada vez más frecuentes dentro de la práctica, en las que la/s planta/s de los inmuebles urbanos destinada/s a estacionamiento de los vehículos (sótano o espacio abierto) se configuran como una comunidad independiente —que registralmente consta además en folio aparte—, sometida a un «régimen de proindiviso ordinario» en el que cada titular ostenta una cuota sobre el total (por ejemplo, doceava parte) o a uno de «propiedad horizontal» con sus propios elementos comunes (zonas de maniobra, pa-

sillos, instalaciones de electricidad o ventilación, etc.), órganos de gobierno y cuotas de participación calculadas en centésimas del garaje. En el caso resuelto por esta sentencia (según se deduce de la calificación como «elementos comunes» del portal, escaleras y ascensores que los actores pretenden utilizar), parece que nos hallamos ante una «única» comunidad de propietarios, a la que –probablemente de manera indebida, por haber sido enajenados separadamente el piso y sus anejos– se habrían incorporado personas que no ostentaban la titularidad dominical de algún elemento privativo (esto es, los pisos y locales), y que tendrían sin embargo una cuota de participación sobre la totalidad del inmueble que les facultaría para utilizar los elementos comunes [*contra* SAP Zaragoza (Sección 5.^a) de 21 de abril de 2003, que se refiere a la necesidad de un uso funcional, que generaría una especie de «subcomunidad de uso» a favor de algunos de los propietarios], obligándoles a contribuir también a su mantenimiento y conservación («obligación *propter rem*»). ¿Podría considerarse lícita la cláusula estatutaria que privara –como sucede en el presente caso– a los propietarios de una plaza de garaje del uso del portal, ascensor y escaleras para acceder a los sótanos donde se hallase ubicada? Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en las dos ocasiones en que se ha pronunciado sobre este particular (la mencionada sentencia del año 1994 y en la que se reseña en estas líneas), con base en lo dispuesto en el artículo 5.III LPH. Este precepto legitima a los propietarios de algún piso o local en régimen de propiedad horizontal para establecer en el título constitutivo el estatuto del edificio en su conjunto incluido el uso o destino que habrá de darse a los diferentes pisos o locales (destino, actividades prohibidas, etc.) y también, con mayor razón aún, a los elementos comunes. Como limitaciones que son del derecho de propiedad, estas prescripciones habrán de ser objeto de una interpretación restrictiva, que necesariamente deberá favorecer a los propietarios afectados en caso de duda (*vid.* en este sentido la STS de 21 de diciembre de 1993, sobre una cláusula del título constitutivo acerca del destino de los locales comerciales del edificio). En el supuesto fáctico resuelto por esta sentencia era evidente que se había querido esta privación al quedar reservado el uso de los elementos comunes que facilitaban el acceso al garaje por el interior del inmueble exclusivamente a los propietarios de los pisos. (*N. M. I.*)

62. Propiedad horizontal. Sótano-garaje como elemento privativo independiente y no de carácter común.—La omisión del sótano en la escritura de obra nueva y propiedad horizontal no es argumento suficiente y válido para que por ello dicha planta deba considerarse elemento común. En la primitiva redacción del Código civil en el artículo 396 se incluía a los sótanos como elemento común, pero ha sido objeto de supresión por la modificación operada por la Ley de 21 de julio de 1960, de Propiedad Horizontal, que los excluyó y su calificación conceptual como elemento del edificio es privativa cuando no figura constitutivo del régimen de propiedad horizontal, e impone partir, en principio, de que los sótanos no pueden reputarse como elementos comunes por naturaleza (SSTS de 10 de mayo de 1965, 9 junio de 1967 y 5 de mayo de 1986) por no estar incluidos en el referido artículo 369.

Demanda reconvenional. Presupuestos subjetivos.—Conforme a la STS de 29 de julio de 1991, la parte demandada no puede aprovechar su posición procesal para reconvenir rebasando la demarcación subjetiva delimitada por el pleito. Ello significa que no puede plantear reconvenición ni frente a terceros no litigantes ni frente a los codemandados (SSTS de 19 de diciembre de 1988, 29 de julio de 1991 y 5 de marzo de 1999). El Tribunal Supremo tiene declarado que los codemandados reconvenidos no están obligados a contestar a la reconvenición propuesta por otro codemandado, lo que representaría conculcar los artículos 542 y 668 LEC, pues implicaría dejar al arbitrio de las partes la vigencia del procedimiento y su regulación, con olvido del carácter de orden público que corresponde a las normas procesales (SSTS de 31 de mayo de 1989, 13 de mayo de 1992 y 15 de julio de 1999). **(STS de 30 de junio de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—Don G. P. T construyó un edificio de viviendas, del cual también fue promotor. En la escritura de obra nueva y división horizontal del edificio no constó la planta sótano destinada a garaje porque su licencia de construcción tuvo lugar con posterioridad a la fecha de otorgamiento de dicha escritura.

Años más tarde, don G. P. T. presenta demanda en la que solicita la modificación de la escritura de división horizontal para incluir el sótano como elemento privativo independiente y se considere como fincas independientes las plazas de garaje existentes en dicho sótano. Parte de los demandados contestan a la demanda y en reconvenición solicitan que se declare que los garajes pertenecen a la comunidad de propietarios del edificio.

La sentencia dictada en primera instancia desestima la reconvenición y estima la demanda, ordena la modificación de la escritura de obra nueva para que conste el sótano y se consideren elementos independientes las plazas de garaje en él existen. Contra esta sentencia, el demandado don P. C. J. R. presenta recurso de apelación que es desestimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación presentado por P. C. J. R. *(L. S. M. P.)*

63. Régimen de propiedad horizontal. Estatutos inexistentes. No aplicación del plazo de caducidad de la acción de impugnación.—Al no constar la aprobación de los estatutos impugnados carece de sentido aplicar la sanación de los acuerdos necesitados de unanimidad por transcurso del plazo de caducidad, pues falta el propio acuerdo en sí mismo.

Ausencia de estatutos. Régimen aplicable.—Tal y como dispone la Ley de Propiedad Horizontal, los estatutos no son preceptivos. A falta de ellos, la comunidad de propietarios se rige directamente por dicha Ley y por su título constitutivo.

Actos propios.—La interposición de la demanda no supone contradicción con los propios actos del actor, pues para ello habría sido necesaria una pasividad prolongada capaz de dotar de existencia a unos estatutos legalmente inexistentes. **(STS de 21 de julio de 2003; no ha lugar.)**

HECHOS.—Una comunidad de propietarios se había venido rigiendo durante veinticinco años por una normativa cuya aprobación no constaba en parte alguna.

El propietario de una de las viviendas que integran la zona constituida en régimen de propiedad horizontal demanda a la comunidad de propietarios solicitando la declaración de que los únicos estatutos que la regían eran los contenidos en la escritura de declaración de obra nueva y configuración de propiedad horizontal; por ello, pedía también la declaración de nulidad de cualesquiera otras normas que se aplicaran en tanto no fueran aprobadas con las formalidades legales.

El actor había adquirido la vivienda diez años atrás; hasta el momento de la interposición de la demanda manifestó en más de una ocasión no estar conforme con la validez de las normas que regían la comunidad. Durante tres años, perteneció a la junta de presidentes de la comunidad.

En primera instancia se desestimó la demanda; la Audiencia estimó el recurso de apelación de la parte actora acordando la ineficacia de las normas en lugar de la nulidad «por la conveniencia de salvar la actuación de la comunidad durante más de veinticinco años» (FJ 1.º). (B. F. G.)

64. Interpretación de los contratos.—Ha de partir necesariamente del significado derivado de las palabras contenidas en el contrato, aunque es necesario que toda interpretación vaya más allá del sentido gramatical de aquellas expresiones, atendiendo fundamentalmente a la «intención» de las partes y a la «finalidad» que pretendieron mediante dicho negocio jurídico. La intención y el espíritu del negocio pueden deducirse no sólo de la conducta de los interesados en el momento de contratar, también de las circunstancias concurrentes o actos anteriores al contrato, siempre que arrojen luz sobre la voluntad de los otorgantes (STS de 21 de abril de 1993).

Es doctrina reiterada que la interpretación de los contratos debe ser realizada en primera instancia. Una vez realizada la labor hermenéutica en la instancia, sólo puede ser modificada en casación cuando resulte ilógica, arbitraria o vulneradora de preceptos legales.

Autorización de la comunidad de propietarios para la realización de obras por parte de uno de los comuneros.—Para llevar a cabo determinadas obras en viviendas o locales sujetos al régimen de propiedad horizontal es necesario que su ejecución haya sido acordada unánimemente por todos los comuneros; y esto, con independencia de que las obras proyectadas cuenten con la necesaria licencia municipal.

Las columnas de sostenimiento de las fachadas, las paredes construidas entre esas columnas, así como todas las paredes externas del edificio aunque delimiten la propia vivienda o local de uno de los copropietarios, son elementos comunes y no privativos (SSTS de 15 de abril de 1978 y 24 de febrero de 1996). Por tanto, la apertura de huecos en los precitados elementos, aun en el caso de no afectar a la estructura del edificio, requieren el acuerdo correspondiente exigido por la Ley de Propiedad Horizontal. (STS de 19 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Promociones Keops, S. A.* interpone demanda contra el *Banco Exterior de España, S. A.* (actualmente *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.*) sobre reclamación de cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda presentada por la actora toda vez que el incumplimiento de la condi-

ción suspensiva incluida en el contrato convirtió en ineficaz la compraventa. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. D. S. C.*)

65. Comunicación pública de obras audiovisuales en habitaciones de hotel sin la autorización de las entidades de gestión de estos derechos.—La retransmisión de obras audiovisuales a través de los aparatos de televisión instalados en las habitaciones de un hotel no puede considerarse comunicación pública a los efectos del artículo 20 LPI, ya que se trata de un ámbito estrictamente doméstico. No queda acreditado que el hotel contara con una red de difusión propia a través de la cual se hubieran retransmitido —alteradas o transformadas— las señales captadas. Por esta retransmisión el hotel no cobraba un suplemento por la prestación del servicio, siendo además relevante la circunstancia de que tampoco se impusiera a los clientes el uso uniforme y general de las difusiones de contenido televisivo sino que se dejara a su libre elección. La *Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)* está legitimada para la defensa *in genere* de estos derechos, a pesar de haber desaparecido su monopolio como entidad de gestión tras la LPI de 1987, siempre que aporte la autorización administrativa que habilite la gestión y los estatutos debidamente aprobados. (**STS de 10 de mayo de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)* y la *Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI)* entablaron demanda contra el establecimiento hotelero «Taurito Princesa» solicitando la cesación de comunicación pública de los repertorios de obras audiovisuales gestionados por estas entidades, a través de los aparatos de televisión instalados en las habitaciones del hotel, en tanto no fueran obtenidas las pertinentes autorizaciones. Asimismo se solicitaba la indemnización a ambas actoras de los daños y perjuicios causados por la parte demandada por esta explotación no autorizada con arreglo a las tarifas aprobadas por las mismas para establecimientos de esa clase. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, que fue recurrida en apelación por la demandada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocando la sentencia de la instancia y absolviendo de la misma a la entidad *South Paradise, S. A.*, propietaria del hotel «Taurito Princesa». La *SGAE* interpone recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo se ocupa nuevamente en esta sentencia del recurso de casación núm. 862/1997, que ya había dado lugar a una resolución anterior de 24 de septiembre de 2002, que fue anulada por haberse omitido el deber procesal de comunicar a las partes la composición del Tribunal (STS de 21 de diciembre de 2002). El sentido de ambas resoluciones es idéntico, aunque contrario al mantenido en una primera sentencia de 11 de marzo de 1996, favorable a apreciar en estos casos la comunicación pública. El cambio de criterio se justifica con base en la STC 10/2002, de 17 de enero, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 557 LECr por vulneración del artículo 18.2 CE, al negar en este precepto el carácter de domicilio a las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas. De conformidad con este pronunciamiento, las habitaciones

de hotel habrían de ser consideradas como ámbito estrictamente doméstico a efectos de aplicar la excepción a la comunicación pública del artículo 20.1.II LPI («No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo»). Curiosamente entre ambas sentencias vio la luz una tercera, dictada también por el Tribunal Supremo el 31 de enero de 2002, en la que no se admitía la incidencia de la anterior jurisprudencia constitucional, de ámbito estrictamente penal, en la exigencia del pago de derechos a los establecimientos hoteleros que instalaran en sus habitaciones aparatos televisores, que debía basarse en cambio en el lucro empresarial obtenido por la prestación de este servicio individualizado. (*N. M. I.*)

66. Supuestos de doble venta.—El Tribunal Supremo hace aquí referencia a la reiterada jurisprudencia de la Sala en relación a la distinción de dos supuestos cuando nos enfrentamos al tema de la doble venta: *a)* que la primera compraventa no se hubiera consumado en el sentido no haberse producido la posesión real o de hecho del bien adquirido, en cuyo caso la que predomina y resulta válida es la que se inscribe en el Registro de la Propiedad; y *b)* que la primera compraventa resulte plenamente consumada por pago íntegro del precio y entrega de la cosa al vendedor que accede efectivamente a su posesión inmediata y disfrute. En estos últimos supuestos no cabe hablar de doble venta, sino de venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda por falta de objeto.

Protección del artículo 34 LH.—Como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, la condición de tercero hipotecario no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho. Si el acto adquisitivo del tercero es inexistente o nulo, la fe pública registral no tiene una función sanadora, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para el tercero será considerado exacto y verdadero. Por tanto, la inscripción en el Registro no convalida los vicios de invalidez o nulidad de que adolezca el acto adquisitivo.

Para que resulte aplicable el artículo 34 LH, debe ser válido el título adquisitivo del tercero que lo inscribe. Cuando se demuestra que el bien vendido en subasta no pertenece a quien figura como titular registral, el propietario efectivo y real puede reclamar judicialmente que se le reconozca su titularidad dominical, a la cual accedió en forma legal.

Dicho precepto 34 es una excepción del 33, tal como resulta de su propia finalidad. La coherencia entre ambos determina que la nulidad del acto adquisitivo entre el tercer adquirente y el transmitente hace entrar en juego el artículo 33 y esa nulidad del título adquisitivo ocasiona la ineficacia de la tutela específica que otorga el artículo 34. (**STS de 10 de junio de 2003**; ha lugar.)

HECHOS.—Por escritura pública de 21 de diciembre de 1989, los demandantes compraron a la mercantil *Goosen, S. A.* el inmueble objeto de litigio, habiendo entrado en posesión material del bien adquirido. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Figueras tramitó el juicio ejecutivo que promovió el *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, en el que se embargó la finca objeto de la

compraventa y la traba se anotó en el Registro de la Propiedad el 18 de mayo de 1992. Dicho Juzgado tramitó también otro juicio ejecutivo a instancia del *Banco Español de Crédito, S. A.*, en el que se embargó igualmente la finca enajenada en fecha de 30 de enero de 1992, con anotación en el Registro practicada el 16 de abril de 1992. En este procedimiento y en vía de apremio, se adjudicó el inmueble, tras la subasta, a los demandados don J. J. G. A. y doña M. G. L., cancelándose las anotaciones de embargo practicadas, inscribiendo su título el 6 de julio de 1995.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Figueras estima la demanda y declara, entre otras cosas, la validez y eficacia de la escritura pública de venta de 21 de diciembre de 1989, así como que los demandantes son legítimos propietarios de la finca urbana, decretando, consecuentemente, la nulidad de las actuaciones relativas a los embargos. Don J. J. y doña M. promueven recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, donde se revoca la sentencia de instancia.

Posteriormente, los actores interponen recurso de casación alegando la aplicación indebida del artículo 34 LH y la infracción del artículo 1473 CC. El Tribunal Supremo viene a decir que no se trata de un supuesto de doble venta, y hace prevalecer la realidad extrarregistral que representa la compraventa pública que tuvo lugar el 21 de diciembre de 1989 sobre la inscripción registral posterior que interesó el demandado en fecha de 6 de julio de 1996. (*S. L. M.*)

67. Protección de la fe pública registral en los casos de doble inmatriculación.—Ante la existencia de un conflicto o colisión de titularidades, en aquellos supuestos en que una finca aparece inmatriculada dos veces en el Registro de la Propiedad a nombre de personas distintas, ha de ser aplicado el principio de prioridad dando así preferencia al tercero hipotecario protegido por la fe pública registral conforme al artículo 34 LH. (**STS de 9 de mayo de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. G. L. interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra don A. R. A., doña J. L. C., doña R. R. A., don J. L. A. y doña M. C. A. V. Se solicita al Juzgado la declaración de que el actor es dueño de pleno dominio de la finca descrita en la demanda, así como la nulidad de la escritura de compraventa otorgada ante notario por un tercero en la que vendía la precitada finca.

El Juez de Primera Instancia desestima la demanda absolviendo a todos los demandados de las pretensiones que contra ellos se deducían. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia al desestimar el recurso de apelación interpuesto. El demandante formula finalmente recurso de casación fundado en la infracción del artículo 34 LH, ante el cual el Tribunal Supremo declara no haber lugar por no cumplirse los requisitos necesarios para que concurra en el actor la cualidad de tercero hipotecario. (*J. D. S. C.*)

68. Efectos de la publicidad registral. Doble inscripción.—Al tercero hipotecario no le afecta lo que no consta en la inscripción registral de la que

trae causa su adquisición, que se mantiene cuando concurren los siguientes requisitos: que haya adquirido su derecho de un titular registral que aparece en el «Registro con facultades para transmitirlo», que sea de buena fe y adquiera a título oneroso, y que inscriba su título en el Registro de la Propiedad. El hecho de que la finca litigiosa constase también en el Registro a nombre de un sujeto distinto del transmitente no es obstáculo para proteger al tercero hipotecario cuando este hecho no conste en el folio registral de la finca adquirida. (STS de 12 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Se ejercita acción reivindicatoria de fincas, que es estimada en ambas instancias, declarándose la cancelación de la inscripción registral de la titularidad de los codemandados. Éstos habían adquirido las fincas del titular registral, una sociedad anónima también demandada. Son hechos probados que las fincas eran propiedad de la demandante desde 1964, que las tenía inscritas a su nombre, pero en 1991 fueron absorbidas por la sociedad codemandada, «sobre el Registro, a base de modificaciones tabulares», y físicamente invadidas al urbanizar los terrenos. En casación ha lugar al recurso y se declaran protegidos los adquirentes por su condición de tercero hipotecario, lo que conduce al Tribunal Supremo a apreciar una acción subsidiaria ejercitada por los demandantes y condenar a la sociedad codemandada a indemnizarles por los daños y perjuicios causados al no poder recuperar las fincas. (C. J. D.)

69. Efectos de la publicidad registral.—Las circunstancias extrarregistrales son inoperantes frente al tercero hipotecario (art. 34 LH). La declaración de nulidad del procedimiento ejecutivo «no alcanza a las compraventas posteriores» a la adjudicación judicial cuando el tercero está protegido por la denominada fe pública registral. (STS de 17 de julio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sido embargado un piso, fue adjudicado en subasta a un tercero, que inscribe su título en el Registro de la Propiedad, y lo vende después a un matrimonio que, a su vez, inscribe. El matrimonio vendió el piso, y los compradores inscribieron también su adquisición. Entretanto, se había declarado nulo el procedimiento ejecutivo y las actuaciones derivadas de él, sin que en ningún momento se hubiera anotado la demanda ni solicitado la anotación de la misma en el Registro de la Propiedad. (C. J. D.)

70. Nulidad de venta judicial de finca por deudas del titular aparente (titular registral). Consecuencias en relación con el dominio inscrito a favor del adjudicatario.—Es nula la venta judicial de un bien que no estaba afecto a la responsabilidad por el pago de la deuda. La inscripción de esta venta en el Registro de la Propiedad no sana los defectos del título (art. 33 LH), por lo que el adjudicatario inscrito no tiene la condición de tercero hipotecario a efectos de ganar la protección registral: el artículo 34 LH salva la nulidad del acto adquisitivo anterior, no la del propio.

Buena fe registral.—No concurre la buena fe exigible para que opere la protección del Registro de la Propiedad, en el adquirente que contó con medios adecuados para conocer que la finca no pertenecía al titular aparente del que trae causa. Queda acreditado que el tercero contó con estos medios ade-

cuados para conocer, cuando no consta que hubiese «agotado la diligencia que se presentaba posible de consultar al Registro».

Efectos de la anotación de embargo.—Es doctrina jurisprudencial reiterada la que declara que la anotación de embargo otorga prioridad sólo frente a los actos dispositivos posteriores, «no con relación a los anteriores aunque no figuren inscritos». (STS de 16 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El conflicto de intereses surge entre el titular extrarregistral de un inmueble y la entidad acreedora del titular registral, que embargó el inmueble y resultó adjudicataria del mismo. Durante un periodo de más de dos años y medio, el titular extrarregistral llegó a figurar como titular registral, pero la inscripción fue cancelada mediante providencia judicial tres semanas antes de la venta judicial. El titular extrarregistral ejercitó una acción declarativa del dominio a su favor y de nulidad de la venta judicial del mismo, con la cancelación de la inscripción derivada, o, subsidiariamente, una acción de enriquecimiento sin causa. El Juzgado de Primera Instancia declaró nula la venta judicial y ordenó cancelar la inscripción del dominio de la entidad adjudicataria, declarando como único titular al demandante. La Audiencia revocó la anterior. En casación, hubo lugar al recurso. (C. J. D.)

71. Proceso hipotecario de ejecución extrajudicial. No cabe fundar la casación por infracción de doctrina jurisprudencial en la cita de una sola sentencia, ni en defectos genéricos, no concretos ni específicos, del procedimiento en cuestión.—El motivo tercero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción de la doctrina de esta Sala contenida en la S de 1 de junio de 1995, expresiva de que las notificaciones en los procedimientos judiciales sumario y extrajudicial han de ser hechas de forma personal. De ello deduce: «Y como en el presente caso, aplicando la doctrina expuesta, aun cuando la escritura con garantía hipotecaria se estableció ante el notario J. S. G. en 24 de enero de 1991, y el domicilio de la deudora se fijaba en Alemania, como antes se indicó, no pueden ser válidos los requerimientos o notificaciones practicados en el domicilio de la entidad bancaria acreedora, por lo que resulta evidente la nulidad del procedimiento extrajudicial hipotecario».

El motivo se desestima porque la cita de una sola sentencia de esta Sala no puede fundar un motivo de casación fundado en infracción de doctrina jurisprudencial, y porque la queja casacional no es concreta y específica, no señala qué notificaciones dentro del procedimiento se encuentran en esas condiciones descritas en el motivo. Es inadmisibles casacionalmente que esta Sala asuma la labor de examinar de oficio toda la tramitación del procedimiento hipotecario de ejecución para comprobar su adecuación a las prescripciones legales, ante la mera acusación genérica de que no se han cumplido. El artículo 1707 LEC obliga al recurrente a especificar qué norma se ha infringido.

Es abusiva la cláusula en la que se fija como domicilio del deudor a efectos de notificaciones y requerimientos propios de los procedimientos de ejecución hipotecaria el del propio acreedor hipotecario, pero ello no determina la nulidad de las otras notificaciones efectuadas al deudor en su persona o conocidas por él a través de otros medios.—Asiste la razón a la recurrente al estimar abusiva la cláusula de fijación de domicilio del deu-

dor en el del acreedor hipotecario a efectos de notificaciones o requerimientos en los procedimientos de ejecución hipotecaria, pues puede producirle una indefensión al ser desconocedor de los trámites (le han de ser notificados por el mismo acreedor en el domicilio del mismo acreedor), aunque en este caso se señaló también como domicilio el de la deudora en Alemania. Sin embargo, las consecuencias que pretende alcanzar mediante la formulación del motivo no son admisibles, porque estamos ante el mismo vicio casacional por el cual se ha desestimado el anterior, además de que en modo alguno la nulidad proclamada lleve consigo la de las notificaciones que se le han hecho en el procedimiento litigioso en su persona, de la cual se da por enterada, ni borra a todos los efectos legales el conocimiento que del propio procedimiento pueda haber tenido por otros medios.

El hecho de que un documento privado tenga fecha auténtica no impide que el órgano judicial examine la veracidad y legalidad de su contenido.—El motivo se desestima porque el hecho de que un documento privado tenga fecha auténtica nada significa respecto a la veracidad y legalidad del contenido, lo que puede ser objeto de examen por el órgano judicial; la autenticidad de la fecha no hace desaparecer en absoluto los vicios de que pudiera adolecer el contrato. Además, se desestima porque no es más que una afirmación unilateral sin ningún sustento fáctico que el contrato de arrendamiento no tuviese como finalidad ilícita la de defraudar los legítimos derechos del adjudicatario del bien, objeto de procedimiento de ejecución hipotecaria, a su posesión y goce, tal y como la instancia reconoce. (STS de 17 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Producida la ejecución extrajudicial de una hipoteca, el acreedor hipotecario cede el remate a una sociedad limitada, otorgando a su favor la correspondiente escritura de transmisión. La deudora ejecutada, que había concertado un contrato de arrendamiento de la finca hipotecada con un tercero, con la finalidad de burlar los derechos de la adjudicataria, demanda a ejecutante y adjudicataria solicitando la nulidad del procedimiento y de los derechos e inscripciones surgidos a raíz del mismo, ante lo cual la sociedad adjudicataria reconviene solicitando, entre otras cosas, la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito por la ejecutada en fraude de su derecho. Desestimadas las pretensiones de la ejecutada en ambas instancias y admitidas las de la demandada reconviniente, con ligeras variaciones entre las dos sentencias, la ejecutada interpone el recurso de casación al que el Alto Tribunal declara no haber lugar. (M. C. B.)

DERECHO DE FAMILIA

72. Gananciales. Liquidación. La farmacia como bien ganancial. Requisitos.—Para determinar la naturaleza del denominado negocio de farmacia hay que distinguir dos facetas; la primera viene determinada por el RD de 14 de abril de 1978, cuando en él se dice que la oficina de farmacia tiene unos elementos no patrimoniales respecto de los cuales el traspaso está sujeto a requisitos administrativos, de modo que sólo los farmacéuticos, indivi-

dual o asociados, en las formas que se autoricen, podrán ser los propietarios de las oficinas de farmacia; corroborado por el artículo 103 de la Ley de Sanidad de 1986 que define las oficinas de farmacia abiertas al público como establecimientos sanitarios, y prescribe en su párrafo 4.º que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las mismas, habiendo concretado la STS de 17 de octubre de 1987 que se trata de normas puramente administrativas sin posible incidencia en el derecho patrimonial, y limitada a regular la titularidad de las licencias para el ejercicio de la farmacia; la segunda faceta está constituida por la denominada base económica de la farmacia que comprende el local del negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho a traspaso y demás elementos físico-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad comercial de la farmacia; esta faceta es susceptible de ser considerada como bien ganancial siempre que se den alguno de los requisitos correspondientes a los tipos del artículo 1347 CC. En el presente caso se trata de una empresa o establecimiento fundado durante la vigencia de la sociedad de gananciales, por lo que resulta indudable su naturaleza de bien común. (STS de 14 de mayo de 2003; ha lugar.) (G. G. C.)

73. Sociedad de gananciales. Consentimiento uxorio para la enajenación de inmuebles. Evolución de la doctrina jurisprudencial.—La STS de 20 de junio de 1991 dice que el consentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentimiento como por su aquietamiento y conformidad a la actitud dispositiva realizada y materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades concordantes de ambas; la STS de 5 de julio de 1994 añade que en el caso de venta de un inmueble ganancial, el asentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, incluso posterior, y ser inferido de las circunstancias concurrentes, debiendo ponderarse la ausencia de fraude o perjuicio. En la misma línea la STS de 24 de mayo de 1995 reitera la anterior doctrina y añade que vale incluso la pasividad o no oposición de la mujer a la enajenación, conociendo la misma, e incluso el silencio puede ser revelador de consentimiento, doctrina que se reitera en la STS de 13 de julio de 1995. En el caso concreto, desde la fecha de la firma del contrato de venta, 18 de agosto de 1995, hasta finales de mayo de 2003, han pasado más de siete años, mucho tiempo sin que la esposa haya manifestado ni la mínima oposición.

Prueba pericial. Valoración. Inexistencia de causa de recusación.—Señala la jurisprudencia que al no existir reglas generales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido, no sirviendo a estos efectos los ya derogados artículos 1242 y 1243 CC, ni el 632 LEC 1881. En consecuencia, no cabe invocar error de derecho pues la prueba pericial es de libre apreciación según doctrina muy reiterada. El resultado de la misma ha de ser apreciado por el juzgador según las reglas de la sana crítica que como módulo establece el artículo 632 LEC 1881, pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial y sin que se permita la impugnación casacional a menos que la misma sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica (SSTS de 13 de febrero de 1990, 29 de enero y 25 de noviembre de 1991 y 11 de octubre de 1994). El perito nombrado por insaculación no consta que haya prestado

servicios a la otra parte en pleito alguno, ni que sea dependiente o socio del mismo, por lo cual no concurre ninguna causa de recusación. (STS de 15 de julio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Hace tiempo que alerté de la posible degradación jurisprudencial de la exigencia legal del asentimiento del otro cónyuge al acto dispositivo realizado por el enajenante, facilitada por la continuidad de la doctrina recaída a propósito del derogado artículo 1413 CC (García Cantero, en Castán: *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, 10.ª ed. [Madrid, 1994], p. 514). En el presente caso la sentencia lo deduce presuntamente por el transcurso de más de siete años de la enajenación guardando silencio la esposa. En parecido sentido a lo aquí defendido se expresa Rams: *La sociedad de gananciales* (Madrid, 1992), p. 284, al decir que el puro silencio e incluso el no ejercicio de la acción de nulidad *ex* artículo 1322 CC no deben revestirse de consentimiento tácito cuando hay vías específicas para obtener la manifestación del cónyuge sobre un negocio proyectado o incluso sobre el realizado. Pero esta opinión no se recoge de modo expreso en la revisión y puesta al día de Lacruz *et alii*: *Elementos*, IV ed., del 2002, p. 237, sentencia en donde se recuerda que la prestación o negativa del consentimiento constituye cumplimiento de una obligación de cada esposo de cooperar a la gestión de la sociedad legal y se admite que el asentimiento pueda ser «tácito o implícito». (G. G. C.)

74. Sociedad de gananciales. Enajenación de inmuebles. Doctrina general sobre el consentimiento uxorio.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la venta de un bien inmueble ganancial por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro no es nula de pleno derecho, sino simplemente anulable a instancia del cónyuge que no concurrió a prestar el consentimiento o de sus herederos, no a instancia del que vendió, ni de la persona que con él contrató, por lo que si tal acción de anulabilidad no se ejercita, el contrato es plenamente válido y vinculante para los que lo concertaron. El consentimiento de uno de los cónyuges cuando concurre el expreso del otro puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentimiento como por su aquiescencia y conformidad a la actividad dispositiva materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos; puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también deferido de las circunstancias concurrentes, debiendo ponderar la pasividad de la esposa y su no oposición a la enajenación conociendo la misma, así como la ausencia de fraude; incluso el silencio puede ser, en estos casos, revelador de consentimiento. Además la determinación del consentimiento tácitamente manifestado es cuestión de hecho. (STS de 2 de julio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Coincide con la doctrina recaída en la STS de 15 de julio de 2003, publicada en este fascículo del ADC, y a cuyas observaciones remito. (G. G. C.)

75. Sociedad de gananciales. Embargo por deudas privativas del marido derivada de responsabilidad criminal. El cónyuge no deudor no es tercero. Carece de legitimación para interponer la tercería.—Hay un cuerpo de ju-

jurisprudencia, pacífica y concorde, formada por numerosas sentencias de esta Sala, según el cual durante el matrimonio el consorcio conyugal no da nacimiento a una forma de copropiedad romana, al faltar por completo el concepto de parte, por lo que en tanto la sociedad conyugal no se disuelva y liquide, a ninguno de los cónyuges corresponde la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, sino únicamente un derecho expectante que no le legitima para entablar la tercería de dominio; doctrina recogida por las SSTs de 8 de febrero de 2001 y 31 de mayo de 2002 y las en aquéllas citadas. En el presente caso la tercerista tuvo conocimiento del embargo de la vivienda familiar, y no ejercitó, ni entonces, ni al acordarse la subasta de la misma, la facultad que le confiere el artículo 1373 CC, limitándose a solicitar el alzamiento de la traba a través de su tercería.

Incongruencia.—La sentencia impugnada de la Audiencia Provincial ordenó que el embargo trabado sobre la vivienda familiar de la promoviente fuese sustituido por la parte que su esposo ostentaba en la sociedad de gananciales, y ello pese a no haberlo aquélla solicitado en su demanda de tercería de dominio, privando al acreedor recurrente de establecer el necesario debate sobre el particular, generándose evidente indefensión. (STS de 17 de junio de 2003; ha lugar.)

NOTA.—La cuantía de la responsabilidad civil por un delito continuado de falsificación y apropiación indebida, en que había incurrido el marido, se aproxima a los diecisiete millones de pesetas, por lo que resalta el escaso acierto de la dirección letrada de la esposa al interponer exclusivamente una tercería de dominio solicitando el alzamiento del embargo. Es sabido que la interpretación doctrinal y jurisprudencial del, en su momento, novedoso artículo 1373 CC ha originado amplio debate (básica es la monografía de Ragel: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge* [Madrid, 1987]; amplio elenco de opiniones recogido en Castán Tobeñas: *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, 12.ª ed. [Madrid, 1994], p. 483, nota 1). Frente a la doctrina jurisprudencial aquí sentada (Ponente señor Ronero Lorenzo), Ragel: *op. cit.*, pp. 252 ss., sostiene que el cónyuge del deudor no es parte en el proceso de ejecución, y, por lo tanto, tiene que ser tercero o equiparable a tercero, infringiéndose, en otro caso, el artículo 24.1 CE. El nuevo artículo 541.3 LEC 2000 es saludado por Rams como precepto defensor de los intereses del cónyuge no deudor (en Lacruz *et alii*: *Elementos*, IV ed., 2002, p. 226); pero no parece aplicable al caso actual, ya que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se dictó en 1994 y la de la Audiencia Provincial en 1997. La situación parece bastante desfavorable y perjudicial para la esposa en este caso, si se tiene en cuenta que la doctrina entiende que la enajenación forzosa de los bienes comunes viene a ser como un anticipo a cuenta de la futura adjudicación (así Ragel: *op. cit.*, p. 248), y puede ocurrir que el único bien ganancial valioso sea la vivienda común. (G. G. C.)

76. Sociedad de gananciales. Deudas contraídas por el marido en el ejercicio del comercio. Tercería de dominio. No liquidada la sociedad, la esposa no es tercero para ejercitar tercería.—La actividad del esposo ejerciendo el comercio como Presidente del Consejo de Administración y Consejero-Delegado de la empresa vincula la sociedad de gananciales, incluso

cuando realiza el acto mercantil de afianzar personalmente a dicha sociedad. Es doctrina jurisprudencial que, conforme a los artículos 6 y 7 CCO los bienes gananciales quedan sujetos a la actividad de comercio consentida y conocida que lleva a cabo cada uno de los esposos, lo que determina concretar que no corresponde a la esposa recurrente la condición de tercerista, ya que como dicen las SSTS de 19 de julio de 1989, 12 de junio de 1990, 4 de marzo de 1994 y 26 de junio de 1997, entre otras, sólo se le atribuye un derecho expectante, en tanto no se resuelva y liquide la sociedad ganancial, y dicho derecho no le legitima para entablar tercería de dominio (SSTs de 30 de diciembre de 1999 y 1 de septiembre de 2000). En el presente caso la Audiencia Provincial aplicó correctamente la presunción del artículo 7 CCO, pues no ofrece duda que la esposa conocía el ejercicio del comercio por su esposo, en que se incardina la constitución de la fianza, sin que conste su oposición expresa. No resulta relevante que cuando se concertó el préstamo afianzado ya se habían dictado medidas provisionales en procedimiento de separación provisional, ya que la sentencia de divorcio se pronunció casi tres años más tarde. (STS de 21 de julio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Véanse las observaciones a la STS de 17 de junio de 2003 en este fascículo del ADC. (G. G. C.)

77. Unión *more uxorio*. Extinción por muerte del varón conviviente. Indemnización otorgada a la mujer superviviente por enriquecimiento injusto.—Las circunstancias específicas del supuesto de autos revelan que doña J. durante los cincuenta y tres años de convivencia con don J. M.^a se dedicó en exclusiva a la atención del mismo y del hogar familiar prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio. La sentencia de instancia niega la existencia de base adecuada para sentar la concurrencia de una comunidad de bienes o de una sociedad irregular, y tal conclusión es aceptada por la parte recurrente y deviene incólume para este Tribunal, pero por contrario a lo que en dicha resolución se razona, no cabe negar que de la composición fáctica expresada se desprenda una situación de enriquecimiento injusto. Esta situación tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa («base») que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido (*in quantum locupletiores sunt*). El enriquecimiento se produce no sólo cuando hay un aumento de patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*). El empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de «razón» o «base» suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa —como sostiene un importante sector doctrinal— que un concepto

válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando a favor de un sujeto concreto una acción de restitución, constituye un postulado de justicia insoslayable. La comunidad de vida o el haber gozado de una consideración social o material equiparada a la de su compañero no constituyen justificación del desequilibrio patrimonial producido en virtud de las respectivas actividades y circunstancias específicas del caso, sumamente significativas. Bueno es apuntar finalmente que se está haciendo referencia a un enriquecimiento producido en el patrimonio del varón conviviente, que genera una obligación resarcitoria ya nacida en vida del mismo, y en absoluto compensada. No se hace referencia a ningún derecho sucesorio, ni se toma en cuenta el enriquecimiento de la demandada.

Fijación del *quantum indemnizatorio*.—Dadas las circunstancias concurrentes resulta natural que no haya datos exactos para fijar la cuantía del enriquecimiento producido, pero ello no puede obstar a la aplicación de esta doctrina que constituye un principio general de derecho, mediante una apreciación ponderada de aquéllas por el Tribunal. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia fija la indemnización a percibir por la actora en un porcentaje del 75% de todos los bienes de que era propietario el fallecido don J. M.^a, con excepción de los inmuebles radicados en su localidad de origen, Guardo (Palencia). Este Tribunal en funciones de instancia entiende que tal solución rebasa los términos reales del supuesto enjuiciado, por lo que, aun teniendo en cuenta la duración de la convivencia (53 años), modulando la ventaja producida y la afectación sufrida se considera que la indemnización debe ser fijada en la cuarta parte de todos los bienes de que era propietario el fallecido, sin incluir los inmuebles radicados en la provincia de Palencia; se le atribuye a la actora la cantidad que tiene percibida de cuatro millones, el derecho de propiedad sobre la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común, con excepción de los objetos artísticos o históricos y los bienes de procedencia familiar del fallecido, y el derecho a la utilización vitalicia de la vivienda familiar. (STS de 17 de junio de 2003; ha lugar.)

NOTA.—Resolución de la Sala 1.^a ecuaníme y ponderada, cuyo Ponente ha sido el señor Corbal Fernández, que ha acertado, sin duda, a encuadrar debidamente los hechos, describiendo el marco legislativo existente al tiempo de dictarse, y recogiendo selectivamente la jurisprudencia de la Sala 1.^a más apropiada. Doña J., nacida en 1921, estuvo casada con don J., desaparecido en 1938 con ocasión de la Guerra Civil, de cuya unión nació un hijo. En 1940 inició una relación extramatrimonial con don J. M.^a, cuyo estado civil se omite, de profesión médico y farmacéutico, instalándose la pareja en Barcelona, falleciendo éste abintestato el 23 de agosto de 1993. Una hermana del fallecido obtiene la declaración de heredera en su favor, y fallecida durante la tramitación del pleito le sustituye procesalmente su hija (sobrina, por tanto, del premuerto). La demanda de la mujer conviviente invoca el artículo 1902 y reclama los daños y perjuicios que le han sido originados en la larga convivencia, y, alternativamente, una pensión compensatoria por analogía con el artículo 97 CC para permitirle el mismo nivel de

vida de que gozaba en vida del causante, y, además, la adjudicación en propiedad del domicilio común. El Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona estimó la demanda y en concepto de indemnización le concedió el 75% de los bienes reclamados, con excepción de los radicados en Palencia. La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación y absuelve de la demanda, imponiendo las costas de primera instancia a la actora por su temeridad. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación con base en la extractada doctrina del enriquecimiento injusto y no confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Todavía quedan secuelas de nuestra Guerra Civil, y casos como el actual se presentan de vez en cuando. Terminada la contienda una joven mujer casada, con un hijo menor, nada sabe de su marido, desaparecido en campaña, o en la retaguardia, y decide rehacer su vida (no se sabe si el hijo menor de edad convivió también en el nuevo hogar, lo que es verosímil). El conviviente, por su parte, disfruta de una vida desahogada, pues es director de los Servicios Médicos de «SEAT» y dueño de una oficina de farmacia en la Ciudad Condal. El futuro económico inmediato de doña J. parece asegurado. Nótese que ambos convivientes hicieron poco para formalizar su situación matrimonial; pudieron acudir a la declaración de ausencia o de fallecimiento, y por la vía de la *permissio transitus ad alias nuptias* canónica, contraer matrimonio de esta clase; o, a partir de 1981, obtener una sentencia de divorcio. Por otro lado, la opción elegida por la mujer fue la de «ama de casa», sin preocuparse de su futuro (adquirir, en su caso, una capacitación profesional o desempeñar un puesto laboral). Tampoco se dice nada de la vecindad civil que ostenta la pareja: don J. M.ª es palentino de origen, aunque instalado en Barcelona, sin que conste la vecindad de doña J.; pertenece, sin duda, al grupo de *els altres catalans* que adquieren por residencia decenal la vecindad catalana. En todo caso, aquél fallece antes de entrar en vigor la Ley de 15 de julio de 1998 sobre uniones estables de pareja. El lado emotivo deriva de que la sentencia firme se pronuncia pocos meses antes de cumplir doña Josefa los 82 años, y de que parece haber algún acuerdo entre ésta y la hermana del premuerto para no reclamar bienes que pueden calificarse «de linaje» y que están sitos en su lugar natal, y quedarán para sus parientes colaterales; por otro lado ésta reconoce como legítimo el cobro de un cheque que excede de cuatro millones de pesetas por parte de la mujer conviviente, y un derecho de habitación sobre la vivienda habitual.

Adviértase que el varón pudo haber testado íntegramente a favor de la mujer al carecer de herederos forzosos, y no lo hizo pese a la larga vida en común. Con acierto dice el FD 2.º que «el supuesto litigioso gira en torno a las consecuencias económicas negativas que se producen para uno de los miembros de la pareja como consecuencia de una unión *more uxorio*, con la particularidad en el caso de tener lugar la extinción por fallecimiento, y que la sobreviviente dedicó su vida al cuidado de su compañero, cuya herencia es recibida abintestato por un pariente colateral». Podía haber añadido que los convivientes no hicieron lo posible para

contraer matrimonio legal, al menos desde 1981, no constando ninguna gestión en tal sentido, y que tampoco se propuso el varón beneficiar *mortis causa* a su compañera al amparo del derecho común. Se acota el *thema decidendi* al añadir que «la conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, y entre ellos el de la extinción». No se hace referencia a ningún derecho sucesorio, ni se toma en cuenta el enriquecimiento de la propia actora, sino únicamente al enriquecimiento producido en el patrimonio del premuerto que genera una obligación resarcitoria ya nacida en vida del mismo y en absoluto compensada. ¿Significa ello que la heredera de don J. M.^a puede reclamar, a su vez, un posible enriquecimiento experimentado por la convivencia en el patrimonio de doña J.?

Se rechaza rotundamente la eventual aplicación del artículo 1902 cuyos requisitos no se cumplen al ser preciso un hecho ilícito como generante del daño, así como la aplicación analógica del artículo 97 CC que sólo cabe contemplar en situaciones de ruptura unilateral de la unión. Se invocan las SSTs de 11 de diciembre de 1992, 27 de marzo de 2001 y 17 de enero de 2003, que han aplicado el enriquecimiento injusto. Aunque no se deja de reconocer prudentemente que una excesiva generalización de esta doctrina puede crear riesgos para la seguridad jurídica. En definitiva, una solución *ad casum* que parece satisfacer las exigencias de la equidad, moderada a la hora de fijar el *quantum* indemnizatorio (¿inspirada, acaso, en la cuarta viudal catalana del artículo 380 del Código catalán de sucesiones?); solución que quizá llegue algo tarde, pues recae diez años después de haber fallecido el conviviente. (G. G. C.)

78. Unión de hecho. Ruptura de la convivencia. Atribución a la madre de la guarda de la hija común. Prueba. Interés prevalente del menor.—La prueba de confesión fue valorada en el conjunto de las pruebas practicadas, de modo que su valor probatorio, dada la índole del juramento indicioso con que se practicó, no la convierte en prueba plena vinculante; además la cuestión litigiosa se basó esencialmente en el resultado de la prueba pericial psicológica practicada en segunda instancia para mejor proveer. No se olvide que el asunto litigioso versa sobre la atribución de la guarda y custodia de una menor a uno de sus progenitores, los cuales constituyen pareja de hecho conviviente al *more uxorio*, en cuya resolución, como asimismo en casos matrimoniales, la pauta de referencia tiene que ser necesariamente el interés prevalente del menor.

No hay discriminación por razón de sexo. Aplicación analógica del artículo 92 CC.—El padre privado de la guarda cita como infringido el artículo 14 CE, y el artículo 92 CC; en cuanto al primero no se ha producido discriminación por razón de sexo por el hecho de atribuir a la madre la guarda, y en cuanto a la cita del segundo es de observar que se hace sin expresión del párrafo pertinente, lo que debe rechazarse porque se trata de norma que habilita al Juez para, en función de la situación de hecho que resulte probada, decidir sobre la atribución de la guarda y cuidado al progenitor que se encuentre en mejor situación para cumplir con el deber propio de la patria potestad respec-

to de los hijos; arbitrio judicial no revisable en casación salvo que aparezca manifiestamente carente de fundamento o se muestre como absurdo e ilógico, extremos sobre los que el recurso no ha razonado convincentemente. En cambio la sentencia recurrida razona acerca del resultado de la prueba practicada, deduciendo que la niña tiene un desarrollo y evolución normales y que la madre se ha ocupado siempre de ella con el cuidado y diligencia exigibles; entiendo, finalmente, que la menor a quien necesita a su lado es a su madre, debido a su corta edad, sin perjuicio de que se fije un amplio marco de visitas, estancias y comunicaciones para mantener habituales relaciones con su padre y sus abuelos paternos. (STS de 9 de junio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—El Juzgado de Primera Instancia hizo los siguientes pronunciamientos: *a)* El cese efectivo de la convivencia entre las partes, y, por tanto, la separación de hecho entre los mismos con efecto en la escasa normativa que contempla la realidad de las parejas *more uxorio*. *b)* La disolución de la comunidad de bienes que pudieran constituir, revocando los poderes expresos o tácitos que pudieran tener en cuanto a la administración de los bienes en común de la pareja. *c)* La hija habida de la relación quedará bajo la guarda y custodia de la madre, que compartirá con el padre la patria potestad. *d)* El padre tendrá derecho de visita y a permanecer con su hija bajo el régimen que se establece.

El mimetismo entre la convivencia *more uxorio* y el matrimonio parece justificar los apartados *a)* y *b)* de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que resultan realmente innecesarios, pues la única cuestión debatida es la guarda de la hija común. Tal mimetismo conduce a invocar como norma aplicable el artículo 92 CC relativo a las causas de separación, nulidad y divorcio, con olvido de los artículos 156 y 159 CC, especialmente el párrafo final del primero, que ofrecen, a mi juicio, mayores posibilidades a los progenitores para modalizar el ejercicio de la patria potestad. Adviértase, por lo demás, que en la sentencia se establece la patria potestad compartida entre ambos progenitores. (G. G. C.)

79. Convivencia *more uxorio*. Atribución de la guarda y custodia de la menor al padre.—La prueba practicada revela que la recurrente, por su situación laboral y emocional, no es la más apropiada para ocuparse de su hija, así como que no responde adecuadamente para cumplir la función que supone la custodia de la misma, careciendo de justificación los retrasos reiterados en el inicio de la jornada escolar, que han provocado avisos del centro por tener una incidencia negativa en la evolución educacional de la niña, habiéndosela requerido en diferentes ocasiones para que enmendase esta conducta. Aun reconociendo las dificultades que puedan presentarse en la adaptación de la niña a convivir y ser custodiada por el padre, el Tribunal de Instancia así lo decidió, lo que esta Sala comparte, por tener de esta manera cubiertas en mayor medida las necesidades, tanto físicas y materiales como de índole moral, sin que ello suponga que se proceda a cortar radicalmente el contacto con la madre, que indudablemente complementará y contribuirá al mayor equilibrio emotivo y sentimental de la menor, pues una madre es difícil de suplantar y siempre está y debe estar en las proximidades del vivir existencial de los hijos, aunque no convivan juntos y sin perjuicio de que en el futuro, cuando a la

menor le asista la capacidad legal necesaria, pueda decidir con quién de los progenitores quiere convivir. En estos supuestos a lo que ha de atenderse es al mayor beneficio del menor, al que en los casos de crisis y separación de sus padres, se les coloca en una posición difícil de optar por uno u otro, por lo que, a falta de acuerdo común, la Ley traspasa al Juez la siempre difícil solución de decidir cual de los progenitores ha de asumir el cuidado y custodia (art. 159). En este caso la decisión del Tribunal de Instancia resulta la correcta, y conforme al *factum* declarado probado y demás circunstancias concurrentes, ya que el *favor filii* es el que tiene que presidir las relaciones con los padres, y como dice la STS de 27 de marzo de 2001, es el interés de los hijos el que debe prevalecer, incluso por encima del de sus progenitores. (STS de 9 de julio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—La niña nace en el seno de una pareja no casada el 22 de diciembre de 1990. Parece que la convivencia se rompe en algún momento posterior y en 1996 el padre solicita se le conceda la custodia de la menor, la cual ha de presumirse que ha vivido, hasta entonces, con su madre. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, aceptando la reconvencción ejercitada por la madre (con los anexos de imponer una pensión de alimentos a cargo del padre y permitir a aquélla el uso de la vivienda común); la menor al cumplir ocho años cambia su situación legal respecto de la madre en cuanto a la guarda (ha sido advertida de reiterados retrasos al llevar a su hija al centro docente), así la Audiencia Provincial estima la apelación y atribuye al padre la custodia de la menor. Al interponer la madre recurso de casación se supone que la situación fáctica de la menor no se ha alterado en relación con su madre, de modo que sólo con la sentencia del Tribunal Supremo en el 2003 podrá hacerse efectiva la sentencia que atribuye la guarda paterna. Mientras tanto la hija va a cumplir trece años y la sentencia extractada, al tiempo que pondera la dificultad de solucionar estos litigios, hace hermosas consideraciones sobre la insustituible función materna. ¿Subsistirán ahora las causas por las que en 1998 se privó de la guarda a la madre? El transcurso de siete años desde que el padre reclamó la guarda de su hija hace, a mi juicio, casi irrelevante cualquier invocación del *bonum filii*, sustituido prácticamente por la regla del *primus possidens*, que suele ser la madre. En este caso, de hecho ha sido ésta la que, para bien o para mal de la menor, ha educado y formado decisivamente a su hija, pese a que el padre desde 1998 tenía una resolución judicial en su favor. En ciertos problemas de relaciones padres-hijos nuestro sistema de recursos parece que no está sirviendo adecuadamente a la justicia material. (G. G. C.)

80. Filiación matrimonial. Impugnación por el marido de la presunción *pater is est*. Caducidad de la acción.—La inscripción registral de la filiación matrimonial, amparada en la presunción legal del artículo 116 CC, es plenamente válida y eficaz en tanto no se accione contra ella por la vía impugnatoria del artículo 136, acción ésta que se encuentra condicionada a su ejercicio dentro del plazo señalado en dicho precepto —un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil—, plazo que es de caducidad por razones obvias de seguridad jurídica en las relaciones paterno-filiales, y

por ello la sentencia recurrida estimó sobradamente transcurrido el plazo en cuestión al momento de entablarse la demanda debido a que el hijo menor tenía cinco años y dieciséis la hija mayor, habiendo sido inscritos ambos en el Registro Civil desde su nacimiento.

Negativa de la madre a someterse a las pruebas biológicas.—Es prácticamente unánime la doctrina jurisprudencial en el sentido de no considerarla como *ficta confessio* sino un indicio valioso que, conjuntamente con otros elementos probatorios puedan conducir a estimar la demanda; en el presente caso tales elementos probatorios no se han dado, ya que las supuestas situaciones de infidelidad no se han comprobado; además no es posible olvidar que el plazo de ejercicio de la acción de impugnación había ya caducado, lo que impediría, en todo caso, cualquier otro planteamiento, y esto así descarta las alegadas infracciones acerca de una interpretación errónea del artículo 127 CC, en relación con los artículos 39.2 y 53.3 CE, y de una inaplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la negativa al sometimiento de pruebas biológicas. (STS de 26 de junio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—La impugnación del marido ha sido rechazada en ambas instancias y el recurso de casación se desestima igualmente con base en la doctrina extractada (Ponente Sierra Gil de la Cuesta). Parece que se trata de un matrimonio en el que nacen varios hijos, y durante un largo tiempo viven los cónyuges armónica y pacíficamente. A los dieciséis años de nacer la primera hija el marido impugna su legitimidad, oponiéndose su esposa por haber caducado la acción, negándose, además, a realizar la prueba biológica. La sentencia plantea algunas cuestiones de interés. No parece haber duda sobre el *dies a quo* de la acción impugnatoria pues la inscripción de la hija se realiza coetáneamente al nacimiento «a ciencia y paciencia del marido». En cambio ofrece alguna novedad el rechazo de la esposa a realizar la prueba biológica. Inicialmente la sentencia razona sobre la base de la doctrina constante de no constituir tal negativa una *ficta confessio*, pero a renglón seguido establece que tal alegación es irrelevante si la acción ha caducado. Imaginemos que, en este caso, la prueba, no constante, se realiza y arroja el resultado desfavorable para la mujer de no ser el marido el progenitor de la menor, pese a lo cual la sentencia estima la caducidad de la acción. Se producirá evidentemente una excepción al principio de veracidad biológica en la filiación matrimonial. Pero si la acción se hubiera ejercitado dentro del plazo anual la esposa hubiera corrido el riesgo de que el Tribunal atribuyera valor a determinados indicios, no concurrentes en este caso (por ejemplo, prueba testifical sobre la notoriedad de ciertos hechos en la localidad), viéndose abocado a estimar en consecuencia la acción impugnatoria. (G. G. C.)

81. Filiación no matrimonial. Reclamación de la paternidad. Defectos formales de la demanda.—La demanda reúne los requisitos precisos que exige el artículo 524 LEC 1881, pues con absoluta claridad ejercita la acción de reclamación de filiación y perfectamente se identifica al demandado y al menor, cuya certificación de nacimiento se aporta con la demanda, quedando en el suplico fijado con claridad y precisión lo que se pide y contra quien se propone; además esta excepción fue resuelta y rechazada por el

Juez de Primera Instancia en la comparencia previa del menor cuantía, sin que el demandado hiciera protesta en aquel acto, ni posteriormente.

Legitimación activa.—La madre ejercita la acción claramente en interés de su hijo menor de edad de quien es representante legal; en la demanda ninguna petición es para sí, sino que la acción es relativa exclusivamente al hijo, en la investigación de la paternidad que proclama como principio rector el artículo 39.2, último inciso, CE. Un órgano jurisdiccional no podría llegar al exagerado, *ad absurdum*, formalismo de rechazar la legitimación activa por no haber empleado la madre demandante la fórmula sacramental de decir explícitamente que obra «en nombre y representación del hijo», habiendo declarado a mayor abundamiento la STS de 21 de abril de 1988 que si a la madre no casada se le negase el derecho a que se reconozca la paternidad de un hijo por motivos de extremado formalismo, se quebrantaría el artículo 24.1 CE.

Admisión de documentos complementarios en período de prueba.—Los documentos que son simplemente complementarios, cuya aportación se admite fuera de la demanda, no producen indefensión y no dan lugar a una sanción tan fuerte como es la casación de la demanda. En este sentido las SSTs de 16 de noviembre de 2001 y 6 de febrero de 2003 dicen que la jurisprudencia de esta Sala viene distinguiendo entre documentos básicos de la pretensión y que fundamentan la causa de pedir y aquellos otros complementarios que tienen la finalidad de integrar el proceso probatorio, e incluso cabe también comprender aquellos que subsanan, completan y aclaran un documento aportado con la demanda y que tiene existencia real; sólo respecto de los primeros es de aplicación el rigorismo de los artículos 503, 504 y 506 LEC 1881; 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).

Negativa a la prueba biológica. Estimación de la demanda en base a pruebas indiciarias.—La STS del 20 de septiembre de 2002 resume la doctrina constitucional y la de esta Sala, conforme a la cual la negativa a la prueba biológica, puesta en relación con las demás pruebas aunque no sean más que indiciarias e insuficientes para apreciar probada por sí sola la paternidad, permite la declaración de la misma, como en el presente caso han resuelto de modo concorde las sentencias de instancia declarando la paternidad del demandado. (STS de 27 de junio de 2003; no ha lugar.) (G. G. C.)

82. Filiación no matrimonial. Reclamación de paternidad. Negativa del demandado a someterse a pruebas biológicas. Doctrina del Tribunal Constitucional.—La STC de 31 de mayo de 1999 hizo la siguiente síntesis de su doctrina: «Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el artículo 127 CC que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del artículo 39.2 CE, según el cual ‘la ley posibilitará la investigación de la paternidad’, autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación, mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen ‘la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación’ (art. 39.2 CE) y la obli-

gación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera de matrimonio (art. 39.3 CE). Por ello cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) del afectado. Hemos declarado igualmente que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que, en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE. Por tales razones este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores que 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».

Doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo.—En cuanto a la jurisprudencia de esta Sala, la STS de 28 de marzo de 2000 destacó cómo su doctrina más reciente se decanta por aumentar cada vez más el valor probatorio de la negativa injustificada del demandado a colaborar en la práctica de la prueba biológica; en la misma línea ha profundizado la STS de 20 de septiembre de 2002, subrayando la obligación de las partes de facilitar la prueba biológica acordada por el órgano jurisdiccional porque de no hacerlo vulnerarían los artículos 24.1, 14, 39 y 118 CE al causar indefensión a la parte demandante, provocar una inadmisibles discriminación por razón de la filiación, quebrantar la protección integral de los hijos y negar una colaboración requerida por el órgano judicial; y como colofón de su razonamiento esta misma sentencia concluye: «Así, en definitiva, si hay prueba suficiente, se declara la filiación, pese a una negativa a la prueba biológica; si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que, unido a los indicios, permite declarar la filiación; si la prueba es más endeble, el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva, sufre la carga de soportar la falta de la misma, sin que deba recaer en quien reclama la filiación».

Prueba.—En el presente caso con la demanda se aportan unas fotografías que se probó habían sido tomadas en el dormitorio de la casa de la madre, lo

que sin poseer un valor determinante, se consideran demostrativas de una cierta confianza o familiaridad entre la madre y el demandado, apreciación que en modo alguno cabe tachar de ilógica, y justificaban suficientemente la admisión de la prueba biológica y la consiguiente colaboración del demandado en su práctica; asimismo una carta de la madre dirigida al demandado animándole a que conociera a su hijo y que fue rehusada; ninguna duda cabe de que, acordada la práctica de la prueba biológica tanto en primera como en segunda instancia, el hoy recurrente tenía que haber colaborado en su práctica, y al no haberlo hecho, tiene que soportar la falta de la prueba decisiva o determinante. (STS de 1 de julio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Falta una estadística sobre el porcentaje de las demandas presentadas ante los tribunales españoles que fracasan en el propósito de reclamar una filiación no matrimonial, aunque no es arriesgado aventurar que, en los últimos años, es ínfimo. Jurisprudencialmente se viene a presumir el éxito de cualquier reclamación, y así en la cita que se hace de la STS de 20 de septiembre de 2002 ya no sorprende que la doctrina jurisprudencial resumida no contemple supuestos de denegación de la acción, aunque la prueba practicada en el proceso sea endeble. En el presente caso no se explican las circunstancias y datos que resultan de la fotografía tomada en la habitación de la madre, al parecer en compañía del presunto padre; podían haber sido esclarecedores, pero en la sentencia se omiten. El otro indicio (carta de la madre en que invita a conocer a «su hija») es una modalidad de la prueba que se pretende preconstituir, y que por sí sola carece de todo valor, ni siquiera de indicio. Anteriormente cfr. mis observaciones a la STS de 27 de diciembre de 2002 que apoya la estimación de la demanda en la «verosimilitud de las relaciones sexuales» (ADC, 2003, pp. 385 ss.). (G. G. C.)

83. Filiación fuera de matrimonio. Reclamación de paternidad.

Principio de prueba.—Esta Sala tiene declarado reiteradamente que la exigencia del artículo 127, párrafo 2.º, CC sólo establece un filtro para impedir las demandas absolutamente infundadas o caprichosas, y no impide admitir aquellas en que haya un principio de prueba, como la declaración, bien que unilateral y no sujeta a contradicción por efectuarse extrajudicialmente, de dos personas aptas para declarar (por todas, STS de 28 de abril de 1994), como también la que ha de hacerse una interpretación «espiritualizada» del referido precepto, en el sentido de que basta con que en la demanda se incluya la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de la razonabilidad del escrito inicial, pues el requisito procesal de esta norma constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 CE, y en este caso se aportó dicho principio de prueba consistente en el acta notarial de manifestación, y se han practicado pruebas propuestas por las partes, por lo que no se ha producido la infracción de aquel precepto.

Prueba testifical fuera de plazo.—Sólo se consumaría la conculcación denunciada cuando el fallo se hubiera apoyado exclusivamente en la prueba efectuada fuera de término, pero no si se fundamenta, como en este caso, en todas las que fueron practicadas; además, los dos testimonios se acordaron

dentro del periodo legal y para su efectividad fue remitido exhorto a los Juzgados de Madrid, que se cumplimentó dos días antes de la finalización del ciclo legal, sin que, incorporadas estas actuaciones al procedimiento, se impugnaran expresa y formalmente por el recurrente en su apelación, de manera que esta temática constituye cuestión nueva no susceptible de conocimiento en casación, a lo cual corresponde añadir que como no se causó indefensión material, la irregularidad, de existir, no vulnera derechos fundamentales, que en este juicio lo constituye el derecho del hijo a conocer a su padre.

Tacha de los testigos con interés en el pleito.—El recurrente confunde la inhabilidad determinada en el artículo 1247.1 CC, respecto de los que tienen interés directo en el pleito, con la tacha de los testigos precisada en la causa tercera del artículo 660 LEC 1881, que ni siquiera fue utilizada, y olvida que, aun con la existencia de dicho interés, el testimonio es válido, amén de que eleva a cuestión casacional la valoración de la prueba testifical realizada por la Audiencia, respecto de la cual es soberano el juzgador de instancia.

Relaciones amorosas entre la madre y el supuesto padre. Negativa a la prueba biológica.—La sentencia recurrida ha declarado la paternidad del demandado con base en el hecho que considera probado, y ha de ser incólume en casación, de la existencia de unas relaciones amorosas entre las partes al tiempo de la concepción del menor, unido a la injustificada negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, cuya negativa, según reiterada doctrina jurisprudencial, si bien no puede, por sí sola, ser considerada como una *ficta confessio*, sí constituye un valioso indicio probatorio de paternidad, siempre que concorra con otras pruebas que conduzcan al juzgador a declarar la existencia de unas relaciones sentimentales entre los litigantes, y de la subsiguiente probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos, en cuanto factiblemente determinantes de la paternidad declarada; la conclusión probatoria de la existencia de relaciones amorosas, determinantes de las subsiguientes relaciones sexuales, fue obtenida a través de la valoración de pruebas testimoniales directas obrantes en el proceso, lo cual, unido a esa injustificada negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, hace llegar a la correcta conclusión de considerar probada la paternidad del demandado.

Obligación de colaborar con los Tribunales.—Procede además traer a colación la doctrina constitucional que hace suya esta Sala 1.ª según la cual cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad.

Pensión de alimentos a cargo del padre. Fijación en ejecución de sentencia. Incongruencia.—La resolución del Juzgado, ratificada por la de la Audiencia, ha dejado la fijación cuantitativa de la pensión de alimentos a la fase de ejecución de sentencia con fundamento en la propia naturaleza de la obligación alimenticia y la falta de datos demostrativos suficientes para su determinación, y aunque no haya precisado para entonces el límite de 75.000 pesetas mensuales fijado en la demanda, es preciso recordar que la doctrina jurisprudencial mantiene un criterio flexible en la aplicación de la doctrina de la congruencia, y esta Sala ha declarado que no se precisa necesariamente una exactitud literal y rígida entre el fallo de las sentencias y las pretensiones deducidas, sino que basta que se dé racionalidad, lógica jurídica necesaria y adecuación sustancial, lo que faculta la flexibilidad; no se infringe el principio de congruencia en aquellos casos en que el suplico y el fallo no son literalmente iguales, siempre que res-

pondan a una unidad conceptual y lógica y no se haya alterado sustancialmente la pretensión procesal. (STS de 7 de julio de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Puede considerarse clásico el supuesto que sirve de base a esta acción de reclamación de paternidad no matrimonial, a saber el embarazo subsiguiente a lo que antes se denominaban «relaciones de noviazgo». Antes de la reforma de la filiación en 1981 los Tribunales penales se mostraban proclives a condenar por el delito de estupro, precisamente en tal hipótesis, cuyas consecuencias civiles acarrearán el reconocimiento forzoso y la fijación de una pensión de alimentos. Hoy la libre investigación de la paternidad evita el trámite penal, que era bastante condicionado en sus presupuestos. En este caso las relaciones amorosas se interrumpen cuando el varón conoce que la mujer ha quedado embarazada. Sorprende el retraso en ejercitar la acción de reclamación, pues el hijo nace el 4 de septiembre de 1979 y la demanda se interpone en 1993, dictándose sentencia por el Juzgado de Primera Instancia en 1997 al llegar la mayoría de edad de aquél, siendo estimatoria de la demanda, lo mismo que la sentencia de la Audiencia Provincial. La sentencia firme recae poco antes de cumplir 24 años el hijo no matrimonial. Otro ejemplo palmario de justicia tardía.

La doctrina jurisprudencial sobre el artículo 127, párrafo 2.º, sigue siendo plenamente aplicable bajo la vigencia del nuevo artículo 767.2 LEC 2000, habiendo recaído abundante jurisprudencia; la STS de 1 de febrero de 2002, en una hipótesis muy singular, no consideró cumplido el requisito (extractada en *ADC* 20003, pp. 946 ss., con observaciones más); la STS de 13 de junio de 2002 reitera la interpretación espiritualista del precepto por ser sólo un filtro para impedir demandas completamente infundadas (extractada en *ADC*, 2003, pp. 1012 ss.).

En este caso, habiendo señalado la actora en su demanda la cuantía de la pensión alimenticia parece evidente que en ejecución de sentencia no se podrá superar tal cuantía, por más que la sentencia extractada subraye, innecesariamente, que no se da incongruencia. (*G. G. C.*)

DERECHO DE SUCESIONES

84. Bienes colacionables.—La obligación de colacionar queda limitada a los bienes recibidos por dote, donación u otro título lucrativo y no alcanza a los adquiridos del causante por título oneroso en contrato válido y eficaz. El contrato de compraventa es oneroso y, para impugnarlo, hay que acudir a la vía de la nulidad.

Interpretación de los contratos.—La interpretación de los contratos es facultad privativa de los tribunales de instancia y tal criterio prevalece, a menos que se demuestre que sea ilógica o absurda, o se impugne por la vía adecuada el error sufrido por aquéllos, pero sin que pueda pretenderse sustituir la interpretación rechazada por el criterio del recurrente.

Efectividad del legado.—Para desarrollar este motivo, el Tribunal Supremo hace uso de su jurisprudencia (SSTS de 25 de mayo de 1992, 19

de mayo de 1947 y 29 de mayo de 1963). De acuerdo con el artículo 882 CC, cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, aunque el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado (art. 885 CC). Asimismo, la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia *sine qua non* para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos prevenidos en el artículo 882.

La RDGRN de 25 de septiembre de 1987 señaló que tratándose de una herencia a la que están llamadas diferentes personas, no puede uno solo de los llamados, sin constarle la renuncia de los demás, hacer entrega del legado de cosa específica, pues no sólo él, sino todos los herederos están grabados con el legado, y sin el consentimiento de las personas gravadas no podrá el legatario tomar posesión de la cosa o derechos legados por su propia autoridad.

Prueba de las presunciones.—No hay necesidad de acudir a la prueba de presunciones si existen otras pruebas directas.

Alcance del recurso de casación.—No cabe alegar cuestiones nuevas; éstas no examinables en casación, pues debieron ser propuestas en el periodo de alegaciones. En otro caso, afectarían al derecho de defensa e irían contra los principios de audiencia bilateral y congruencia (SSTS de 28 de noviembre de 1995, 4 de diciembre de 2000 y 31 de mayo de 2001, entre otras). (STS de 21 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras el fallecimiento de los cónyuges don Basilio y doña S., sus hijos y herederos constituyeron una comunidad de bienes mediante escritura pública otorgada el 23 de diciembre de 1988. El 1 de diciembre de 1994, doña M.^a T. y doña F. presentan demanda contra doña S., doña A. y don E., todos ellos herederos de los fallecidos. Solicitan, entre otras cosas, lo siguiente: 1) La disolución de la comunidad de bienes existente entre los actores y los demandados, procediéndose a formar los correspondientes lotes, previo avalúo de todos los bienes. 2) Que a la hora de formar los lotes se tendrá en cuenta que una de las fincas se adjudicará a las tres hermanas, doña S., doña Felisa y doña M.^a T., demandada y demandantes, formando tres lotes, en los que se adjudique la vivienda del centro de dicho predio a la actora doña F. y la vivienda de la izquierda a doña M.^a T., por tener ya en su poder jurídico la demandada doña S. la tercera vivienda de dicha finca, por haberle sido entregada en vida de sus padres y causantes. 3) Que se debe adicionar y colacionar en la herencia de los causantes el valor de los bienes recibidos en vida de dichos causantes o de uno de ellos, por los herederos doña S. y don E., en cuanto a la primera, los inmuebles que constan en escritura de 26 de octubre de 1963 y el recibo de 90.000 pesos mejicanos, y en cuanto al segundo, los inmuebles documentados.

El Juzgado de Primera Instancia declara haber lugar a la disolución de la comunidad de bienes, debiendo traer a colación doña S. los 90.000 pesos mejicanos, y don E. los inmuebles que se documentaron. Por otro lado, considera que doña S. es dueña en pleno

dominio de los inmuebles que constan en la escritura de 26 de octubre de 1963.

Doña M.^a T. y doña F. interponen recurso de apelación, donde la Audiencia estima parcialmente el recurso y deja sin efecto el pronunciamiento en que se declara que doña S. es dueña de pleno dominio de los inmuebles que constan en escritura de 26 de octubre de 1963.

Dicha sentencia se recurre en casación, promovido el recurso por doña M.^a T. y doña F., alegando infracción de los artículos 1035, 1253, 1281.2 y 1282 CC, así como la jurisprudencia relativa a los legados de cosa específica y determinada, en concreto, infracción del artículo 882 CC. (*S. L. M.*)

DERECHO MERCANTIL

85. Competencia desleal. Modalidades.—La tutela primaria sancionada por la Ley de Competencia Desleal es la implícita en la conducta previa de la concurrencia ilícita por aparecer en el mercado actos del competidor con señales de aprovechamiento de lo ajeno, hasta el punto que si esto acaece, es bien claro que ha de dispensarse esa protección legal al empresario perjudicado y, de paso, asimismo, sancionar la disciplina de confusión perjudicial al consumidor que opera, pues, como un *posterius*, lo que no es sino, se insiste, partir de la significación de los vocablos inmersos en la repetida expresión de «competencia desleal». En suma, la infracción de la normativa vigente sobre competencia desleal puede ocurrir porque se atente al *prius* de la tutela, o se perjudique al empresario o por el comportamiento concurrente objetivamente contrario a la buena fe del artículo 5 LCD, o por el aprovechamiento indebido por otro, de su reputación o esfuerzo —art. 6.1 de la Ley— y, asimismo, que se atente al *posterius* de esa tutela, o sea, se perjudique al consumidor cuando a resultas de ese ilícito se le confunda con la actividad, las prestaciones o al establecimiento ajenos o sobre la procedencia de la prestación o producto consumido, y cabe que no exista esa dualidad en el daño producido tanto para el empresario como para el consumidor, y que sólo afecta o se perjudique a uno de ellos, sobre todo en el caso de concurrencia desleal o aprovechamiento del esfuerzo ajeno —tutela del empresario— y, entonces, claro es, esa conducta, asimismo, subsumible en el ilícito no puede quedar inmune.

Competencia desleal. Supuestos de legitimación.—La Ley se encarga de abarcar en su presupuesto de legitimación ambos ataques a la lealtad concurrencial, y cuando es el empresario el perjudicado, en la hipótesis del citado *prius*, pueda el interesado accionar demandando la tutela legal *ex* artículo 19.1 que dice así: «Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en los cinco primeros números del artículo anterior», mientras que cuando se trate del *posterius*, en el ilícito, y se perjudique directamente al consumidor, su legitimación está prevista tanto individual como colectivamente, a través de las asociaciones que le representen, *ex* artículo 19.2: «Las acciones, contempladas en los núms. 1 a 4 del artículo anterior podrán ejercitarse además por las siguientes entidades: a) Las asociaciones,

corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros. b) Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores».

Competencia desleal. Modalidad *ab initio*: concepto y evolución legislativa.—Es evidente que hablar de «competencia desleal», *ab initio*, como así se llama la Ley, aduce a una concurrencia mercantil en el mercado, en el que se presenta la actividad de las empresas intervinientes y, que, afín con el principio constitucional de libertad de mercado —*ex art. 38 CE*— esa «competencia» o concurrencia o coparticipación ha de ser libre o sin cortapisa alguna, en el bien entendido, siempre que se respete la del otro o la de los demás, y de ahí que se hable de «desleal» o no leal, esto es, no respetuosa con los intereses de los demás, cuando el comportamiento del concurrente dis-curra en actos irregulares o perjudiciales para los demás o contrarios a esa «lealtad» que, claro es, determinan que se condene lo que así se obtenga no dentro del juego de la libertad competitiva, sino por el empleo de ardid que aprovechen para sí lo que se ha logrado con el esfuerzo de los otros. No es leal, pues, cuando, sin más, se contraviene la buena fe en ese mercado concurrente, o se actúe vulnerando los elementales principios de respeto a lo ajeno o se consigan logros no por el esfuerzo propio, sino por la apropiación de lo así conseguido por los demás. De ahí que la «competencia desleal», considerada, en su primera delimitación, juega sólo entre los entes concurrentes en el mercado, y así fue la inicial o histórica respuesta de su normativa sancionada, en su anterior dispersa ordenación: tutelar intereses que se perjudican por actos desleales de la competencia. En una fase posterior, se proyectó la disciplina en relación ya con el destinatario del fenómeno concurrente, en torno a los intereses de los receptores de citada concurrencia, los usuarios, ya que era lógico que, sin esta tutela, padecerían el riesgo o perjuicio de la confusión por imitarse como auténtico lo que no lo era. Tutela, pues, del empresario concurrente y del usuario o consumidor son ambos polos que subsumen el postulado de la legislación imperante como así lo reconoce nuestra Ley especial 3/1991, de 10 de enero, y subraya su exposición de motivos que, incluso, se incorpora como novedad, el tríptico de protección, tanto de los intereses privados de los empresarios, como el colectivo de los consumidores, como el público en general.

Competencia desleal. Protección al consumidor.—La tutela del consumidor, como decidida incorporación normativa según la exposición de motivos de la LCD, no sólo tiene esa protección en este marco, sino que, además, cuenta con la diáspora de legislación de la propiedad industrial —Leyes de Patentes, Marcas, etc.—, e incluso, a través de la más genérica Ley 26/1984, de 19 de julio, General para Defensa de los Consumidores y Usuarios, y acaso en esa línea el Preámbulo citado explica el porqué de esta tutela del consumidor pese a esos otros ordenamientos cuando se justifica diciendo: «La Ley, en efecto, disciplina directa e inmediatamente la actividad concurrencial. El hecho de que a la hora de establecer el cauce jurídico de esa actividad haya tenido en cuenta, muy especialmente por cierto, los intereses de los consumidores no significa que haya invadido terrenos que no son propios de su regulación; significa simplemente que, en el trance de reglamentar los com-

portamientos de los operadores del mercado, se ha guiado –de acuerdo con los criterios consolidados en la evolución actual del Derecho comparado y por imperativo de la propia Carta Constitucional– por la necesidad de reforzar la posición del consumidor como parte débil de las relaciones típicas del mercado». (STS de 14 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Suministros Científicos Técnicos, S. A.* interpuso demanda por actos de competencia desleal contra *I Mas D Química, S. L.*, don P. J. T. A., don F. P. S., don J. A. C. M. y don J. D. E. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación interpuesto por don P. J. T. A., don F. P. S., don J. A. C. M. y don J. D. E., revocando la sentencia de instancia en la parte que condenó a los demandados-apelantes. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

86. Propiedad industrial. Marcas: derecho de utilización exclusivo.—El artículo 30 de la Ley de Marcas de 1988 establece que «el registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico»; este derecho subjetivo de exclusiva utilización de la marca presenta un aspecto positivo y otro negativo; el aspecto positivo implica que el titular de la marca dispone, en exclusiva, de las tres facultades siguientes: *a)* facultad de aplicar la marca o producto, *b)* facultad de poner en el comercio o introducir en el mercado productos o servicios diferenciados mediante la marca y *c)* facultad de emplear la marca en la publicidad concerniente a los productos o servicios diferenciados a través de la marca. El aspecto negativo consiste en la facultad de prohibir que los terceros usen de su marca, prohibición que se extiende tanto a los signos iguales como a los confundibles, y comprende tanto los productos idénticos como los similares; así el art. 12.1.a) de la Ley de Marcas prohíbe el registro de signos o marcas que por su identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca anteriormente solicitada o registrada para designar productos idénticos o similares puedan inducir a confusión en el mercado o generar un riesgo de asociación con la marca anterior.

Propiedad industrial. Marcas: riesgo de confusión.—Existe el riesgo de confusión cuando por ser los signos o marcas semejantes, los productos o servicios que distinguen similares y el público consumidor, perteneciente a un específico sector, lógicamente no podrán diferenciarse unos de otros.

Propiedad industrial. Marcas: criterios para la apreciación de la semejanza.—El estudio de la semejanza fonética y gráfica en los signos enfrentados ha de hacerse atendiendo no sólo a la semejanza en sí entre elementos fonéticos y gráficos de los signos o vocablos que designan a las marcas de cuya comparación se trata, sino también en función de todas aquellas circunstancias que en conexión con el signo expresivo de cada marca pueden tener influencia en la posible confusión que en el mercado pueda producirse por aquella identidad de los productos, pues a los efectos de constituir la causa de exclusión en el Registro de la marca posterior no puede jugar con la misma fuerza la semejanza de dos marcas, si es que cada una de ellas viene referida a productos de distinta clase, naturaleza y aplicación, que en el caso de que ambas partes lo vengán a la misma clase de género, ya que en el

primer supuesto, aun habiendo gran semejanza en las marcas, sin embargo no llegará a producir tal semejanza, ni confusión en el mercado, ni perjuicio al titular de la marca preexistente, ni beneficio al concesionario de la semejanza a costa del prestigio de que goza la primeramente registrada. Luego han de apreciarse las circunstancias complementarias para determinar la semejanza de las normas enfrentadas, referidas a los productos o servicios que se distinguen con esos signos o marcas y al sector del mercado y del público consumidor al que van destinados esos productos o servicios. Siendo importante a estos efectos tener en cuenta la aplicación o finalidad de los productos. (STS de 26 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Sony Kabushiki Kaisha* interpuso demanda contra *Macsony S. L.*, por lesión de los derechos de exclusiva que ostenta por las marcas registradas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Barcelona desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

87. Propiedad industrial. Protección de las creaciones de forma: modalidades.—Tanto la marca, como la competencia desleal y, en su caso, el modelo industrial, comprenden la forma con que se presenta el producto; es la forma tridimensional, que incluye el envase, que prevé como marca el artículo 4.2.d) de la Ley de Marcas, su imitación puede provocar la confusión, que prevé el artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal y, desde luego, queda bajo protección como modelo industrial, a la que se ha aplicado el antiguo Estatuto de la Propiedad Industrial.

Propiedad industrial. Protección de las creaciones de forma: alcance.—La protección se extiende indudablemente a la etiqueta y contraetiqueta y al envase y forma de la botella. Recordando la definición de marca que da el artículo 4.1 de la Ley de Marcas que resalta su función diferenciadora, es lógica consecuencia que queden bajo su ámbito el etiquetado y el envase; en la época actual el consumidor, más que pedir el producto al comerciante, lo selecciona directamente en supermercados o grandes superficies, por lo que la apariencia externa tiene trascendental importancia diferenciadora: es la distintividad de las marcas envase, con o sin etiquetado, con su repercusión en la posible competencia desleal.

Propiedad industrial. Actos de imitación: carácter desleal.—Los actos de imitación que son desleales por generar asociación con los productos de la demandante: etiquetas y botella tan semejantes que se pueden incluir en el concepto de identidad, que se refieren al mismo tipo de producto y que producen un evidente riesgo de confusión en el consumidor medio.

Propiedad industrial. Prueba del daño: supuesto de daño evidente.—La prueba de los daños es presupuesto para que la sentencia imponga la condena a repararlos, pudiendo, en caso afirmativo, cuantificarlos o fijar las bases para que se cuantifiquen en ejecución de sentencia, o incluso que si no es posible ni lo uno ni lo otro, se condene a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución. Y estos criterios se han aplicado a los casos de daños producidos en materia de propiedad industrial y protección de marcas. Para su cuantificación, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los ar-

títulos 36, 37, 38 de la Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988, y en el artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, sobre Competencia Desleal. A pesar de todo lo anterior, también el Tribunal Supremo ha sostenido en singulares supuestos que los daños y perjuicios pueden presumirse producidos incluso en los procesos civiles de patentes, marcas o competencia desleal, como ha hecho en el presente caso la Audiencia al imponer la condena a satisfacerlos sin razonar sobre las pruebas de su existencia que tiene por evidentes. (STS de 19 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Destilerías Viana, S. A.* interpuso demanda contra don F. R. G., *Destilerías San Fermín, S. A.*, y *San Fermín Dos, S. A.*, por infracción del derecho de marcas y por actos de competencia desleal. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Estella desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Navarra estimó el recurso y revocó íntegramente la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

88. Acción de indemnización por daños y perjuicios. Los daños y perjuicios deben probarse, sin que el artículo 329 CCO presuma su existencia *iuris et de iure*.—El motivo se desestima porque la Audiencia no ha dejado de aplicar el artículo 329 CCO como la mera lectura del FD 5.º revela. Por otra parte, es errónea la tesis de la recurrente de que el precepto en cuestión presuma *iuris et de iure* los daños, relevando de su prueba. El texto legal concede al comprador, ante el incumplimiento del vendedor, la facultad de resolver el contrato o pedir su cumplimiento, con indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios irrogados, es decir, éstos se circunscriben «a los que se hayan irrogado». Es evidente que la concreción de qué perjuicios ha sufrido el comprador es una tarea que a él sólo le incumbe, el artículo 329 CCO no le releva de ninguna prueba.

El incumplimiento contractual genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el acreedor, pero éste debe probar cumplidamente su existencia.—El motivo se estima porque es cierta la vulneración por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial citada por el recurrente. Es claro que el incumplimiento de un contrato frustra el interés que llevó a concertarlo, que hay en consecuencia que indemnizar. Pero no da lugar la estimación del motivo a la casación de la sentencia recurrida, porque una cosa es que el acreedor frustrado por el incumplimiento tenga derecho a ser indemnizado, y otra (la única importante) es precisar qué daños y perjuicios concretos y específicos han de ser reparados con la indemnización, y éstos son los que han de ser objeto de cumplida prueba por el perjudicado, en modo alguno han de aceptarse los que él simplemente diga, si bien su cuantificación puede hacerse, bien en la sentencia si lo permiten las pruebas practicadas, o en ejecución de la misma, pero con arreglo a las bases sentadas en ella (SS de 15 de junio y 19 de diciembre de 2000, entre muchísimas).

La jurisprudencia viene considerando que, en la compraventa mercantil, existen daños y perjuicios indemnizables, como daño emergente o como lucro cesante, cuando el precio de las mercancías entregadas sube con respecto al pactado en el contrato incumplido.—Los daños y perjuicios indemnizables son el daño emergente y el lucro cesante, a tenor del artículo 1106 CC.

Daño emergente es la compra de reemplazo que efectuó la actora en febrero de 1995 a *Alcoholera de la Puebla*, cuando el incumplimiento de la vendedora ya se había producido. Pagó el hectógrado a 530 pesetas, cuando lo compró a esta última a 475 pesetas. Pero en el recurso de casación voluntariamente la actora rebaja la primera cifra a 520.

El lucro cesante es aquí racionalmente posible, no está fundado en meras hipótesis. Se trata de una compraventa mercantil entre empresas dedicadas al tráfico de mostos, vinos, etc., y la mercancía se ha adquirido obviamente con el propósito de revenderla. La jurisprudencia de esta Sala, ante casos en los que el vendedor incumple su obligación de entrega y el precio ha subido en relación con el pactado en el contrato incumplido, ha mantenido el criterio de que los daños y perjuicios se cifran en la diferencia de precios entre esos dos momentos (SS 14 de febrero de 1964, 27 de marzo de 1974 y 30 de enero de 1976, entre otras). (STS de 14 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Dos sociedades mercantiles dedicadas al tráfico de vinos celebran un contrato de compraventa de mosto, del que habían de entregarse varias partidas. Entregada parte de la mercancía, la entidad vendedora se niega a cumplir con la entrega del resto y la parte compradora la demanda solicitando una indemnización por daños y perjuicios basada no sólo en la existencia de un daño emergente, sino también de un lucro cesante. El Tribunal Supremo estima la pretensión procediendo a casar la sentencia de apelación en la que se desestimaba la demanda por entender que no se había demostrado la existencia de los perjuicios alegados. (M. C. B.)

89. Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro: naturaleza.—Tiene una finalidad compensatoria de un retraso sin justificación y la voluntad de la Ley de Contrato de Seguro (arts. 18 y 20) es la del pronto cumplimiento de la indemnización por parte de la aseguradora, cláusula penal establecida por el legislador que añade un plus de onerosidad a la parte incumplidora y actúa así como estimulante para la perfecta ejecución negocial.

Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. Requisitos: no es necesario requerimiento fehaciente.—El artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, antes de ser modificado por la DA 6.^a de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, decía: «Si en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro el asegurador no hubiere realizado la reparación del daño indemnizando su importe en metálico por causa no justificada o que le fuere imputable, la indemnización se incrementará en un 10 por 100 anual». El precepto en cuestión no precisa para su efectividad ningún requerimiento fehaciente a la compañía aseguradora, sino únicamente comunicar el acaecimiento del siniestro. También el propio Tribunal Constitucional en su sentencia del Pleno 5/93, de 14 de enero, declaró que «el asegurador queda ciertamente obligado a consignar la indemnización desde que se produce el siniestro».

Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro: las actuaciones penales no son causa justificada del retraso.—No puede abrirse el portillo de considerar a las actuaciones penales como causa justificada para eludir el pago puntual de un siniestro.

Contrato de seguro. Impago de los intereses del artículo 20: devengo de intereses.—Los intereses derivados de la mora de la prestación principal, en caso de no ser abonados a su debido tiempo, producen intereses a su vez «desde que son judicialmente reclamados», en cuanto tal pago de intereses implica una obligación en cuyo cumplimiento puede incurrirse en *mora solvendi*. Así resulta de la propia dicción del artículo 1109 CC, al señalar que los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados. (STS de 19 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. V. G. y A. V. *RENT, S. A.* promovieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra *Assicurazioni Generali, S. A.*, por incumplimiento de contrato de seguro al no haber satisfecho las cantidades objeto de indemnización en el momento oportuno. El Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Madrid estimó la demanda. La Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

90. Responsabilidad civil del abogado. Seguro colectivo de responsabilidad profesional. Cláusula lesiva para el asegurado. Necesidad de que la reclamación se produzca dentro de la vigencia de la póliza.—La cláusula de delimitación temporal del riesgo contenida en la condición especial VII de la póliza litigiosa traspasaba los límites permitidos por el artículo 73 LCS, en primer lugar, porque se imponía a todo trance que tanto la reclamación del perjudicado como su comunicación a la aseguradora se produjeran durante la vigencia de la póliza; en segundo lugar porque semejante condicionado, en un seguro de responsabilidad profesional de abogados, necesariamente supeditada a los tiempos del litigio con sus instancias y recursos, equivalía, en la práctica, a dejar sin cobertura casi cualquier riesgo durante el primer año de vigencia de la póliza; y, en tercer lugar, porque la adición de un segundo párrafo al artículo 73 LCS en el año 1995, demuestra que, para la ley, las cláusulas similares a las aquí debatidas tienen hoy el carácter de «limitativas de los derechos de los asegurados» y, por tanto, sólo admisibles conforme al artículo 3 de la misma Ley, esto es, con el requisito de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y tener que ser específicamente aceptadas por escrito, de suerte que queda corroborada la facultad del tribunal sentenciador de apreciar la lesividad de aquéllas.

Seguro complementario.—Resulta irrelevante que, además de la póliza colectiva, el abogado había suscrito con la misma aseguradora una póliza complementaria y dependiente de la póliza colegial en cuanto destinada a cubrir el exceso sobre la suma cubierta por ésta, hasta el punto de que la anulación de la póliza colegial determina la ineficacia de la complementaria con arreglo a la propia condición particular de esta última.

Negligencia del abogado que plantea una acción de reclamación por daños una vez prescrita la acción.—La sentencia dictada en apelación condena al abogado y a su compañía de seguros a pagar solidariamente la suma de millón y medio de pesetas por daño moral, más la cantidad a que asciendan las costas de ambas instancias correspondientes a dos de las tres entidades demandadas en el litigio promovido en su día por el actor bajo la dirección técnica del referido letrado. El recurso de casación se interpone por el cliente, que solicita se eleve a sesenta millones de pesetas el importe de la indemnización, y la aseguradora. Queda al margen del enjuiciamiento de esta

Sala el presupuesto mismo de responsabilidad civil profesional del abogado, siendo la única cuestión a resolver la inclusión en la indemnización de las costas impuestas en el juicio contra un tercer responsable que no alegó la excepción de prescripción, pese a lo cual se le extendió indebidamente; es doctrina reiterada la inadmisibilidad de las cuestiones nuevas, por lo cual fue adecuado que se retirara por el actor el recurso de casación, pues su desestimación era segura. En este recurso se estima la petición del actor de incluir las costas a que fue condenado en apelación. (STS de 14 de julio de 2003; ha lugar en parte.)

NOTA.—Extensa y compleja sentencia de la que resulta la lesividad de la cláusula de la póliza de responsabilidad civil suscrita por un Colegio de Abogados en la que se había pactado una cláusula especial que requería que la reclamación se produjera dentro del plazo de vigencia de aquella, y, asimismo el principio de responsabilidad profesional del abogado basado en el daño moral, por haber ejercitado una acción prescrita.

El actor, ingeniero de caminos, reclama una indemnización superior a 65 millones de pesetas por las gravísimas secuelas que sufrió en la realización de obras de movimientos de tierras, pero el letrado planteó la demanda de responsabilidad una vez prescrita la acción, excepción hecha valer por dos de los tres demandados, mientras que la excepción se extendió al tercer demandado que no la había alegado. El Juzgado de Primera Instancia absolvió de la demanda, mientras que la Audiencia Provincial condenó por daño moral al pago de un indemnización de millón y medio de pesetas, además de las costas.

El Tribunal Supremo estima no discutible el principio de responsabilidad del abogado por daño moral, no obstante lo cual razona, con cierta amplitud, sobre la escasa viabilidad de la demanda presentada fuera de plazo, por falta de prueba, lo cual obviamente constituye *obiter dicta*. La sentencia estima parcialmente el recurso en cuanto a las costas del juicio intentado contra el tercer presunto responsable de los daños. (G. G. C.)

91. Contrato de seguro. Sustracción de embarcación: interpretación de los conceptos robo y hurto. Régimen aplicable.—Tratándose de un seguro marítimo el concertado sobre un yate de recreo, entre los riesgos que señalan los artículos 738 ss. CCO, en concreto el 755, no figura el relativo al riesgo del robo, por lo que procede la aplicación supletoria de la Ley del Seguro Privado 50/80; luego, si se admite que el barco o yate de recreo fue sustraído y que se rechaza la demanda porque el evento no fue debido al robo, sino al hurto, ello no justifica que la referida cobertura del robo precise, para su entendimiento remisorio, acudir a la normativa penal clásica y al uso de que en el hecho haya concurrido fuerza en las cosas, porque habiendo de integrar el alcance del «robo» con el dictado del supletorio artículo 50, es claro que comprenderá toda «sustracción ilegítima por parte de terceros de las cosas aseguradas», sin que exista duda alguna de que aconteció esa sustracción. «Sustracción», pues, *nomen* genérico que, sin duda, abarcará tanto el robo como el hurto del móvil asegurado, porque comprende todo apoderamiento posesorio del mismo en contra o al margen de la voluntad de su legi-

timo titular. Debiendo interpretarse los conceptos de robo y hurto no en el sentido técnico-jurídico con el que aparecen definidos en la legislación penal, sino más bien en un concepto más amplio y más vulgar o normal, que bien puede ser el de «sustracción o apoderamiento ilegítimo» que señala el Código de comercio. (STS de 22 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. T. P. interpuso demanda contra la compañía mercantil *Mutua de Riesgo Marítimo, Sociedad de Seguros a Prima Fija*, reclamándole la indemnización derivada de la sustracción de su yate de recreo que desapareció el día 2 de diciembre de 1992 del Real Club de Regatas de Alicante. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alicante desestimó la demanda porque la causa de la desaparición no fue el robo sino el hurto y esa contingencia no estaba cubierta por la póliza. Recurrida en apelación, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante confirmó la resolución apelada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

92. Contrato de seguro marítimo. Modalidad P&I: concepto.—El contrato de seguro llamado de protección e indemnización conocido como seguro PI (*protection and indemnity*) carece de regulación positiva en el Derecho español, seguro de responsabilidad civil del naviero, como seguro de base mutualista, en el que los propios armadores o personas relacionadas se organizan mediante clubes para darse cobertura entre sí mismos, sometidos a la legislación del país en que se han constituido, siendo válida la sumisión a una legislación determinada, que suele ser la inglesa y válida asimismo la cláusula de arbitraje en Londres, también usual. En este tipo de seguro, el riesgo asegurado es la responsabilidad que genera el daño que pueda causar a tercero, no en el sentido de que le cubren aquella indemnización que deba pagar, sino que le satisfacen aquella indemnización que ya ha tenido que pagar al tercero, de aquí que no contemple siquiera la posibilidad de acción directa del tercero frente a la aseguradora. No es el clásico seguro de responsabilidad civil, sino el seguro de indemnización efectiva, que cubre al asegurado el quebranto patrimonial sufrido por haber indemnizado al tercero.

Contrato de seguro marítimo. Sumisión a arbitraje: alcance.—La cláusula de sumisión expresa al arbitraje consentida por la asegurada es oponible a la aseguradora que, conforme al artículo 780 CCO se subroga en su lugar en virtud del pago.

Arbitraje internacional: ventajas.—El denominado arbitraje internacional bien puede decirse que ha conocido el éxito debido a su necesidad, en razón a que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones, así como la urgente solución de los conflictos mediante simples y a la par eficaces técnicas, eludiendo la complicación y la lentitud de las jurisdicciones estatales. (STS de 3 de julio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Las mercantiles *Mapfre Industrial, S. A.* y *Banco Vitalicio de España, S. A.* interpusieron demanda en reclamación de cantidad contra *Trading and Maritime Investment, Inc.*, *Arab Trans Trade Company*», *Overseas Maritime Services, S. A.*, *Seacross Shipping Chartering, Co.*», *Alshark Fisheries, Ltd.*, *Ocean Marine Mutual Protection Indemnity Association Limited*. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ribeira estimó parcialmente la demanda.

Recurrida en apelación, la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

93. Contrato de agencia. Régimen general.—El artículo 3.1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Contrato de Agencia, establece que «en defecto de Ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley»; establece así un derecho común aplicable a toda clase de contratos de agencia mercantiles, si bien, de acuerdo con el citado artículo 3.1, esta normativa de carácter general cede en su aplicación ante la existencia de ley especial que regula un determinado contrato de agencia.

Contrato de agencia. Contrato de agencia de seguros. Régimen aplicable.—Se trata de una modalidad especial del contrato de agencia que se encuentra regulado por la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación de Seguros Privados, cuyo contenido será el que las partes acuerden libremente y que se regirá supletoriamente por las normas generales aplicables al contrato de agencia, según establece el artículo 7.2 de la Ley 9/1992, tal como ha sostenido la jurisprudencia.

Contrato de agencia. Contrato de agencia de seguros: resolución contractual.—Reguladas las relaciones contractuales nacidas entre las partes por el principio de autonomía de la voluntad que les reconoce expresamente el artículo 7.2 de la Ley 9/1992 y establecidas en el contrato las consecuencias de la resolución contractual, no resulta infringido el artículo 1255 CC.

Contrato de agencia. Contrato de agencia de seguros: resolución unilateral.—La doctrina jurisprudencial reconoce a las partes, en los contratos de duración indeterminada o indefinida, la facultad de resolverlos unilateralmente sin alegación de causa siempre que esta resolución unilateral no implique ejercicio abusivo del Derecho, pues se trata de una facultad posible y válida, como reconoce expresamente el artículo 25.1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de contrato de agencia. (**STS de 17 de julio de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña D. P. J. interpuso demanda judicial contra *Mapfre Mutualidad de Seguros y Reaseguros a Prima Fija*, *Mapfre Seguros Generales*», *Compañía Ede Seguros y Reaseguros, S. A.*, *Mapfre Agropecuaria Mutualidad de Seguros y Reaseguros a Prima Fija* y *Mapfre Industrial, S. A.*, en reclamación de indemnización de daños y perjuicios que afirma se le han causado por la rescisión unilateral por las aseguradoras demandadas de los contratos de agencia concertados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Manzanares desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

94. Interpretación de las Directivas no transpuestas.—El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas viene imponiendo a los Tribunales ordinarios para que, aplicando el Derecho interno, lleven a cabo su interpretación lo más conforme al texto de la Directiva no incorporado como pauta interpretativa para alcanzar el fin que contiene y dentro del marco de unas definidas competencias.

Contrato de agencia. Duración indefinida: resolución unilateral.—Se trata de una resolución que, aunque es procedente en los contratos de duración indefinida, aquí se presenta no debidamente acomodada a la buena fe que debe regir las relaciones comerciales (arts. 1258 CC y 57 CCO, pues se basó en una causa inveraz y más bien fue utilizada para desalojar al recurrente del contrato y abusivamente utilizar en provecho propio la red comercial que había creado, circunstancia que ha de tenerse en cuenta respecto a las consecuentes reclamaciones indemnizatorias que se postularon en el pleito, al tratarse de una resolución abusiva, sin otra justificación que el beneficio de la empresa representada al acceder por esta vía al disfrute de la clientela conseguida por el agente.

Contrato de agencia. Resolución unilateral abusiva: indemnización por clientela.—La indemnización por clientela en este caso encuentra justificación en los artículos 7, 1101 y 1106 CC y doctrina jurisprudencial, en cuanto proclaman la procedencia de dicha indemnización para los casos de resolución unilateral que va seguida del disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, al equipararse la situación a supuesto de enriquecimiento injusto por el concedente que ha de ser compensado. (STS de 19 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Comercial Río, S. A.*» interpuso demanda contra *Carpintería de Madera Lacada, S. A.*, y *Cesari, S. L.*, reclamándoles la indemnización debida a consecuencia de la resolución unilateral de la relación negocial existente. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Castellón estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Castellón estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

95. Contrato de distribución en exclusiva. Concepto.—Se trata de acuerdos de duración determinada o indeterminada mediante los cuales el contratante proveedor encarga al contratante revendedor la tarea de promover en un territorio determinado la distribución y el servicio de venta y de post-venta de determinados productos del sector, y mediante los cuales el proveedor se compromete con el distribuidor a no suministrar dentro del territorio convenido los productos contractuales, para su reventa, más que al distribuidor o, en su defecto, a un número limitado de empresas de la red de distribución.

Contrato de distribución en exclusiva: características.—Son notas sobresalientes de este contrato, su carácter personal o *intuitu personae* que permite su resolución unilateral en cualquier tiempo, haya o no preaviso, y sea por tiempo cierto o indefinido. Y que, sobre todo, por su carácter continuado o de tracto sucesivo (a resultas de un embebido contrato de suministro, que es el que ampara las remesas de productos de la exclusiva a distribuir para con la observancia del sinalagma funcional por envío periódico de los productos que constituyen el negocio trabado) condiciona a la observancia una mutua confianza o respeto a lo pactado en los términos de la buena fe, *affidamento*, de tal modo que cualquiera que sea aquella libertad resolutoria habrá de respetarse ese módulo de impedir quebrantos o perjuicios en la posición que ocupa el efecto por la decisión extintiva de la contratante.

Contrato de distribución en exclusiva. No puede tener carácter perpetuo.—Nunca se le puede asignar un carácter de perpetuidad cuando se concierta sin fijación de plazo, lo que implica que cuando no se infrinje la

equidad ni la buena fe por parte de la demandada, tenga ésta derecho a rescindir el contrato sin que ello signifique abuso de su derecho.

Contrato de distribución en exclusiva. Exigencia de buena fe.—Es preciso subrayar que siendo un contrato de tracto sucesivo, han de ponderarse las circunstancias del cumplimiento del mismo con los criterios de la lealtad y la buena fe, y no sólo en lo referente al plazo de duración sino en el mantenimiento de las previsiones pactadas y, sobre todo, que al tratarse de un contrato de confianza o personalista, cuando se produzca una resolución unilateral, han de respetarse esos modelos de buena fe y mutua confianza, sin que, por ende, se irroguen unos perjuicios a quien ha prestado su aparato y estructura negocial para servir a las finalidades de la contraparte.

Contrato de distribución en exclusiva. Pacto en exclusiva y su incumplimiento.—En torno al llamado pacto de exclusiva, ha sentado la jurisprudencia las siguientes conclusiones: 1) Que dicho pacto, al orientarse en el sentido de evitar la concurrencia en el mercado, entraña una restricción a la libertad comercial de los contratantes que, como tal, no debe interpretarse en sentido amplio, sino limitado. 2) Que dado el *intuitu personae* que juega en los contratos de distribución de productos con pacto de exclusiva por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro, se suele acompañar en la práctica mercantil, cuando se concierda sin fijación de plazo, de una cláusula de resolución *ad nutum*, con exclusión de resarcimiento de daños y perjuicios, que actúa como válvula de seguridad para compensarles del riesgo que mutuamente corren. 3) Que éste es el criterio seguido por nuestro Código civil para todos aquellos supuestos en que entre los interesados medien relaciones obligacionales por tiempo indefinido, según se infiere de sus artículos 400, 1052, 1705, 1732 y 1750, e incluso de otros textos legales, como el artículo 279 CCO. 4) Que tanto las legislaciones como las disposiciones vigentes en nuestro país que tratan de esta materia adoptan medidas para evitar la prolongación *sine die* de los pactos de exclusiva estipulados por tiempo indefinido, bien concediendo a ambos contratantes la facultad de desistimiento unilateral, como sucede en el artículo 1509 CC italiano, ya señalando un plazo máximo de duración para los mismos, cual ocurre con el párrafo 2.º del artículo 13 del Reglamento para los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. 5) Que la jurisprudencia proclama la necesidad de que dichos pactos no fueran ilimitados en el tiempo ni en el espacio, lo que da lugar a que el empleo de la denuncia unilateral del contrato no implique abuso en el ejercicio del derecho, por no darse éste cuando la persona a quien se atribuye no traspase los límites de la equidad y de la buena fe. 6) Que si no se pacta la fecha en que el contrato deja de producir sus efectos no puede exigirse indemnización, pues podrá darse por concluido en la fecha que convenga al interés de las partes. 7) Que la revocabilidad de los contratos de concesión en exclusiva establecidos sin límite temporal por la sola voluntad de uno de los contratantes debe entenderse sin perjuicio de las concurrencias de todo orden, singularmente indemnizatorias, que podrán acompañar a la actuación de la parte que decidiera abusivamente la resolución del vínculo.

Contrato de distribución en exclusiva. Contrato de adhesión.—El clausulado constituye un supuesto de negocio de adhesión, pues la desigualdad contractual de las partes resulta notoria, dada la posición prevalente de la parte concedente que elabora y redacta el contrato e impone sus condiciones frente a la del concesionario, que ha de acatarla y someterse.

Contrato de distribución en exclusiva. Indemnización de daños y perjuicios. Procedencia.—La indemnización de daños y perjuicios sólo procederá cuando se dé por terminado el contrato sin motivo alguno, lo que no acaece cuando no se pacta la fecha en la que el contrato deje de producir sus efectos, máxime teniendo en cuenta que estuvo vigente durante un largo lapso de tiempo.

Contrato de distribución en exclusiva. Resolución de contratos *intuitu personae*.—La resolución contractual —modalidad de ineficacia por causa sobrevenida— se produce por el mero ejercicio de la facultad resolutoria, operando sus efectos desde entonces, sin que sea necesaria una declaración judicial específica que reconozca o constituya tal efecto, pues la resolución es acto del contratante. Empero tal solución se mitiga cuando la otra parte del contrato se opone o la impugna. En tal caso será preciso acudir a los Tribunales para obtener el reconocimiento del derecho, es decir, para que se declare si el ejercicio de la facultad resolutoria es o no conforme al ordenamiento jurídico (si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada; aunque la resolución que se acoja, en su caso, es simple proclamación de la ya operada). Y esta doctrina es aplicable en materia de desistimiento unilateral en los contratos en que se admite, bien para determinar su procedencia, o bien para los efectos consiguientes, como ocurre en los contratos *intuitu personae*, o los de duración indefinida, tengan o no cláusula de preaviso.

Contrato de distribución en exclusiva. Resolución unilateral: indemnización de daños y perjuicios.—Producida la resolución se deben resarcir los daños generados por la inmediata rescisión, sin margen de maniobra del demandado, incluido el lucro cesante consistente en el dejado de percibir hasta el día en que había terminado de haber hecho el preaviso en la fecha de derogación, a lo que debe añadirse el evidente perjuicio reflejado por la pérdida del fondo de comercio (al aprovechar sus clientes la contraparte), por su necesidad perentoria de readaptación de su estructura empresarial (que fue de hecho imposible, obligando la situación al despido de trabajadores), y por el grave y notorio deterioro sufrido por su imagen empresarial frente a los demás, generada por el desprestigio que supone ser repentinamente cesado en la actividad que venía haciendo a sus clientes de varios años, y por una decisión de la que daba nombre al negocio inexplicable frente a tales clientes, porque al no tener causa justificada, ninguna explicación veraz y justa permitía. *A sensu contrario*, la resolución unilateral sólo da lugar a indemnización si se realiza sin justa causa o con abuso de derecho y si se prueban los daños y perjuicios.

Contrato de distribución en exclusiva. Aplicación del artículo 1101 CC.—Se ha de aplicar el referido artículo 1101 cuando se ha producido la resolución unilateral por parte de la concedente, no obstante estar previsto en el contrato, pero que resulte arbitraria y con daño para la otra parte, por no haberse probado que la parte concesionaria hubiera incurrido en incumplimiento contractual decisivo, ni tampoco hubiera admitido la resolución, pues su carta en la que anunciaba el cierre anticipado del establecimiento —vigente el plazo de un año del preaviso, conforme a la carta remitida notarialmente, de resolución unilateral— no es representativa en tal sentido, sino más bien responde a comunicar una situación que le fue impuesta por el actuar contractual desleal, actuando estas conductas como causa directa y desencadenante de los daños y perjuicios que se reclaman, cuya realidad resulta debidamente demostrada, así como los precios que justifican su reclamación.

Contrato de distribución en exclusiva. Indemnización por clientela.—La jurisprudencia viene otorgando en los casos de relaciones de concesión en exclusiva al corresponder a una indemnización compensatoria con estructura distinta de la indemnización de perjuicios derivada de incumplimiento y partiendo de que la clientela obtenida por el concesionario permanece y se integra, al producirse su desplazamiento, en el fondo comercial.

Contrato de distribución en exclusiva. Incumplimiento por el deudor.—La jurisprudencia ha matizado el alcance de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento que ha de darse en el deudor para que la resolución del contrato prospere. No se trata en modo alguno de una indagación de índole psicológica sobre las motivaciones de aquél, sino de juzgar sobre sus hechos, debiendo obtenerse de este examen que frustra la finalidad del contrato con su conducta sin causa justificada, cuya concurrencia incumbe probar al obligado. (STS de 26 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La compañía mercantil *Aldani, S. A.* interpuso demanda contra *Reggiani, S. p. A.*, en reclamación de cantidad a consecuencia de la resolución unilateral del contrato de distribución en exclusiva sin preaviso. El Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Barcelona estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso y revocó totalmente la sentencia de instancia absolviendo de todo pedimento a la parte demandada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

96. Letras de cambio. Contrato de descuento: no restitución por la entidad financiera.—Resulta inexcusable el deber que incumbe a la entidad financiera de reponer las letras al cedente y en el estado en que fueron recibidas, es decir, con la misma eficacia jurídica que tenían cuando fueron depositadas en virtud del contrato de descuento y evitar que se produzca el perjuicio de los efectos por la retención injustificada llevada a cabo. El negocio de descuento opera teniendo en cuenta que las letras las recibe la entidad bancaria descontante como mera cesión *pro solvendo*, no *pro soluto*, al estar condicionadas al buen fin de las mismas, y le asiste el derecho al reintegro del importe si el crédito incorporado a las cambiales no llega a hacerse efectivo por el obligado a su pago, pero este derecho de reintegro es el que faculta a reclamar los importes y la obligación de devolver las letras una vez fracasada la operación, ya que no se admite que el cliente pierda por omisión, falta de la diligencia debida por la entidad o aplicación de una mala práctica bancaria, cualquier derecho que le corresponde como titular del crédito. (STS de 30 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. T. E. interpuso demanda contra la entidad *Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla* por la no devolución de las letras descontadas e impagadas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huelva dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Huelva estimó el recurso revocando la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

97. Analogía. Requisitos.—La exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 que aprobó el texto articulado del Título Preliminar del Có-

digo civil, refiriéndose a la analogía dice que «no presupone la falta absoluta de una norma, sino la previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto»; se condiciona así la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados; para su aplicación es condición necesaria que el supuesto específico carezca de regulación normativa, además de que la norma que se pretende aplicar, por su identidad de razón con el supuesto, sea lo suficientemente expansiva, interpretada correctamente en su finalidad, hasta el punto de permitir esa aplicación. Como dice la STC de 14 de julio de 1988, se trata de una operación jurídica delicada que exige medida y ponderado, meditado y cuidado uso.

Abordaje. Concepto y efectos.—La doctrina científica define el abordaje, a falta de un concepto legal, como «el choque entre dos buques destinados a la navegación marítima que ocasione daños»; excluyéndose de este concepto el choque de un buque contra un cuerpo fijo, como un muelle o una roca; consecuencia de ese concepto del abordaje es la unánime opinión de la doctrina de que los daños causados por el choque de un buque contra un cuerpo fijo no quedan sometidos a la regulación del Código de comercio, sino que los mismos quedan sujetos a la responsabilidad por culpa extracontractual regulada en los artículos 1902 y SS. CC.

Práctico. Responsabilidad. Inaplicabilidad al naviero de la responsabilidad del artículo 1903 CC por los actos del práctico.—La consideración del práctico como miembro de la tripulación del buque carece de todo apoyo legal y doctrinal; enumeradas en el artículo 648 CCO las personas que constituyen la dotación de un buque, la condición de tripulante se adquiere mediante el contrato de embarco que le ligue al buque. Por el contrario, el práctico, aunque es un auxiliar técnico del buque, está ligado al naviero por un contrato que la doctrina califica como contrato de obra, careciendo la actuación del práctico de las notas de estabilidad y permanencia que califican al tripulante. Así, la relación de dependencia, presupuesto del artículo 1903, no ha de ser necesariamente laboral, pudiendo derivarse de otros vínculos jurídicos cuales los de arrendamientos de obras y servicios, 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 quien éste pertenece o para quien actúa, y que el acto lesivo haya sido realizado en la esfera de actividad del responsable. Ahora bien, el párrafo primero del artículo 9 del Reglamento General de Practicajes, aprobado por Decreto de 4 de julio de 1958, dispone que «el práctico, como asesor técnico del Capitán, señalará la derrota de la nave desde que la aborde a la entrada en los puertos hasta su fondeo o amarraje en lugar seguro o hasta dejarla en franquicia a la salida de aquéllos; así como en los movimientos de los mismos, indicando al Capitán los rumbos o maniobras precisos a tales fines»; esto supone que el práctico, en el ejercicio de sus funciones, contenido del contrato de obra que le vincula con el naviero, tiene plena autonomía, no estando sujeto a órdenes o instrucciones del capitán del buque, sino que es éste quien ha de ejecutar las maniobras necesarias siguiendo las indicaciones de aquél, de tal forma que, para que el práctico quede exonerado de responsabilidad por no

haber seguido el capitán las indicaciones que le formuló, aquél ha de hacerlo constar en el impreso que al efecto llevará (art. 9, párrafo tercero, del Reglamento de 1958). Esto no resulta alterado por lo establecido en el citado artículo 9, párrafo segundo, cuando, después de referirse a la responsabilidad del práctico, añade: «En perjuicio de la responsabilidad que para el Capitán o Naviero se establece en el artículo 618 CCO»; la responsabilidad del capitán o naviero nace del hecho propio: el incumplimiento de las obligaciones que le impone el artículo 518 CCO no es una responsabilidad por hecho ajeno, la conducta negligente o culposa del práctico. Habiéndose acreditado en la instancia que la colisión entre el buque y el muelle fue debida, únicamente, a la conducta negligente del práctico que dirigía la maniobra de salida del puerto del buque, no cabe la aplicación, ni siquiera analógica, del artículo 1903 CC. (STS de 13 de junio de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Transportación Marítima Mexicana, Sociedad Anónima de Capital Variable* interpuso demanda contra don J. L. L. F., la *Unión y el Fénix Español, S. A.* y la *Autoridad Portuaria de Valencia*, acumulándose la planteada por la *Autoridad Portuaria de Valencia* contra *Transportación Marítima Mexicana, S. A.*, contra *Vapores Suardiaz Valencia, S. A.*, y contra *Mapfre Caucción y Crédito, S. A.*; todo ello por las consecuencias derivadas de la colisión del buque *Tabasco* contra la defensa del muelle. El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de los de Valencia estimó parcialmente la demanda instada por la mercantil *Transportación Marítima Mexicana, Sociedad Anónima de Capital Variable*, y desestimó la demanda acumulada interpuesta por la *Autoridad Portuaria de Valencia*. Recurrida en apelación, la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

98. Cooperativas. Definición. Régimen jurídico.—La cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático. Las cooperativas inicialmente se regularon por la ley estatal de 2 de abril de 1987. Posteriormente, la ley de 23 de diciembre de 1992 transfiere las competencias en esta materia a las Comunidades Autónomas. En la actualidad, el régimen de las cooperativas se determina en la legislación de cada Comunidad Autónoma, y la ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, se aplicará a las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal, así como a las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla.

Cooperativas. Irrepartibilidad de la cuota de ingreso de un socio incluso en el caso de baja.—La cuota de ingreso tiene su fundamento en que el nuevo socio que entra en la cooperativa pasa a participar, con los anteriores, en las reservas que tenga constituidas la cooperativa, con lo cual resulta disminuida la relación patrimonio-socio; esta pérdida se compensa exigiendo al nuevo socio la aportación de una cantidad determinada, además de la aportación obligatoria al capital. Esta cuota de ingreso está sometida a un régimen ju-

rídico distinto al que se someten las aportaciones de los socios al capital social, obligatorias o voluntarias, caracterizándose esta cuota por ser irrepartible, ni siquiera en caso de baja del socio. (STS de 25 de junio de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. F. formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra *Tritón, Sociedad Cooperativa Valenciana Limitada*, en la que solicitaba que se dictase sentencia en la que se declarase su baja en la cooperativa *Tritón* como una baja voluntaria justificada, por expresa disconformidad con los acuerdos sociales. Y, con independencia de la calificación que se haga de dicha baja, se condene a la cooperativa demandada a reintegrar y pagar al actor, en los plazos que corresponda según su calificación como justificada o no, las cantidades aportadas por el actor. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Apelada esta sentencia por don J. F., la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto y la revoca en su totalidad. La Audiencia estima en parte los pedimentos de la demanda al declarar la baja de don J. F. en la cooperativa *Tritón*, como baja voluntaria no justificada, y condena a la cooperativa demandada a reintegrar y pagar al actor las cantidades reclamadas.

NOTA.—El Tribunal Supremo no comparte el criterio de la sentencia de la Audiencia Provincial que niega que la cantidad de 4.976.574 pesetas pueda considerarse como «cuota de ingreso», a integrar o formar parte de las «Reservas Obligatorias» de la cooperativa y de carácter irrepartible; la mencionada sentencia la califica como una cuota «impuesta» (*sic*) por la cooperativa, obviamente, para «ser recibido» (*sic*) como socio y al cabo de los años de constituida. El Tribunal Supremo entiende que la cuota de ingreso se integra en la «Reserva Obligatoria» y tiene carácter irrepartible, sin que sea obstáculo para ello la circunstancia de que, en el caso debatido, en el balance de la cooperativa no aparezca entre las «Reservas» una «Reserva Obligatoria», sino que la cuota de ingreso sólo obedece a la disintonía entre la terminología utilizada en la Ley y la seguida por el Plan General de Contabilidad. (*M. C. L. J.*)

DERECHO PROCESAL

99. Colegiación profesional. Competencia de jurisdicción.—Partiendo de la naturaleza pública de los Colegios Profesionales, se ha de desestimar la idea de que la obligación de colegiación ha de ser atribuida a la jurisdicción civil, ya que funciona como residual cuando no ha sido asignada de modo inequívoco a otro orden distinto. Es de relevancia la S de 26 de noviembre de 1998, en la que se pone de manifiesto la doble función de los Colegios Profesionales: asociación privada, sometida por ello al Derecho civil, desarrollando actividades propias de un ámbito de Derecho público (y restringiendo las de carácter privado a su relación interna con los integrantes). Esta sentencia continúa expresando la ausencia de contradicción entre la obligatoriedad de colegiación y el principio constitucional de libertad asociativa del artículo 22 CE.

Se asume la afirmación de la sentencia citada, en cuanto que se define como acto administrativo el acto emanado del órgano colegial, supeditándolo por ello al Derecho administrativo (actos tales como «defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina, por su evidente matiz de derecho público», FJ 6.º).

Los Colegios Profesionales se integran en lo que se denomina como Administración Corporativa, encontrando su fundamento en el artículo 36 CE, definiéndose como corporaciones de Derecho público en el artículo 1 de la Ley 7/1997 de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en Materia de Suelo y de Colegios Profesionales. (STS de 30 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ilustre Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos demandó por juicio declarativo de menor cuantía a doña M. A. F. La cuestión se centraba en si la demandada, en posesión del título de Estomatóloga, que ejercía dicha profesión en una clínica dental en Oviedo, estaba o no obligada a inscribirse en el Colegio mencionado, y si el conocimiento de la cuestión correspondía o no al orden jurisdiccional civil. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, que fue revocada en grado de apelación por la Audiencia, por incompetencia de la jurisdicción civil. Se interpone recurso de casación por aplicación indebida del artículo 1.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 27 de diciembre de 1956.

NOTA.—La naturaleza de Derecho público o de Derecho privado de los Colegios Profesionales ha sido arduamente discutida por doctrina y jurisprudencia. Se ha defendido su consideración como Administración Pública, sin embargo, tal y como refleja Tollivar Alas (Voz «Colegio Profesional», *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen I, editorial Civitas, pp. 1101 ss.), el propio intérprete constitucional ratifica la corrección de incluir a los Colegios Profesionales entre las Administraciones Públicas, cuyo régimen jurídico corresponde a la legislación básica del Estado. La limitación que supone la colegiación obligatoria, sigue este autor, «puede convertirse en un estrangulamiento de la libertad creativa, [...] en unos tiempos en que la fiebre gremialista ha llevado a crear profesionales desde Colegios». Se presenta el carácter público de los Colegios Profesionales como una mera opción legislativa, y esto contraviene la interpretación literal de los artículos 148 y 149, en cuanto que se identifiquen los Colegios con el régimen jurídico de las Administraciones Públicas. (P. S. S.)

100. Jurisdicción competente en caso de reclamación de un club de fútbol contra otro y un jugador solidariamente.—En la sentencia anotada se alega infracción por su no aplicación del artículo 19 del RD 1006/85, de 26 de julio, que delimita la jurisdicción laboral para el supuesto de conflictos que surjan entre deportistas profesionales y los clubs o entidades deportivas como consecuencia del contrato de trabajo. En el supuesto en concreto, el conflicto no ha surgido entre el jugador y su equipo que van de la mano en la oposición al F. C. Barcelona, demandante, que reclama a ambos solidariamente una indemnización por daños y perjuicios. Al no existir conflicto entre el deportista y su club, no entra en aplicación el precepto reseñado.

Abundando en ello, corresponde privativamente, a los Tribunales de Primera Instancia, la interpretación de los contratos y, oportunamente, el citado Tribunal estimó que la reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato corresponde a la jurisdicción ordinaria común y no a la especializada. Esta afirmación la corroboran las SSTs de 30 de octubre y 22 de noviembre de 1982, 17 de marzo y 23 de mayo de 1983, 4 de mayo de 1984, 26 de septiembre de 1985 y 28 de febrero de 1986.

Vulneración del artículo 16 del RD 1006/85 sobre el derecho a la libertad de un jugador.—No existe vulneración de este precepto por cuanto la relación que vincula al demandante —F. C. Barcelona— no es un vínculo contractual de origen laboral que cumpla los requisitos de un contrato de trabajo de deportista profesional —especificados los referidos requisitos por el art. 3 del citado Real Decreto—. En cualquier caso, y por interpretación del Tribunal de instancia que es a quien corresponde, nos encontramos ante una reclamación de daños y perjuicios.

Aplicación errónea de los artículos 1091, 1256, 1258 y 6.4 CC.—Al declararse probado en primera instancia la existencia de un contrato que liga a las partes —demandante y demandados—, la actuación y solicitud del F. C. Barcelona no lleva implícita, en ningún caso, ruptura de la regla básica *pacta sunt servanda*, ni que la validez y el cumplimiento del contrato se deje al arbitrio de una de las partes. De hecho, el demandante ejercita sus derechos reconocidos en el documento contractual y establecidos en virtud de la autonomía de la voluntad conforme a las exigencias de la buena fe, sin que concurra abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo. (STS de 21 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El *F. C. Barcelona* promovió demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra *F. M. G.* y contra el *Sevilla Club, S. A.*, solicitando que ha existido incumplimiento del contrato por parte de los demandados, condenando a éstos solidariamente a pagar a la actora la suma de trescientos millones de pesetas en concepto de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados a abonar a la actora la suma de trescientos millones de pesetas, más los intereses legales de dicha cantidad. Contra dicho fallo se interpuso recurso de apelación por los demandados. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó íntegramente la resolución recurrida. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—El conflicto enfrenta al *F. C. Barcelona* —demandante— y al *Sevilla F. C.* y al jugador N. —demandados—. Respecto a la legislación aplicable para la resolución del litigio hemos de distinguir dos relaciones distintas: aquella que vincula al demandante con el jugador y la que lo hace con el otro club. Respecto de este última, en ningún caso es de aplicación el RD 1006/85 por cuanto los mismos no tienen vinculación de tipo laboral entre sí. Por otra parte, el contrato de cesión de derechos federativos otorgados por las partes no es un contrato de trabajo. Ello se patentiza porque no ha seguido el cumplimiento de los requisitos que para tales contratos laborales referidos a los deportistas profesionales exige el artículo 3 del citado Real Decreto. (*M. F. N. C.*)