

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 / 44 29 / 21 87

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: (91) 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LIX, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2006

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2007

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://publicaciones.administracion.es>

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

NIPO (BOE): 007-07-012-6
NIPO (M. de Justicia): 051-07-002-9
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

Responsabilidad del *falsus procurator* por no ratificación del contrato celebrado sin poder

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ

RESUMEN

La frustración del contrato del falsus procurator por la no ratificación del dominus puede comportar perjuicios para el cocontratante, de los que debe responder aquél. Frente a la tesis mayoritaria en nuestra doctrina, que califica esa responsabilidad de precontractual, se defiende en este trabajo que se trata de una responsabilidad distinta y autónoma, más próxima a la culpa ex artículo 1902 CC, y basada en la actuación irregular de quien contrata a nombre de otro sin estar autorizado. La reparación podrá ser excepcionalmente in natura, si la prestación derivada es fungible, o vía indemnización, que consistirá en general en el interés negativo y, en casos de responsabilidad agravada, en el interés positivo.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Hipótesis normativas en que puede haber lugar a responsabilidad por representación sin poder (suficiente).* III. *Fundamento y naturaleza de esta responsabilidad.*—IV. *Sujetos implicados en esta responsabilidad y participación respectiva.*—V. *Presupuestos de la responsabilidad del falsus procurator.*—VI. *Régimen jurídico de esta responsabilidad.*—VII. *Efectos de la responsabilidad.*

I. INTRODUCCIÓN

1. RELEVANCIA ACTUAL, INTERÉS OBJETIVO DE ESTA RESPONSABILIDAD

La problemática de la representación sin poder (suficiente) es muy amplia, como creciente es su importancia práctica en la vida real, donde cada día es más frecuente la contratación por medio de gestor oficioso que prepara, discute y ultima el contenido y detalles

del negocio, dejándolo pendiente de la ratificación del interesado en vista del resultado alcanzado; todo ello en lugar de dar el *dominus* poderes *ad hoc*, con el riesgo de que el contrato representativo que celebrar no se adecuara perfectamente a lo que preveía el interesado¹. La ratificación adquiere, así, particular trascendencia en el tráfico jurídico-económico. De forma paralela y refleja, también la no ratificación y sus secuelas.

De aquella problemática varias cuestiones han sido estudiadas por la doctrina: la ratificación y sus efectos, la situación del contrato del *falsus procurator* antes de la ratificación, la «revocación» del mismo por la otra parte contratante. Una de las menos exploradas es la de la responsabilidad del representante sin poder (suficiente), en particular cuando no hay ratificación, aun abordada, tangencialmente y en términos generales, sea al estudiar la representación sin poder², ya con ocasión de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, como uno de sus supuestos³. No hay, en todo caso, en nuestra doctrina, un estudio detenido de esa responsabilidad como objeto específico de atención o investigación –a diferencia de otros países, donde se le ha prestado mayor atención, en particular por la doctrina alemana e italiana–, no obstante vivir el Derecho moderno un momento social y científico en que ha accedido a primer plano la responsabilidad civil y ser, sociológica y jurídicamente, la «hora de la responsabilidad».

De esa responsabilidad (del representante sin poder) destaca no sólo su interés objetivo, sino su «marginalidad» normativa en un ordenamiento que regula deficientemente el instituto de la representación (cfr. art. 1259 CC), mayor deficiencia aún en cuanto a la representación sin poder (sólo el art. 1725 CC, para un caso concreto), y en términos semejantes por lo que afecta a la responsabilidad precontractual, donde inicialmente suele ubicarse aquélla. Tal situación aumenta el interés de dicha cuestión e incentiva su estudio.

¹ Conocedores tan prestigiosos como directos del tráfico jurídico real, como son DE LA CÁMARA-LORA TAMAYO-BOLAS ALFONSO, han podido decir a este respecto que «con frecuencia algunas personas y entidades prefieren ratificar la representación invocada por otorgar previamente un poder que lo consideran muchas veces inútil por si fuera del mismo se quedan algunas facultades y peligroso por si se ponen más facultades de las debidas se pueden prestar a abusos de confianza» (con cita de Núñez Lagos) («La representación orgánica y la representación voluntaria en el ámbito internacional», *Rev. D. Not.*, 1989, p. 85).

² Así, en los trabajos de Díez-PICAZO, GORDILLO CAÑAS, SERNA MEROÑO, BADENES CARPIO, COLÁS ESCANDÓN, que citaré.

³ Trabajos de M. ALONSO PÉREZ, C. I. ASÚA GONZÁLEZ, M. P. GARCÍA RUBIO y otros, que traeré con citas concretas.

2. SUPUESTO DE HECHO TÍPICO Y CUESTIONES QUE SUSCITA *PRIMA FACIE*

La parcela de la vida real, el supuesto de hecho a que corresponde la cuestión apuntada es, sustancial y básicamente, la siguiente: Ticio, diciendo representar a Sempronio, vende a Cayo una finca del segundo, de quien no tenía poder, o con poder insuficiente (sólo para arrendarla); Sempronio decide no ratificar la venta, y Cayo, que en el tiempo transcurrido ha perdido otras ocasiones de comprar una finca que necesita, alega perjuicios por la frustración de ese contrato y reclama su indemnización. *¿Quid iuris?*

Además de otras consideraciones (múltiples son posibles), y de las cuestiones que una primera visión de ese fenómeno jurídico pone de manifiesto –contrato frustrado por su ineficacia inicial y no ratificación, perjuicios verosímiles para el comprador frustrado y necesidad de que sean indemnizados–, si reparamos un poco más en ello con ánimo y curiosidad jurídica, no cuesta mucho entrever allí otras varias:

a) qué otros negocios, además del contrato, son susceptibles de una problemática idéntica o paralela; qué situaciones negociales o cuasinegociales cabe contemplar en ese mismo contexto y problemática;

b) la presencia, con papeles e intervención diferentes, de esos tres personajes –un representante sin poder, un representado y un cocontratante– obliga a considerar la distinta participación de cada uno y sus posibles posiciones subjetivas –conocimiento o no de la inexistencia o insuficiencia del poder, buena o mala fe, promesa de ratificación por el interesado;

c) en cuanto a los perjuicios verosímiles, diferentes pueden ser objetivamente, y a varias personas pueden afectar: no sólo al cocontratante, sino posiblemente al *dominus* y también a algún tercero (directamente o como efecto reflejo); quizá en algún caso el perjuicio no provenga de la no ratificación (caso tipo), sino de la eficacia limitada de esta última (respeto de los derechos adquiridos por tercero *medio tempore*);

d) por lo que respecta a la responsabilidad a que haya lugar, junto a la cuestión de a quiénes alcanza (cuántos, cuáles de aquéllos), no deja de interesar la relativa a de qué responsabilidad se trata y por qué (fundamento de la misma), así como el alcance y régimen jurídico según la calificación y justificación que merezca.

3. INFLUENCIAS DOCTRINALES Y CUESTIONES RELEVANTES IMPLICADAS

3.1 La teoría de la voluntad, el negocio jurídico y la representación

La cuestión de la responsabilidad del representante sin poder se ha visto muy influida por teorías y construcciones relativas a la representación, cargadas de dogmatismo; más, quizá, que por las de la responsabilidad. En efecto, el instituto de la representación ha sido muy tributario de la teoría de la voluntad –en la explicación de su mecánica funcional y en cuanto instrumento típico de la autonomía de la voluntad–, y ha quedado ubicado sistemáticamente en el ámbito del negocio jurídico. En ese contexto se han producido la excesiva atención prestada al aspecto voluntarista de la representación negocial, la distinción entre parte formal y parte material en el negocio jurídico, y la consideración del representante como autor del negocio y la no producción de los efectos en su esfera jurídica, sino en la del representado. Consecuencia de ello es también el carácter excepcional con que es contemplada la responsabilidad del representante –quien, en aquella inteligencia, debería quedar desvinculado y al margen de las consecuencias de la relación representativa–; así como el quedar fuera del ámbito de la responsabilidad contractual. Esas ideas no dejarán de influir en casi todas las construcciones y razonamientos relativos a la responsabilidad del *falsus procurator* [*f. p.*, en lo sucesivo] y son culpables de alguna incongruencia en su tratamiento (por ejemplo, habría que considerar parte negocial durante la fase de formación del contrato al representante, ya que puede resultar responsable?)⁴.

Por otro lado, ausente de regulación específica en nuestro ordenamiento aquella responsabilidad, pero próxima conceptualmente a materia colindante (exceso de mandato, responsabilidad del mandatario por cumplimiento defectuoso de su encargo, etc.), también ha influido el régimen legal de esta última en aquella, con asimilaciones y confusiones que hay que evitar, dadas las posibles interferencias; porque lo que aquí interesa no es la relación mandante-mandatario y sus consecuencias, sino la del representante (mandatario, en su caso) con el tercero en orden a aquella responsabilidad.

⁴ Cfr. Caetano PETRELLI, «Atto notarile, obblighi e responsabilità del rappresentante», *Rivista del Notariato*, 1995-3, p. 517. Véase también P. PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, Berna (Ed. Staempfli), 1963, p. 71.

3.2 Naturaleza y situación del contrato del *falsus procurator* y posición de «la otra parte contratante»⁵

A) Partiendo de que en el negocio representativo participan con verdadera voluntad negocial tanto representante como representado (tesis hoy predominante)⁶, y de que en nuestro ordenamiento hay dos formas hábiles de expresión y llegada a dicho negocio de la voluntad del *dominus*, el poder previo o la ratificación, ambos con idéntica función negocial, considérase indiferente para la eficacia final del negocio que el consentimiento del interesado llegue antes o después de la actuación del (falso) representante (art. 1259 CC). En consecuencia, el contrato celebrado por éste con el «tercero» antes de la ratificación no es sino una parte de cierto camino negocial no concluido, pero viable, al que falta el consentimiento del representado (imprescindible, en cuanto titular del objeto negocial), que puede llegar más tarde. Resulta, así, que el contrato del *falsus procurator* es un negocio en vías de formación, incompleto (le falta la voluntad negocial del *dominus*), e ineficaz por ese motivo, por todavía no perfecto, pero que puede quedar completo y eficaz si le llega esa voluntad por medio de la ratificación, que la ley prevé como algo no irregular sino perfectamente posible (art. 1259.2.º CC). El contrato de referencia es, pues, ineficaz, no por nulo o por pendiente del cumplimiento de una condición (la ratificación), sino aún no eficaz por *im*-perfecto, negocio de formación sucesiva todavía inacabado, en espera de que la ratificación del representado le aporte la voluntad negocial de esa parte que todavía no ha hablado directa ni indirectamente (no hay poder suficiente)⁷. Esta teoría e interpretación del contrato del *f. p.*

⁵ Aludo a estas cuestiones porque la idea que se tenga de ese contrato y de la posición jurídica del cocontratante puede condicionar el razonamiento pertinente y las conclusiones a que haya lugar en orden a la responsabilidad del *f. p.* De una y otra me he ocupado en ocasiones anteriores: «Naturaleza y situación del contrato del *falsus procurator*», *ADC*, 1976, pp. 1047 ss., en cuanto a la primera, y «El desistimiento unilateral del “tercero” en el contrato del representante sin poder», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Madrid (Thomson-Civitas), 2003, pp. 2899 ss., en cuanto a la segunda. Por ello, sin perjuicio de la remisión inevitable, traigo aquí sucintamente lo que pienso de tales cuestiones.

⁶ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «La voluntad negocial y la representación», *Libro-Homenaje a Roca Sastre*, vol. II (Madrid, 1976), pp. 229 ss.

⁷ Véase mi trabajo «Naturaleza y situación del *falsus procurator*», *loc. cit.*, pp. 1047 ss. (1122 ss.) y mi capítulo sobre representación en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. I-3.º, ed. 1990, pp. 327 y 328. En el primero me refiero a las principales teorías al respecto: a) las de la nulidad, con diferentes versiones, para las que el negocio del *falsus procurator* sería nulo o inexistente; b) la teoría de la anulabilidad: este negocio es considerado como anulable, y la ratificación equivalente a la confirmación; c) teoría de la eficacia sometida a condición (que lo sería la ratificación del *dominus*), de la que sólo dependen los efectos del negocio, perfecto y válido ya; d) teoría de la oferta: antes de la ratificación no hay negocio, sino sólo algo preparado a modo de oferta del tercero al *dominus*, que se convierte en negocio

tiene cada día mayores adhesiones tanto en la doctrina italiana (y su jurisprudencia) como en la española⁸, y también, de forma menos convencida, por parte de nuestros tribunales⁹.

B) Antes de la ratificación por el *dominus* no hay, pues, contrato perfecto o efectivo; luego no puede haber una relación y vinculación contractual: el cocontratante no es (todavía) parte contractual *stricto sensu*. Por otro lado, tampoco puede decirse que ahí no hay nada jurídicamente, que el contrato es nulo o inexistente, porque si lo fuera no cabría su sanación por medio de la ratificación, ni tendría ésta eficacia retroactiva referida al momento de la negociación (que doctrina y jurisprudencia le conceden unánimemente), ni sería necesaria la «revocación» para que esta contraparte quede desvinculada, amén de otras consecuencias posibles en ese mismo estadio negocial. Se trata –acabo de decir– de un negocio de formación sucesiva, iniciado y no acabado, con unos particulares efectos provisionales, a la espera de su culminación y perfección con la ratificación del representado –especie de clave de bóveda: con ella queda cerrado el ciclo negocial y perfecto el negocio; sin ella todo lo hecho se viene abajo–, pero claudicante por la posibilidad de no ratificación por el *dominus* o de su revocación por la otra parte.

Aunque no todos los elementos esenciales del contrato concurren todavía en el del *falsus procurator*, es tomado en consideración y protegido por el ordenamiento jurídico, que le atribuye unos limitados efectos jurídicos (efectos preliminares, de que hablaron Fitting y Ihering); y tutela esa situación durante cierto tiempo y protege a los interesados en él. En ese estadio negocial y vinculación provisional la ley prevé dos actitudes: la ratificación del *domi-*

cuando éste acepte a través de la ratificación; e) teoría del negocio incompleto o en vía de formación (aludida *in extenso* en el texto). Cfr. también, desde otra perspectiva, A. COLÁS ESCANDÓN, *La ratificación*, Granada (Ed. Comares), 2000, pp. 279 ss.

⁸ En la doctrina italiana, véase GRAZIANI, PUGLIATTI, RUSSO DE CERAME, GIORDANO, MESSINEO, S. ROMANO (posición y referencias concretas pueden verse en mi trabajo citado en la nota anterior). En la doctrina española, cfr. Díez PICAZO, *La representación en Derecho privado*, Madrid (Civitas), 1992, p. 223, y coment. artículo 1259 CC, en *Comentario del Código Civil*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, II, pp. 439 y 440 (matizadamente y con distinciones); BADENAS CARPIO, *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona (Aranzadi Ed.), 1998, p. 207; COLÁS ESCANDÓN, obra citada, pp. 347 ss. Cfr. también LEÓN ALONSO, coment. artículo 1727 CC, en *Comentarios EDERSA* (dir. Albaladejo), t. XXI-2.º, Madrid, 1986, pp. 377 ss.; SERNA MEROÑO, coment. artículo 1259 CC, *Comentarios EDERSA*, t. XVII-1.º-A (Madrid, 1993), pp. 520 ss.; GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, pp. 317 ss. En la jurisprudencia, véase, entre las más notables sentencias recaídas sobre esta materia, las de 7 de julio de 1944, 25 de junio de 1946, 11 de junio de 1966, 31 de marzo de 1971, 23 de octubre de 1980, 27 de marzo de 1987, 28 de mayo y 17 de junio de 1991, 12 de junio de 1997.

⁹ Acogen con mayor o menor precisión las ideas que acabo de exponer en el texto las SSTs de 29 de marzo y 10 de octubre de 1963, 13 de diciembre de 1965, 31 de marzo de 1971, 15 de noviembre de 1977, 18 de febrero de 1992 (que habla de contrato incompleto hasta que se produzca la ratificación). Sorprendentemente, dos sentencias recientes del TS, de 12 junio 1997 y 10 junio 2002, califican de anulable el contrato del *f. p.* (porque cabe su sanación) (!!).

nus, que perfeccionará el contrato; y la revocación del cocontratante, que le permite desvincularse y que frustra definitivamente el negocio inacabado. Es, sin embargo, distinto el papel de uno y otro, pues si el pseudo-representado no se ha pronunciado todavía de manera eficaz (falta su poder previo y aún no ha ratificado), el cocontratante ha dado ya su consentimiento negocial, si bien será distinta su situación según que conozca o no la ausencia de legitimación del *f. p.*, dato que puede repercutir en varios aspectos. De esa distinta posición jurídica resulta que si el *dominus negotii* puede ratificar o no con libertad, el cocontratante, en cambio, tiene derecho a retirarse sólo limitadamente de una relación negocial incipiente (en la que sí ha participado), para no quedar indefinidamente a merced de la decisión quizá intempestiva del *dominus*. Esa «otra parte contratante» resulta, así, protegida jurídicamente por medio de su facultad de revocación (*rectius*, desistimiento) (art. 1259.2.º CC) y, en otro caso, por medio de la indemnización de los perjuicios que haya sufrido por la frustración del contrato (responsabilidad del *falsus procurator*).

4. PERSPECTIVA HISTÓRICA. INDICACIÓN SOMERA

Aunque sin la sutileza de los planteamientos modernos, la cuestión de la extralimitación en el mandato y en la *negotiorum gestio* no fue ajena a los juristas romanos. El gestor quedaba obligado frente a los terceros, a falta de la *ratihabitio*, cuando dolosamente les hubiera hecho creer que estaba autorizado para actuar por cuenta del *dominus*; cesaba esa responsabilidad si éste ratificaba¹⁰. El Derecho romano conoció diferentes mecanismos jurídicos para resolver el problema de la extralimitación, según los casos: si el deudor creyó hacer el pago a persona autorizada para recibirlo (sin estarlo), podía ejercitar la *conditio sine causa*; si sabía que pagaba a persona no autorizada, en espera de la ratificación, y ésta no llegó, podía actuar contra el gestor (no autorizado) con la *conditio causa data causa non secuta*; y otros supuestos¹¹.

En el *ius commune*, donde ya fue objeto de discusión el problema de la responsabilidad del representante (mandatario) sin poder¹², la cuestión es llevada por los comentaristas al ámbito del mandato extralimitado, el incumplimiento contractual y el juego de la *actio*

¹⁰ Cesare BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici nel Diritto privato romano* (reedición anastática de la ed. Roma, 1889-1891), Roma (Giorgio Bretschneider), 1975, t. I, p. 63.

¹¹ Véase más ampliamente, con cita puntual de textos romanos, C. BERTOLINI, *op. loc cit.*

¹² Cfr. L. MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung*, Viena, 1885, pp. 164 ss.

mandati directa y la *contraria*, con menor atención prestada al tercero afectado¹³. Hay que esperar a Domat y, sobre todo, a Pothier, quien al estudiar el mandato sólo atiende a las relaciones internas¹⁴ pero en sede de obligaciones sí se fija en un aspecto que aquí interesa: si el *falsus procurator*, que dice no quedar vinculado cuando contrata en nombre de otro, promete que su principal ratificará el contrato, si esa promesa queda incumplida resultará responsable el falso representante frente a la otra parte¹⁵.

La doctrina alemana del siglo XIX estudió esta cuestión con detenimiento. Laband consideró como un caso de *culpa in contrahendo* [*c. i. c.*, en lo sucesivo] la actuación del falso representante¹⁶; Mitteis profundizó en la cuestión al estudiar la representación¹⁷; igualmente otros autores (Scheurl, Windscheid y demás), con idéntica ocasión. En la misma Alemania es reconsiderada la responsabilidad del *falsus procurator* con ocasión de los trabajos preparatorios y proyectos del BGB, y si en principio, por influencia de Ihering, fue considerada como un caso de *c. i. c.*, en la definitiva se le dedicó una norma específica (el § 179), al margen de aquélla y quedó diseñada la que nos ocupa como responsabilidad sin culpa¹⁸.

En Derecho español la cuestión ha pasado desapercibida al legislador, que nada ha dicho ya desde los precedentes del artículo 1259 CC, y sólo hay alguno, difuso e inconcreto, en el artículo 1616 del Proyecto de 1851 –que lo es del actual 1725 CC–, y en su comentario de García Goyena¹⁹.

Los ordenamientos latinos hijos directos del *Code Napoleon* prácticamente no regularon esta cuestión, por poner el acento en el mandato y relación interna y llevarla al terreno del incumplimiento contractual (cfr. art. 1997 CC francés): así, en los códigos civiles italiano de 1865, belga o portugués de 1867 (tampoco en el actual) no está regulada directamente la responsabilidad del falso repre-

¹³ Cfr., por ejemplo, Hugo DONELLO, *Commentariorum de jure civili*, t. III (en *Opera Omnia*, Florencia, 1841), libro XIII, cap. 12.

¹⁴ *Traité du contrat de mandat*, cap. III, núm. 88 (*Œuvres*, t. VI, París, 1825, p. 141).

¹⁵ *Traité des Obligations*, parte I, cap. I, núm. 74-76 (*Œuvres*, cit., t. I, pp. 134-135).

¹⁶ Su conocido trabajo «Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutsch. Handelsgesetzbuch», *Zeitschrift für das ges. H. R.*, vol. X, pp. 234 ss.

¹⁷ Obra citada, pp. 166 ss.

¹⁸ Véase más ampliamente sobre los antecedentes inmediatos del § 179 BGB y su gestación, en ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, Bilbao, 1989, pp. 149 y 150.

¹⁹ Tras mencionar los precedentes de ese artículo en otros ordenamientos, comenta: «Sin darle conocimiento, etc. No bastará, pues, en este caso que el mandatario diga que contrae a nombre del mandante, porque éste no quedará obligado en lo que se obre fuera de, o contra los poderes que dio. – Pero si el tercero fue sabedor del exceso, no tiene motivo alguno de agravio y queja aunque el mandante no ratifique lo hecho; *scienti et volenti non fit injuria*, 145 de *regulis iuris*, y 25, título 34, Partida 7».

sentante; en el nuestro, sólo indirecta y ambiguamente aludida por alguna norma: cfr. artículo 1725 (el 1259 calla al respecto). Sí lo está, en cambio, en los códigos más modernos: italiano de 1942, BGB y el griego (próximo al anterior), holandés, y en convenios y trabajos transnacionales²⁰.

II. HIPÓTESIS NORMATIVAS EN QUE PUEDE HABER LUGAR A RESPONSABILIDAD POR REPRESENTACIÓN SIN PODER (SUFICIENTE)

En el apartado anterior he presentado el supuesto de hecho más general, prototipo de responsabilidad del *f. p.* Traigo ahora varias

²⁰ *Código civil italiano, artículo 1398*: «Aquel que ha contratado como representante sin tener poderes o traspasando los límites de las facultades conferidas, es responsable del daño que el tercero contratante ha sufrido por haber confiado sin culpa por su parte en la validez del contrato». Relacionanse con este precepto los artículos 1337 y 1338 CC (responsabilidad precontractual).

Código de las Obligaciones suizo, artículo 39: «1. Si la ratificación es rehusada expresa o tácitamente, el que ha tomado la calidad de representante puede ser demandado en reparación del perjuicio resultante de la invalidez del contrato, a menos que pruebe que la otra parte ha conocido o debido conocer la ausencia de poder.—2. En caso de culpa del representante, el juez puede, si lo exige la equidad, condenarlo a indemnizar perjuicios de mayor consideración.—3. Subsiste en todo caso la acción fundada en el enriquecimiento injusto».

B.G.B., § 179: «1. Quien ha realizado un contrato como representante, en tanto no acredite su poder de representación, queda obligado frente a la otra parte, a elección de ésta, al cumplimiento o a la indemnización de daños si el representado rehúsa la ratificación del contrato.—2. Si el representante no ha conocido la falta de poder de representación, queda sólo obligado a la indemnización de los daños que la otra parte sufra por haber confiado en el poder de representación, sin que, sin embargo, esta reparación pueda superar el importe del interés que la otra parte tenga en la validez del contrato.—3. El representante no responde si la otra parte conocía o debía conocer la falta de poder de representación. Tampoco responde el representante si su capacidad negocial está limitada, a no ser que haya actuado con el consentimiento de su representante legal». (Guarda relación este párrafo con los §§ 178 y 184.) En términos semejantes, el CC griego (art. 231).

Código civil holandés, artículo 3.3.10 (70 del libro III): «Quien actúa como representante garantiza a la otra parte la existencia y la extensión de su poder, salvo que ésta sepa o deba saber que falta poder suficiente, o si el representante le ha comunicado íntegramente el contenido del poder».

Convenio sobre representación en la venta internacional de mercancías [Convention on Agency, en lo sucesivo], artículo 16: «1. Un representante que actúa sin poder o fuera de los límites del poder quedará obligado, a falta de ratificación, a pagar a la otra parte una compensación que sitúe a ésta en la misma posición en que habría estado si el representante hubiera actuado con poder o dentro de los límites de éste.—2. El representante no quedará obligado, sin embargo, si la otra parte conocía o debía haber conocido que el representante no tenía poder o que estaba actuando fuera de los límites del mismo».

Principios del Derecho Europeo de Contratos, artículo 3.204 [Principios D. E. C.]: «1. Cuando una persona actúa como representante pero carece de poder de representación o actúa fuera del objeto de su poder, sus actos no vinculan ni al principal ni al tercero.—2. Si no se produce la ratificación por el principal de acuerdo con el artículo 3.207, el representante está obligado a pagar al tercero una indemnización de daños que coloque a éste en la misma situación que tendría si el representante hubiera actuado con poder. Esta regla no se aplica si el tercero conocía o no podía desconocer la falta de poder de representación del agente».

hipótesis fácticas y normativas tan próximas entre sí que, aun distintas, permiten aplicar los mismos esquemas jurídicos y soluciones que los del supuesto básico. Hay otras no tan claras, por lo que distinguiré, junto a los casos típicos de esa responsabilidad, algunos en los que inicialmente parece que no procedería; y luego, situaciones discutibles, más alguna con tratamiento legal diferenciado.

1. CASOS TÍPICOS EN QUE HA LUGAR A RESPONSABILIDAD DEL *FALSUS PROCURATOR*

Me limito ahora a poco más que enumerarlos, justificando su inclusión aquí. Volveré a referirme a ellos con más detenimiento y expresión de las condiciones que deben concurrir en cada caso, al tratar los *sujetos* de esta responsabilidad (apart. IV.2).

a) *Inexistencia absoluta de poder*

Es el caso más claro y directamente aludido por el artículo 1259.2.º CC, el del más caracterizado *falsus procurator*. Aquí el representante carece, en absoluto, de legitimación para actuar e injerirse en la esfera jurídica ajena.

b) *Extinción del poder (que hubo)*

Extinguido el poder (cfr. art. 1732 CC), deja de haberlo y el representante de estar legitimado, y su actuación desautorizada; en el marco y esquema funcional de la representación voluntaria su acto representativo no puede ser eficaz para el *dominus* (cfr. art. 1259.1.º CC). (Cfr., sin embargo, arts. 1734 y 1738).

c) *Extralimitación del poder y del mandato (sin ratificación)*

En la representación voluntaria los límites del poder y del mandato vienen marcados por la voluntad del poderdante (o mandante) en cuanto legitimadora del apoderado (mandatario), en términos más o menos explícitos. En todo caso, si el apoderado o mandatario traspasa esos límites carece de legitimación, y en lo que se haya excedido no queda obligado el principal sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente (art. 1727.2.º CC).

d) *El albacea*

Que traspasa los límites del encargo conferido por el testador, o que actúa cuando no tiene validez (testamento nulo) o se ha extin-

guido (art. 910 CC). La jurisprudencia (no siempre con acierto), más que la doctrina, ha asimilado esta institución al mandato. Aunque tienen distinta naturaleza, funcionalmente están muy próximas, incluso en la situación que ahora interesa.

e) *Socio que se extralimita de sus poderes*

La actuación negocial del socio gestor vincula a la sociedad (civil) frente a terceros sólo si aquél actúa con el carácter de tal, por cuenta de la sociedad, con poder para obligarla y si «ha obrado dentro de los límites que le señala su poder o mandato» (artículo 1697 CC), es decir, si tiene legitimación suficiente. En caso de extralimitación del socio no queda obligada la sociedad y el acto extralimitado es inoponible o ineficaz para esta última (art. 1698.2.º CC), a menos que sea ratificado (art. 1259.2.º, de aplicación general, y 1727.2.º).

e) *Representante mancomunado que actúa solo*

La actuación de un representante solo, cuando son varios los apoderados mancomunados, ha de considerarse irregular (por ser incompleta su declaración representativa), e ineficaz el acto así realizado, salvo ratificación²¹.

2. CASOS EN QUE (INICIALMENTE) NO HA LUGAR A ESTA RESPONSABILIDAD

Pienso que, en principio, no ha lugar a la responsabilidad que ahora interesa:

a) *Representación aparente*

Cuando se trate de ella –actuación del *dominus negotii* susceptible de generar confianza en que hay legitimación suficiente del representante, valorada aquella actitud y esa confianza con criterios objetivos y razonables; y creencia del tercero de que hay aquella legitimación–, hay, para unos, efectiva representación (el poder deriva de la apariencia creada y demás), no actuación de un *f. p.* ni situación asimilable (cfr. S de 18 marzo de 1993); para otros el

²¹ Werner FLUME, *El negocio jurídico*, trad. de J. M. Miquel González y E. Gómez Calle, Madrid (Fundación Cultural del Notariado), 1998, p. 913.

representado queda obligado por la actuación del representante en razón de la apariencia y de la protección del tercero de buena fe²². En todo caso, hay heteroeficacia. Quizá excepcionalmente, en algún caso –objeto de trato especial en función de sus circunstancias–, haya lugar a un comportamiento equívoco o negligente del *dominus* que cree una duda razonable en el cocontratante acerca de la correcta legitimación del representante, sin llegar a constituir una apariencia jurídica apta y suficiente para poder hablar de representación (mandato) aparente; duda que debe disipar el cocontratante que ponga una mínima diligencia (S de 19 de octubre de 1993). En ese supuesto sí habría lugar a responsabilidad del falso representante por su concreta actuación, y quizá del propio *dominus* por las expectativas razonables defraudadas; pero sin hacer asumir al principal los efectos directos del negocio representativo, precisamente porque no ha habido (verdadera) representación aparente, sino falsa representación. Por todo ello, salvo este supuesto excepcional, *queda excluida la representación aparente de las hipótesis de responsabilidad*.

b) *Representación legal*

Cuando el representante legal sobrepasa el ámbito de su legitimación, las consecuencias jurídicas son distintas de las que aquí consideramos. La doctrina española discute, y la jurisprudencia no es acorde acerca de si en el caso de que el representante legal lleva a cabo un acto sin la autorización judicial que el CC requiere (art. 166 y 271, por ej.) es nulo –opinión de Díez Picazo-Gullón, Gil Rodríguez, Linacero de la Fuente²³; cfr. S de 28 de mayo de 1963–; o anulable (R. Bercovitz²⁴, y SS de 30 de marzo de 1987 y

²² Sobre esta cuestión, véase, en nuestra doctrina, GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978 (obra fundamental); también, J. I. CANO MARTÍNEZ, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, 1990; y BADENAS CARPIO, *op. cit.*, pp. 297 ss. En la italiana, cfr. F. BENATTI, «Contratto concluso dal *falsus procurator* e responsabilità del *dominus*», *Riv. Dir. Comm.*, 1959-II, pp. 335 ss. (y bibliografía allí citada); M. BESSONE, «Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi», *Riv. Dir. Civ.*, 1967-II, pp. 372 ss.; D'AMELIO, «Apparenza del diritto», *Noviss. Dig. Ital.*, t. I (1958), pp. 714 ss.; VOLPE, «Apparenza di rappresentanza e negozio concluso dal *falsus procurator*», *Giur. di merito*, 1976-I, pp. 84 ss. Para el Derecho alemán, cfr. C. W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971.

²³ DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, t. IV (ed. 2004), p. 277 (donde hablan de la autorización judicial como requisito de validez del acto); GIL RODRÍGUEZ, coment. artículo 271 CC, en *Comentario del Código Civil*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, t. I, p. 799; LINACERO DE LA FUENTE, *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Madrid (Montecorvo), pp. 290 ss.

²⁴ R. BERCOVITZ, *Comentarios a las reformas de Derecho de familia*, Madrid (Tecnos), 1984, ad artículo 166 CC, p. 1119; LACRUZ-RAMS, *Elementos de Derecho civil*, Madrid (Dyckson), t. IV (ed. 2005), p. 418 (cabe la confirmación, dicen). Se inclina por la ratificación

9 de mayo de 1994). Parecida discusión y posiciones en la doctrina foránea²⁵. En esa inteligencia, parece insegura la posibilidad de sanación ulterior de ese negocio (quizá, en el mejor de los casos, confirmación), pero en todo caso creo que no ha lugar a ratificación: el negocio del representante legal que se ha extralimitado no se halla en la situación de *im-perfecto* (ineficaz) –situación típica del llevado a cabo por el *falsus procurator*–; ni puede hablarse de la frustración por la no ratificación, porque puede llegar a tener una eficacia provisional (si anulable). Por tanto, tampoco ha lugar a la responsabilidad de que aquí tratamos. Puede haber o tratarse de otra responsabilidad, que no interesa por ahora²⁶.

c) *Negotiorum gestio*

Pienso que los supuestos de los artículos 1892 y 1893 CC no son incluibles aquí, por el distinto modo de operar de la gestión de negocios ajenos, y de dichos preceptos, que atienden únicamente a la relación entre gestor y *dominus*, y no al tercero con quien se ha entendido o quizá incluso contratado el gestor²⁷. Frente a ese tercero queda obligado el gestor si ha contratado (aunque sea en interés del *dominus*) en nombre propio; también si, contratado en nombre ajeno, no queda obligado el principal *ex* artículos 1892-1893. Aquí no hay la frustración del negocio que se ha realizado, ni defraudación de la confianza que quizá puso el cocontratante en la operación; de la que responden –como acabo de sugerir– el gestor o el *dominus*. Luego no hay ni se trata de la responsabilidad del *falsus procurator* que aquí estudio.

C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Gestión ventajosa y ratificación», *Estudios Homenaje Lacruz Berdejo*, vol. I (Barcelona, 1992), p. 499.

²⁵ En la italiana se inclinan por la no ratificabilidad de estos contratos CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privat italiano*, Napoli, 1949, p. 663, y VISALLI, «Ineficacia del negozio concluso dal *falsus procurator*», *Foro ital.*, 1958, col. 1485. Sostiene la posición contraria MESSINEO, «La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente (“*falsus procurator*”)», *RTDPC*, 1956-I, p. 396.

²⁶ Cfr. PETRELLI, *op. loc. cit.*, pp. 523 y 557. En la doctrina italiana, frente a una posición negativa anterior, por razones semejantes a las que aduzco en el texto, hay una progresiva apertura a la aplicabilidad de las normas sobre representación sin poder (arts. 1388 a 1399 CC) a la representación legal: expresamente, el artículo 1398, que aquí interesa [cfr. A. ZACCARIA, «Rappresentanza (Sistesi d’informazione)», *Riv. Dir. Civ.*, 1990, p. 482].

²⁷ Cfr. LACRUZ BERDEJO, «La gestión de negocios sin mandato», en *Estudios de Derecho Privado común y foral*, Madrid, 1992, t. II, pp. 285 ss.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Gestión ventajosa y ratificación», *loc. cit.*, pp. 497 ss. En la doctrina italiana, Lino SALIS, «Mandato e gestione rappresentativa», en *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, vol. II, Milano, 1963, p. 751; y TILOCCA, «La ratifica nella gestione d’affari», *Studi in onore de F. Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, t. IV, pp. 615 ss. (634-635). Véase también, con posición más matizada, G. DE SEMO, *Gestione di affari altrui*, Padova, 1958, pp. 130 ss.

d) *El «nuntius»*

El *nuntius*, mero portador de la voluntad ajena –al menos, en los casos más típicos de esa figura²⁸–, carente de la autonomía de que goza el representante, no es parte formal (ni siquiera eso) del negocio representativo hecho para el principal; no cabe achacarle nada ni exigirle responsabilidad por los problemas de la frustración del negocio, en tanto que no le son imputables a ese mensajero por la falta de discrecionalidad en la conformación del mismo: se ha limitado a transmitir al cocontratante la declaración de voluntad del *dominus*; el negocio es sólo de uno y otro de estos dos últimos personajes. No cabe hablar para este caso de la responsabilidad que ahora nos preocupa²⁹.

3. SITUACIONES DISCUTIBLES

Han sido objeto de atención y discusión en la doctrina, a cuyo debate no puedo sustraerme, aunque en nuestro sistema jurídico deban tener otros planteamientos y soluciones, más claras en unos casos que en otros (y con solución positiva o negativa).

a) *Representación indirecta*

En este caso sí hay representación, y quizá quepa la ratificación del *dominus* en algún supuesto y con alguna particularidad (cfr. SS de 30 de septiembre de 1992 y 25 de febrero de 1994)³⁰. Mas dado que el representante queda vinculado directamente con el cocontratante (art. 1717 CC) –salvo en cuanto sea aplicable el último inciso de ese precepto, donde queda obligado el principal, y en tal caso el negocio es eficaz entre este último y el cocontratante–, es en ese ámbito donde procede la reparación de perjuicios, es decir, en el marco de la responsabilidad contractual, o relación represen-

²⁸ Sobre la figura del *nuntius*, cfr. Díez-PICAZO, *La representación*, cit., pp. 53 ss.; y cuanto dije en LACRUZ y otros, *Elementos*, t. I-3.º (ed. 1990), p. 296.

²⁹ Cfr. PETRELLI, *op. loc. cit.*, p. 494; y FLUME, obra citada, p. 881. VON THUR, en cambio, en Derecho suizo cree aplicable por analogía el artículo 39.1 C.Oblig. al mensajero que transmite inexactamente una declaración de voluntad (cfr. coment. a esa opinión en PROTET, *op. cit.*, p. 71, núm. 200).

³⁰ En mi trabajo «Naturaleza y situación del contrato del *f. p.*» (*loc. cit.*, pp. 107-1058) sostuve –y no he sido el único– que la forma típica de presentación de ese contrato es la de representación directa. De ello deducía que es difícil la ratificación en otro caso. Aunque sigo creyendo que eso será lo más razonable en teoría y casi siempre en la práctica, no me atrevo ahora a excluir absolutamente la posibilidad de la ratificación en caso de representación indirecta, habida cuenta de las múltiples variantes que tiene la actuación representativa. El mejor argumento sería el del *favor negotii* y el interés del representado (sálvese el contrato siempre que sea posible).

tante (mandatario)-tercero, no en cuanto *falsus procurator* (que es lo que ahora interesa)³¹.

b) *Abuso de poder por parte del representante*

Se trata de situaciones varias en que éste no se atiene con rigor al esquema funcional de la representación (actuación en interés del representado) y del poder conferido, sin que se produzca, sin embargo, extralimitación del poder ni transgresión de las instrucciones del *dominus* (*rectius*: cabe el abuso de poder sin estas infracciones). El caso más frecuente es el del conflicto de intereses entre el del representado y el del representante, con prevalencia del de éste: es decir, cuando no actúa en interés de su principal, o no lo hace defendiéndolo como interés esencial o más importante. El abuso de mandato es una forma específica de incumplimiento de ese contrato por parte del mandatario, y es en ese terreno, el del incumplimiento y responsabilidad contractual, al que hay que llevar las consecuencias irregulares (indemnización de los perjuicios del *dominus*), en su caso –razonamiento semejante para el abuso de poder: llévese al ámbito de la relación interna subyacente al poder, la que sea–. Para la doctrina mayoritaria –con opiniones disidentes³²– la actuación representativa con abuso de poder por parte del representado no supone extralimitación, y las consecuencias de esa situación, por lo que afecta al negocio representativo, quedan limitadas al ámbito de las relaciones internas apoderado-poderdante, salvo casos excepcionales³³; y no son, en general (opinión mayoritaria de nuevo), la ineficacia del contrato y la recuperabilidad de los efectos típicos del mismo por medio de la ratificación, o la frustración del contrato por no ratificación. Para algunos, el negocio sería nulo. Estamos, pues, en mi opinión, ante un caso distinto y excluible de los que aquí interesan.

³¹ COLÁS ESCADÓN, *La ratificación*, pp. 85 ss., distingue varias situaciones de ratificabilidad.

³² Véase sobre la cuestión, Díez Pícazo, *La representación en el Derecho privado*, cit., pp. 198-199, para quien el contrato es, en ese caso, nulo por causa ilícita. Cfr. también Gordillo Cañas, *op. cit.*, pp. 95 ss.; Colás Escadón, *op. cit.*, pp. 25 ss., y Badenas Carpio, obra citada, pp. 275 ss. Sin embargo, para buena parte de la doctrina italiana, en vista del artículo 1394 (anulabilidad), en estos casos hay exceso de poder, extralimitación cualitativa y habrá lugar a ratificación y aplicación de sus artículos 1398 y 1399 CC: así Galgano y Visintini. En la doctrina alemana, véase Enneccerus-Nipperdey, *Derecho civil (Parte General)* (trad. esp., Barcelona, 1981), t. I, vol. II, 1.ª parte, p. 506; y Flume, para quien el abuso de poder del representante con conocimiento de «la otra parte» equivale a actuación sin poder, con las consecuencias pertinentes (aplicación de los párrafos 177 ss.) (*op. cit.*, pp. 919 y 931).

³³ Cfr. Díez-Pícazo, *La representación*, cit., p. 199, donde añade que en el caso en que el tercero haya conocido o debido conocer el carácter abusivo o desviado del acto de ejercicio del poder, por el representante, ello determinaría la ineficacia del negocio representativo.

c) *La representación en el acto unilateral*

Es cuestión muy debatida la de la posibilidad de representación sin poder y la ratificación de los actos unilaterales. Se refiere, sustancialmente, a actos jurídicos como una intimación de pago, el ejercicio extrajudicial de derechos como el retracto o la opción, la interrupción de la prescripción. Irresuelta la cuestión directamente en nuestro sistema jurídico³⁴ –abordada, en cambio, en otros ordenamientos: el § 180 BGB sólo la admite cuando se trata de declaraciones recepticias), y el artículo 1324 CC ital. les aplica las normas de los contratos «en cuanto sean compatibles»–, pienso que, por el juego de los principios generales y aplicación analógica de las reglas de los contratos (en cuanto sean compatibles, como en Derecho italiano), las cosas no deberán ser aquí muy distintas: ejercitado alguno de aquellos actos unilaterales por quien se presenta como representante, el que reciba la declaración de voluntad puede y debe preguntar al interpelante por la calidad y poder con que actúa, y, a partir de ahí, obrar en consecuencia (rechazar formalmente la notificación o el requerimiento, ignorarlo, aceptarlo); si no le es mostrado el poder y hay extralimitación, cabrá la ratificación del *dominus* de la actuación unilateral del *falsus procurator*, si le interesa; si no la hay, parece evidente que al acto así realizado deviene ineficaz, ya que no puede vincular al principal lo hecho en su nombre por persona no legitimada para ello: no habrá habido ejercicio de la opción o del retracto, interrupción de la prescripción –el pago por tercero tiene solución especial (art. 1158 CC)–. La solución para el acto unilateral no debe ser distinta de la del negocio bilateral.

La cuestión principal aquí es la de qué repercusión tiene aquel acto unilateral para la persona frente a quien un falso representante ha ejercitado un retracto o una opción, o le ha reclamado el pago de una deuda con el *dominus* para interrumpir la prescripción. Con la misma justificación y lógica funcional anterior pienso que si el interesado no ha ratificado esa actuación, el tercero perjudicado por el acto unilateral del *f. p.*, que deviene ineficaz por no ratificado, debe ser indemnizado: por la misma razón e idéntico fundamento jurídico, insisto, que el cocontratante en el caso del negocio bilateral.

³⁴ La doctrina española se ha ocupado únicamente de la posibilidad de representación referida a los actos jurídicos no negociales, y la respuesta ha sido, en general, positiva. Se ha ocupado menos de la ratificabilidad del acto unilateral efectuado en interés de otro por quien no tiene mandato ni poder del interesado. Cfr., sin embargo, Díez-PICAZO, *op. cit.*, pp. 83 y 91-92, donde se manifiesta en sentido favorable; y COLÁS-ESCAÑÓN, *op. cit.*, pp. 443 ss., que se pronuncia en contra de la ratificabilidad con argumentos que no me convencen (sobre todo, el de la desprotección del tercero; precisamente la indemnizabilidad a que me refiero en el texto, para caso de no ratificación, le protege mejor que la nulidad del acto que esta autora predica).

En conclusión: *el acto unilateral de un representante sin poder suficiente sí puede ser objeto de responsabilidad* respecto del tercero frente a quien se llevó a cabo.

d) *El autocontrato*

Superadas hoy las dificultades dogmáticas de otrora, es indiscutible la posibilidad del autocontrato en el Derecho español, en su doble presentación de contrato del representante en interés propio y actuando en representación e interés de un tercero, y contratando el representante en nombre de dos representados diferentes³⁵. Y si esa posibilidad plantea menos problemas en la segunda forma (siempre que la actuación del autocontratante sea correcta), la viabilidad del autocontrato del primer tipo queda subordinada a que no haya oposición de intereses entre los del representante y los de su representado, o a que haya autorización (expresa o implícita, pero cierta) del representado a tal efecto. Prescindo, pues, de los casos en que el autocontrato sea inadmisibile e inválido³⁶ para ocuparme del autocontrato en que el representante no tenga poder suficiente para realizarlo; contrato ineficaz, en principio, si bien susceptible de ratificación por el interesado, con lo que adquirirá plena eficacia³⁷. Ahora bien: ¿podría reclamar indemnización de perjuicios sufridos el representado que no ratifica por la ineficacia y frustración de sus expectativas razonables? Obsérvese que aquí no hay tercero cocontratante sino dos contratantes identificados formalmente ambos bajo la misma persona. Sin embargo, creo que si hubo perjuicios nada impide que haya la correspondiente indemnización, procedente por la conducta ilícita del representante. Otra cosa es si ella es del tipo que aquí estudio, o deriva del incumplimiento (o deficiente cumplimiento) del encargo, con lo que quedaría en el ámbito de la relación interna representante-representado. Aunque es defendible esta posición, pienso que la responsabilidad del falso representante (no legitimado para lo que ha hecho) no difiere sustancialmente de la típica del *falsus procu-*

³⁵ Cfr. LACRUZ y otros, *Elementos*, t. I-3.º, pp. 332 s. (donde aparece mi posición a ese respecto); y, más ampliamente, M. DÍAZ DE ENTRESOTOS, *El autocontrato*, Madrid (Tecnos), 1990, *passim*.

³⁶ LACRUZ-RIVERO, *op. cit.*, p. 334. Cfr. SS de 31 de enero de 1991 y 9 de junio de 1997, sobre invalidez de la autocontratación.

³⁷ LACRUZ-RIVERO, *op. loc. cit.* (con cita de DE CASTRO, ROCA SASTRE, ALBALADEJO, DÍEZ-PICAZO, en el mismo sentido, a favor de la ratificabilidad); también COLÁS-ESCANDÓN, «La incidencia de la ratificación en diversas figuras (Propiedad Horizontal, Fundaciones, Sociedades, etc.)», *Aranzadi Civil*, núm. 15 (diciembre de 2001), pp. 55 ss. En Derecho alemán, SCHILKEN equipara a la actuación del *f. p.* la del representante que pretenda realizar el contrato para sí mismo y en nombre ajeno sin el poder o autorización pertinente (STAUDINGER-SCHILKEN, *Kommentar zum BGB*, Berlín, 2001, *ad* § 179, núm. 6).

rator frente a un cocontratante, ya que lo es en este caso, también, el representado.

4. CASOS ESPECIALES

4.1 Legislación mercantil

Por razones específicas y exigencias del tráfico mercantil –seguridad del mismo, protección de terceros que confían en la apariencia (documental o fáctica)–, contempla la legislación mercantil supuestos de representación sin poder en que queda vinculado directamente el *falsus procurator* frente al tercero; solución y tratamiento específico que hace excepción a la regla general de Derecho civil. Hay dos, entre aquéllos, que quiero destacar con su cita legal, sin más comentario: A) *Letra de cambio*. El artículo 10 de la Ley Cambiaria y del Cheque (19/1985, de 16 de julio) dice a este respecto: «El que pusiere su firma en una letra de cambio, como representante de una persona sin poderes para obrar en nombre de ella, quedará obligado en virtud de la letra. Si la pagare, tendrá los mismos derechos que hubiera tenido el supuesto representado. Lo mismo se entenderá del representante que hubiere excedido sus poderes, sin perjuicio de la responsabilidad cambiaria del representante dentro de los límites de su poder». B) *Comisión mercantil*. El artículo 247 CCom, tras prescribir que el comitente manifestará que contrata en nombre del comitente o lo hará constar en la antefirma si el contrato es por escrito, añade que «quedará obligado con las personas con quienes contrató, mientras no pruebe la comisión si el comitente la negare» (cfr. art. 1725 CC).

4.2 Personas jurídicas en vía de constitución

Un régimen específico³⁸ de responsabilidad tienen las personas jurídicas en vía de constitución, de las que se ocupan varias leyes especiales con particular referencia a la no inscripción de las mismas en el registro correspondiente. Me ocupo ahora de ellas.

³⁸ Si la persona jurídica se halla correctamente constituida, su régimen de responsabilidad se rige por las normas correspondientes, en los términos vistos para la sociedad civil, artículo 1697 CC; véanse también artículos 128 y 129 LSA y 62 y 63 LSRL, y artículo 124 Regl. R. Merc.; y artículo 15 de la Ley de Asociaciones; asimismo, RR DGRN de 24 de noviembre de 1985, 15 de mayo de 1990 y 5 de junio de 1991. En caso de que el representante carezca de poder suficiente incurrirá en la responsabilidad frente a tercero según el esquema conocido.

A) *Sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada*

Del artículo 15 LSA (RD Legisl. 1564/1989, que aprobó su Texto refundido) y del artículo 11.3 LSRL (2/1995, de 23 de marzo) –que se remite a la anterior–, se deduce que no responde la sociedad de ciertos actos que menciona³⁹. Mas nada impide que la propia sociedad asuma *a posteriori* esos actos para los que se carecía de legitimación, o que ella los «accepte». Esa asunción *a posteriori* o esta «aceptación» son una especie de ratificación por el principal del acto ineficaz por falta de autorización previa, con más claridad en los dos primeros casos; también en el tercero, aunque el legislador emplee otro término⁴⁰. ¿Qué ocurrirá si no llega esa ratificación? Evidentemente, esos actos no son eficaces para la sociedad –salvo cuando de ellos deban responder solidariamente quienes los hubieran celebrado (art. 15.1 LSA)–. En consecuencia, esos gestores no legitimados o extralimitados (verdaderos *f. p.*) deberán responder frente al cocontratante frustrado en los términos conocidos⁴¹.

B) *Asociaciones*

El artículo 10.3 de la estatal Ley de Asociaciones 1/2002, de 22 de marzo, poco o nada dice por lo que aquí concierne. Más explícita es la Ley catalana 7/1997, de 18 de junio, «de asociaciones», cuyo artículo 11 hace responsables frente a terceros a los promotores y fundadores y a los que hayan establecido cualquier relación jurídica con terceros que actúen en nombre de la asociación no inscrita atribuyéndose la representación de ésta; responsabilidad que cesa si la inscripción se solicita en cierto plazo y la asociación acepta las obligaciones (núm. 2). Esa responsabilidad frente a terceros (de tales personas, y no de la asociación) por una representa-

³⁹ Se trata: *a)* de los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el RM si su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y posterior asunción de los mismos por la sociedad; *b)* por los actos y contratos realizados por los administradores traspasando las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados por las personas designadas por todos los socios excediéndose del mandato específico; *c)* por los actos que no quedando obligada legalmente la sociedad, no acepte ésta dentro de cierto plazo. Por esos actos, digo, no responde la sociedad, en principio: en los dos primeros supuestos porque no había legitimación suficiente, y en el tercero porque no ha aceptado la sociedad aquellos actos por los que ella no queda legalmente obligada.

⁴⁰ COLÁS-ESCANDÓN, «La incidencia de la ratificación en diversas figuras», *loc. cit.*, p. 40; y Sentencia de 8 de julio de 1991. Véase también, entre la bibliografía especializada, ALONSO UREBA, «La sociedad en formación», en *Derecho de Sociedades Anónimas. La fundación*, Madrid (Civitas), 1991, t. I, pp. 523 ss.

⁴¹ En el mismo sentido, COLÁS-ESCANDÓN, *obra últ. cit.*, p. 40 (habla de «responsabilidad precontractual» del representante frente a tercero).

ción que no tienen, pero que se atribuyen, si no aceptada por la asociación, debe comprender no sólo la contractual (obligaciones contraídas) sino la de los perjuicios habidos por la no vinculación de la asociación frente a terceros. Esto no difiere mucho de la responsabilidad del falso representante que conocemos. Pienso que en el marco de la Ley estatal las cosas pueden y deben funcionar de forma semejante.

C) *Fundaciones*

Según el artículo 13 de la Ley de Fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre, otorgada la escritura fundacional y antes de la inscripción en el Registro de Fundaciones, el patronato realizará, entre otros, los actos indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora, los cuales se entenderán asumidos por la fundación cuando obtenga personalidad jurídica; y transcurridos seis meses sin haberse instado la inscripción, los patronos responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación «y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción» (cfr. arts. 12 y 13 de la Ley catalana de Fundaciones de 2001). Los actos de los patronos que excedan de lo que aquella norma prevé no vinculan a la fundación, y de ellos responderán quienes los han contraído en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción. Se trata, pues, de una responsabilidad del tipo que aquí estudio: hay actuación representativa («en nombre de la fundación») con extralimitación respecto de lo permitido para obligar a la fundación⁴².

III. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE ESTA RESPONSABILIDAD

1. COORDENADAS JURÍDICAS RELEVANTES

a) *Relación interna y responsabilidad del falsus procurator*

La responsabilidad de éste por la frustración del negocio que preparaba para el *dominus* no se confunde con la que puede haber en la relación representante-representado, de la que, en principio, es independiente; no está condicionada por posibles irregularidades en esta última relación. Por ello, puede haber lugar a responsa-

⁴² Cfr. COLÁS ESCANDÓN, «La incidencia de la ratificación», *loc cit.*, pp. 45 ss.

bilidad del falso representante frente al cocontratante incluso si el encargo fue correctamente cumplido respecto del *dominus*⁴³. En consecuencia, a la hora de justificar y explicar la naturaleza de la responsabilidad del *f. p.* hemos de prescindir –de nuevo en términos generales– de esa relación interna (de mandato u otra) y centrar la atención en la conducta del representante y en su directa relación con el cocontratante, tratando de evitar interferencias racionales y normativas que puedan alterar el discurso jurídico y las soluciones buscadas. Subrayo esto con cierta insistencia por los riesgos que crea. El papel que aquí desempeña el pseudo-representado se limita, por ahora, a la no ratificación del contrato (en su caso, a los efectos limitados de una ratificación tardía por retroactividad relativa); sólo excepcionalmente podría incurrir él mismo en responsabilidad del tipo que aquí interesa; incluso resultar perjudicado; pero en tal caso su papel es distinto.

b) *Autonomía jurídica del representante*

La responsabilidad que nos ocupa es la de una persona, el representante, que goza de autonomía y discrecionalidad en su actuación representativa (la que le da el poder o legitimación de que goza), tanto en la realización del negocio como en la determinación de su contenido efectual. Ese es un dato importante en lo que aquí concierne, porque sitúa esta responsabilidad un tanto específica (en vía negocial pero por parte no negocial) dentro del esquema básico libertad-responsabilidad; y de ello resulta que el *falsus procurator*, usando mal de aquella libertad, excediendo los límites de su legitimación representativa, ha dado lugar directa o indirectamente a la frustración del negocio y al perjuicio consiguiente del cocontratante por el que deberá responder. Aunque no haya habido negocio perfecto (eficaz), funcionalmente ha habido representación, fenómeno representativo, del que aquella autonomía del representante es nota diferencial, frente a casos próximos –permite distinguir al representante del *nuntius*–, con la consiguiente responsabilidad (que es su reverso lógico).

c) *Interés protegido*

Un elemento relevante que contribuye a delimitar esta responsabilidad es el del o de los intereses protegibles, cuya vulneración da lugar a su exigibilidad. Ese interés en nuestro caso, basado en la

⁴³ Cfr. PETRELLI, *op. loc. cit.*, p. 505.

confianza, es, eminentemente (porque puede haber otros, aquí marginales), el del cocontratante frustrado en sus expectativas razonables –sólo en ese caso: confianza y expectativas razonables–, por no llegar a buen puerto el contrato representativo. La responsabilidad del falso representante y la indemnización es una forma de proteger su interés, pero no la única. Otra es la posibilidad que él tiene de desistimiento de ese contrato antes de la ratificación (lo que el artículo 1259.2.º llama «revocación por la otra parte contratante»). Mas el desistimiento es una posibilidad, un derecho potestativo⁴⁴ que el ordenamiento pone a su disposición, no una exigencia o medio legal único para dejar a salvo sus intereses; ni requisito previo para la reclamación de los perjuicios habidos por la no ratificación del *dominus*. No se cofunden, aunque no dejan de guardar importante relación.

Ese interés (lesionado) no sólo justifica la responsabilidad de que ahora se trata, sino que le da sentido institucional y especificidad, tanto en su fundamento cuanto en su alcance efectual; hasta el punto que cesa la responsabilidad en los casos en que el interés del perjudicado no es protegible –cuando éste actúa de mala fe (conociendo la falta de poder) o con negligencia inexcusable–. De ahí que la interpretación del fenómeno jurídico y de las normas aplicables deba ser teleológica, y que la ponderación de las variables subjetivas (conocimiento o no de la falta de poder, buena o mala fe, diligencia o negligencia habidas) sea en función del interés protegido eminente. Paralelamente, por la misma razón, el discurso jurídico deberá ser más próximo a una especie de jurisprudencia de intereses que a una clásica jurisprudencia de conceptos.

d) *Comportamiento ilícito versus función de garantía*

En otro orden de cosas, dos parámetros jurídicos e ideas fundamentales presiden el debate sobre la explicación y el régimen jurídico de la responsabilidad del representante sin poder: la del *comportamiento ilícito* de los sujetos (del falso representante, sobre todo) y la de *función de garantía* (de la eficacia o llegada a buen fin del contrato iniciado). En este último aspecto se habla, como veremos, de responsabilidad *ex* confianza y de distribución de riesgos⁴⁵.

Obsérvese que el debate y la tensión «ilicitud» *versus* «garantía» sobre el fundamento de esta responsabilidad no se aleja mucho de la

⁴⁴ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «El desistimiento unilateral ...», *loc. cit.*, pp. 2918 ss.

⁴⁵ FLUME, obra citada, p. 933; SCHRAMM, *Münchener Kommentar zum BGB*, München (Verlag C.H. Beck), 2001, *ad* § 179, núm. 2, p. 1778; y SCHILKEN, *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin, 2001, *ad* § 17, núm. 2, p. 181.

más general dialéctica responsabilidad *por culpa*/responsabilidad *por riesgo* que hoy inunda la explicación (justificación) de la responsabilidad extracontractual, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia⁴⁶. Es decir, la oposición *subjetivo vs. objetivo* (concepción, elementos, interpretación normativa), tan clásica y conocida en el ámbito de la responsabilidad. Esas acepciones y esta oposición van a gravitar notablemente sobre todo el razonamiento jurídico en esta materia.

Tras ese planteamiento general, paso a examinar sucintamente (otra cosa no es posible ahora) las posiciones legales y doctrinales mejor definidas y más relevantes sobre el fundamento y naturaleza de la responsabilidad del falso representante.

2. ¿RESPONSABILIDAD POR CULPA?

Esta es la explicación inicial en la doctrina francesa, y en la española no reciente. En aquélla es congruente con la visión culpabilista de la responsabilidad extracontractual dominante en Francia en el siglo XIX a partir de los artículos 1382 y 1383 del *Code* y de la contemplación de la representación en el marco del contrato de mandato⁴⁷. La doctrina más reciente relaciona la indemnizabilidad del tercero (de buena fe) por la actuación del *f. p.* a partir del artículo 1997 del *Code*, interpretado *a contrario*⁴⁸.

Así discurrieron también en nuestro país García Goyena y los primeros comentaristas del Código, como Manresa, y luego Pérez González y Alguer⁴⁹. También cierta jurisprudencia no reciente (SS de 9 de diciembre de 1944 y 29 de abril de 1969).

En el mismo sentido, algún autor italiano en razón de su visión culpabilista de la cuestión: Cariota-Ferrara. Otro sector se inclina por ver en la actuación del *f. p.* directamente una responsabilidad aquiliana, y en el artículo 1398 CC ital. la norma que determina la

⁴⁶ Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid (Civitas), 1999, pp. 27 ss.

⁴⁷ Esa perspectiva no es ajena a la explicación que dio BERTRAN DE GRENOUILLE (ante el Tribunalado, 6 de febrero de 1804) de la responsabilidad (que después recogieron los arts. 1382-1383) de que toda persona es garante de sus hechos y de que si un acto causa daño a otro hay obligación de repararlo. Lo recuerda Díez-PICAZO (*Derecho de daños*, cit., p. 82).

⁴⁸ Véase, a título de ejemplo, LAURENT, *Principes de Droit civil*, t. XXVIII, Bruselas, 1878, pp. 79 ss. Entre los autores modernos, cfr. WEILL-TERRÉ, *Droit civil. Les Obligations*, París, 1986, p. 79. Cfr. también S. Cour Cass com. 17 de junio de 1977 (*R. T. Dr. civ.*, 1998, p. 113), que subordina la responsabilidad del mandatario a la violación de una obligación general de prudencia y de diligencia.

⁴⁹ MANRESA, *Comentarios al Código civil*, t. XI (ed. 1920), p. 537; p. 725 en la ed. de 1972 (a cargo de J. M. BLOCH); y PÉREZ GONZALEZ y ALGUER, *op. loc. cit.*, p. 511.

entidad del resarcimiento del daño sufrido por haber confiado el cocontratante en la validez del contrato⁵⁰.

Mas esa explicación ha dejado de ser dominante: no es hoy convincente o, al menos, no es suficiente, porque está pensada (en nuestro país) para una interpretación culpabilista del artículo 1902 CC y, por lo que afecta a esta materia, fundamentalmente para la actuación del mandatario en vista del artículo 1725 CC; y el supuesto que aquí interesa va más allá y atiende a otras hipótesis; amén de estar superada por criterios objetivistas de responsabilidad que inundan los sistemas jurídicos modernos (también el nuestro), y otras exigencias de orden práctico que no pueden ser ignoradas (prueba de la culpa del representante, desprotección del cocontratante en el caso de que no haya culpa en el *falsus procurator*). Por otro lado, el ser autor del ilícito es, en lo que aquí concierne y en los ordenamientos modernos, sólo uno de los criterios posibles de imputación de responsabilidad: el problema no es tanto de culpa sino de incumplimiento en unos casos, de causalidad de daños injustificados, en otros⁵¹. Se trata, en fin, de la insuficiencia de la visión subjetivista de la responsabilidad, en general, y más aquí, donde la protección de ciertos intereses tiene una destacada *vis atractiva*, que desborda aquel criterio.

3. ¿CULPA IN CONTRAHENDO?

Esta explicación proviene, sustancialmente, de la doctrina alemana desde antes de la promulgación del BGB. Ya Laband –no, en cambio, Ihering, su primer mentor– había relacionado esta responsabilidad con la *culpa in contrahendo*, basada en el deber de lealtad y buena fe exigible en la fase de formación del contrato, y aplicado su régimen a la comunicación al cocontratante del apoderamiento y a la situación de conocimiento o desconocimiento del defecto de poder⁵². Es opinión frecuente todavía en la doctrina posterior al BGB, no obstante su § 179, con explicaciones varias dentro de esa línea (responsabilidad *ex* confianza, etc.). Dígase lo mismo de la doctrina suiza acreditada⁵³.

⁵⁰ CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, cit., p. 664; CARRESI, «In tema di difetto e di abuso di rappresentanza», *R. D.Comm.*, 1951-I, pp. 210 ss.; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, t. I (Torino, 1962), pp. 392 ss.; BESONE, *op. loc. cit.*, p. 382; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano (Giuffrè), 2001, p. 301.

⁵¹ Cfr. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, t. II, Madrid (Civitas), 1996, p. 578; PETRELLI, *op. loc. cit.*, pp. 500 y 502 ss.

⁵² «Die Stellvertretung bei dem abschluss von Rechtsgeschäften ...», *loc. cit.*, pp. 234 ss.

⁵³ Cfr. PROTET, obra citada, p. 71

También en la doctrina italiana, donde es predominante, en cuanto considera la del *f. p.* una forma o variante de la responsabilidad precontractual, y en su jurisprudencia⁵⁴.

Igualmente en la doctrina española reciente, de forma mayoritaria, que califica, en general, la responsabilidad del falso representante como precontractual o *c. i. c.*⁵⁵.

En términos generales, el supuesto de hecho aquí contemplado se adecua bastante bien, *prima facie*, al de la responsabilidad o culpa *in contrahendo*, habida cuenta de la construcción doctrinal (la legal, sólo en algunos ordenamientos) y jurisprudencial de la misma, y dado que se trata de una negociación que, por problemas en ese estadio jurídico, no llega a ser contrato, por lo que es difícil hablar de responsabilidad contractual. A su vez, el principio del *neminem laedere* del artículo 1902 CC es demasiado general para dar él solo, sin otra concreción, contestación cumplida o satisfactoria a la cuestión planteada (aunque su propia generalidad permite comprender todos los casos de lesión de intereses ajenos: también éste). En principio, pues, la justificación genérica de la culpa *in contrahendo* no es del todo ajena a nuestro caso (de ahí las muchas adhesiones de que goza). Las ideas de buena fe, lealtad en los tratos y deber de advertencia al cocontratante de la ausencia o insuficiencia del poder, etc., son comunes a una y otra responsabilidad, y facilitan el razonamiento jurídico y la adecuación normativa.

Mas la cuestión es un poco más compleja. La falta de solución legal en nuestro ordenamiento para una y otra permite más libertad de calificación (y la dificulta). Además, aun generada la responsabilidad en el curso de la gestación de un contrato, hay una especificidad en la actuación del *f. p.* (su posición irregular de actor no legitimado, ya *ab initio*) que no se produce en los supuestos más típicos de la *c. i. c.* Pienso, por ello, que la responsabilidad del representante sin poder no se resuelve satisfactoriamente en el marco de la precontractual: los perfiles de ésta son poco definidos

⁵⁴ Cabe citar, entre esa doctrina, a G. VISINTINI, *Della rappresentanza*, Bologna-Roma, 1993, pp. 316 s; G. DE NOVA, *La rappresentanza* (vol. II del *Trattato di Diritto privato*, dir. Rescigno), Torino, 1995, p. 440; V. ROPPO, *op. cit.*, p. 301; DE MARTINI, «Invalidità del contratto del falsus procurator e interesse contrattuale negativo», *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1949, p. 295; BENATTI, «Contratto concluso dal falsus procurator e responsabilità del dominus», *Riv. Dir. Comm.*, 1959-II, p. 344; M. MEARELLI, «Responsabilità extracontrattuale, culpa *in contrahendo*, rappresentanza senza poteri», *Riv. Notariato*, 1978, pp. 1098 ss. En la jurisprudencia, cfr. SS. Cass. Civ. 4581/1976 (9 de diciembre), 2945/1986, 5170/1986 y 6669/1988.

⁵⁵ M. ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, p. 917; C. ASUA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, Bilbao, 1989, pp. 274 ss.; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid (Tecnos) 1991, pp. 199 ss; DíEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema*, cit., t. II (ed. 1988), p. 83; DíEZ-PICAZO, en *La representación*, cit., p. 225, habla también de «daños precontractuales» y del interés negativo indemnizable; SERNA MEROÑO, *ad* artículo 1259 CC, *Comentarios EDESA*, cit., p. 527; con anterioridad, ROCA SASTRE-PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho privado*, t. I, Madrid, 1948, p. 476.

en Derecho español, la tipología es distinta, las consecuencias de una y otra no siempre coinciden, y el fundamento de la culpa *in contrahendo* (sustancialmente, la buena fe y la lealtad en los tratos y preparación del negocio) es en algún caso concreto insuficiente para explicar no pocos aspectos y supuestos⁵⁶ en que el falso representante debe responder de los perjuicios irrogados, lo que reclama una consideración menos subjetivista. Diré más: creo, incluso, que la *c. i. c.* y la responsabilidad del falso representante no son incompatibles, y que en algún caso (excepcional) pueden concurrir.

Obsérvese, por otro lado, que en los ordenamientos en que están reguladas una y otra, lo están separadamente, y los criterios por los que se rigen son también distintos, subjetivo para la *c. i. c.*, objetivo para la del representante sin poder⁵⁷.

4. RESPONSABILIDAD POR DEFRAUDACIÓN DE LA CONFIANZA

Como una variante e intento de superación de la teoría anterior —que también en otros sistemas jurídicos resulta insatisfactoria—, se ha apelado a la idea de responsabilidad *ex confianza*, cuando no basta la calificación de responsabilidad legal, que explica poco, o de responsabilidad especial. La idea de *confianza* («interés de confianza», «defraudación de la confianza») es manejada con frecuencia por la doctrina alemana⁵⁸ a la hora de intentar explicar la culpa *in contrahendo*⁵⁹.

Flume ha llevado esa idea y calificación de forma directa al ámbito de la representación sin poder. Para este autor, la responsabilidad del representante sin poder *ex* § 179 BGB es la de un garante; invoca en su apoyo la Exposición de Motivos del BGB, que hablaba de que esa responsabilidad «se asienta en cierta medida en una promesa tácita de garantía». Pero matiza y añade enseñanza: «Ahora bien, sin duda es una ficción considerar que el

⁵⁶ Hay, en efecto, varias hipótesis y muchos factores que pueden entrar en juego en la determinación de la responsabilidad del *f. p.*: buena o mala fe de éste y del cocontratante, conocimiento o no (de uno y otro) de la inexistencia o de los límites del poder, diligencia o no (de uno y otro, de nuevo) en ese conocimiento o en la comunicación de la falta de poder (art. 1725 CC), etc. La posición del cocontratante en este caso es de notable importancia no sólo en la existencia de esta responsabilidad sino en su alcance.

⁵⁷ Así, en el CC ital. (arts. 1338-1339 y 1398), BGB (§§ 122 y 179, respectivamente), CC suizo (arts. 55 y 101, frente al 39 C. Oblig.), *Principios DEC* (arts. 2301 y 3204, respectivamente).

⁵⁸ Cfr. FLUME, *op. cit.*, p. 933. Véase, con amplias referencias, GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 231; y ASÚA GONZÁLEZ, obra citada, pp. 61 ss.

⁵⁹ Ya antes POTHIER habló de *l'action de garantie* que tendría el comprador en el caso de que el mandante no se haga cargo de la venta realizada por el mandatario por un precio inferior del señalado por el mandante (*Traité du contrat de mandat*, cit., p. 145).

representante, con su actuación como tal, emite una promesa de garantía. Con la actuación en nombre ajeno, el representante afirma que tiene poder de representación. Este es el sentido obvio del obrar en nombre ajeno si el representante no declara que actúa sin poder de representación. La responsabilidad que el § 179 impone al representante significa que se le toma la palabra cuando afirma tener poder de representación. Debe responder como un garante respecto de la existencia del poder de representación que, por medio de su obrar como representante, ha afirmado tener». Para Flume la responsabilidad del representante sin poder no es por culpa *in contrahendo*: «el representante responde más allá de la culpa, y además esta responsabilidad presupone la celebración del contrato. Es una responsabilidad *ex lege* en cuanto que al representante se le demanda por su actuación en la celebración del contrato como garante por la existencia, afirmada incidentalmente, del poder de representación»⁶⁰. Insiste en las mismas ideas de «garantía» y de «responsabilidad por confianza», en interés de la seguridad del tráfico, K. H. Schramm; y, en general, la doctrina alemana toda⁶¹. En nuestro país, Gordillo Cañas ha asumido esa posición con sólidos apoyos⁶².

Ese razonamiento proporciona ideas que son también valiosas en nuestro sistema jurídico, más precisado de encontrar un fundamento y explicación a la responsabilidad del *f. p.* por cuanto huérfana de régimen legal. La idea de confianza suscitada por ese representante y luego defraudada, y su repercusión en la seguridad del tráfico jurídico, por general y razonable, no nos será ajena, y deberá ser conjugada con la del riesgo creado (de frustración, de perjuicios), la responsabilidad por riesgo de que hablan otros.

5. CONCLUSIÓN. MI IDEA ACERCA DE ESTA RESPONSABILIDAD

He dicho, y en parte razonado, que me parece insuficiente o inadecuado referir la responsabilidad de representante sin poder a la mera culpa *in contrahendo*. Son, pienso, cosas distintas. En esta

⁶⁰ Obra citada, p. 933. SCHILKEN, en el *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlín, 2001, p. 181, se refiere a cómo, según el § 179, el representante debe *garantizar* la veracidad de su legitimación, debido a la *confianzas suscitada* (con larga cita de doctrina y jurisprudencia).

⁶¹ K.H. SCHRAMM, *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., *ad* § 179, núm. 2, p. 1778. Véase amplias referencias en ASÚA GONZÁLEZ, obra citada, p. 150.

⁶² «Precisa y técnicamente —dice este autor, *op. cit.*, p. 231— la responsabilidad del representante es, pues, una responsabilidad *ex* confianza (*Vertrauenshaftung*) que, como tal, no llega a producirse ante quien no actúa de buena fe; esto es: que conozca o deba conocer la irregularidad de la actuación representativa.»

última hay una inicial corrección en la relación entre los contratantes (libertad de contratar o no, de discusión y tratos contractuales), que no se da en aquélla. Al que actúa en nombre e interés de otro le es exigible, en principio, que lo haga con la autorización suficiente para que el acto vincule a representado y tercero –el cual puede y debe atenerse a lo que diga o no diga el sedicente representante–; en otro caso esa actuación es incorrecta y traslada a ese tercero el riesgo de la frustración del negocio (por no ratificación del *dominus*). Se trata, pues, de cuestiones diferentes; el único elemento común es temporal (momento de los tratos). Hay, además, una mayor complejidad en la responsabilidad del *f. p.*, y los varios factores subjetivos que pueden influir en ella (buena o mala fe, conocimiento o no de la inexistencia o de los límites del poder, etc.) juegan también de forma diferente. Creo, por ello, que, calificación jurídica aparte (unitaria o no), la solución del problema (conflicto de intereses, responsabilidad, indemnización) no deba ser única⁶³. Por otra parte, la indemnización al cocontratante del interés negativo, típica de la *c. i. c.* puede ser en algún caso inadecuada.

Pienso, pues, que no valen ni bastan las soluciones simplistas ni la remisión a otras instituciones, incluida la que apela directamente a la culpa *in contrahendo*, que goza de más sufragios. Pero sí es posible razonar siguiendo un procedimiento lógico que permita al jurista (teórico y práctico) obtener un principio general y un régimen jurídico valiéndose de las contribuciones teóricas de la amplia y sutil construcción doctrinal en materia de responsabilidad, utilizadas con función instrumental en defecto de normas directas y a disposición de otras invocables (art. 1902 y demás CC).

Para clarificar un poco la cuestión acaso sea útil empezar por decir lo que la responsabilidad del representante sin poder *no es* (explicaciones que excluir). Me parece claro, por ejemplo, que *no se trata de responsabilidad contractual*, ya que no hay contrato, sino frustración del iniciado y no acabado –aunque haya habido opiniones valiosas que digan que sí⁶⁴–. Tampoco es suficiente remitir escuetamente esta responsabilidad al ámbito de la extracontractual, porque, demasiado general, sería necesario hacer alguna concreción. La del *falsus procurator* es una responsabilidad (un tanto) específica o exclusiva, que se parece o aproxima más a alguna otra conocida, en su variante de responsabilidad por defrauda-

⁶³ Obsérvese que el propio § 179 BGB prevé varias hipótesis, que sus comentaristas aumentan y subdistinguen. Igual ocurre en la doctrina italiana (práctica unanimidad) respecto del artículo 1398 del *Codice*.

⁶⁴ CARRASCO PERERA, coment. artículo 1101 CC, en *Comentarios EDERSA* (dir. Albaladejo), t. XV-1.º (Madrid, 1989), p. 431; y BADENAS CARPIO, *Apoderamiento y representación*, cit., pp. 217 ss.

ción de la confianza, pero con elementos y particularidades propios que la distinguen de otras, a los que hay que atender tanto o más que a lo general.

De todos modos, no es ya la naturaleza de la responsabilidad del representante sin poder, como calificación o categoría jurídica –especie de cajón o carpeta, de entre los conocidos, donde ubicarla–, lo que ahora me importa más (con ser interesante), sino en cuanto pueda conducir a determinar su régimen jurídico, especialmente importante en nuestro sistema jurídico a falta de específica regulación legal. A él me refiero *in extenso*, relacionándolo con cuanto dejo dicho, en el apartado VI.1. Anticipo aquí sólo que, en mi opinión, la del falso representante es, sustancialmente, una responsabilidad basada en la defraudación de la confianza suscitada y en el riesgo creado de frustración del contrato, cuya realidad ulterior comporta perjuicios para el cocontratante, y derivada de una actuación irregular o ilícita *ab initio* (gestión representativa no legitimada) que crea inseguridad en el tráfico jurídico, todo lo cual justifica un criterio normativo objetivista y la separa de la *c. i. c.*, con la que, además, creo que no es incompatible.

IV. SUJETOS IMPLICADOS EN ESTA RESPONSABILIDAD, Y PARTICIPACIÓN RESPECTIVA

1. SUJETOS RESPONSABLES

Pueden serlo el *representante* (subtipos varios) y excepcionalmente el *representado*.

1.1 El representante. Casos y condiciones subjetivas de su actuación

1.1.1 SUJETOS INCLUIBLES

Comprende, sustancialmente, los que vimos en el apartado II-1. En este momento hay que hacer ciertas precisiones respecto de algunos de ellos.

a) *El representante sin poder, o inexistencia absoluta de poder*

Es el caso más típico y caracterizado de *falsus procurator*, del artículo 1259.2.º CC⁶⁵. Aquí el representante carece, en absoluto,

⁶⁵ La Sentencia de 21 de marzo de 2003 ha dicho que la infracción del artículo 1259 CC no se produce porque el poder no conste en escritura pública (el precepto no lo exige); y que el artículo 1280 tampoco exige como forma constitutiva del poder el otorgamiento en escritura pública cuando se transmiten bienes inmuebles.

de legitimación para actuar e injerirse en la esfera jurídica ajena: de ahí la no vinculación del representado y luego la frustración del contrato (si no hay ratificación). Este supuesto comprende en primer lugar la ausencia absoluta de legitimación por total inexistencia de poder de cualquier origen (incluido el mandato representativo). A él cabe asimilar el del (falso) representante de un representado inexistente, o si ha dejado de existir, o se trata de persona inventada por aquél⁶⁶; también el de la persona jurídica inexistente, que no llega a serlo nunca (porque si existe a tiempo para la ratificación, ésta sana el negocio y la actuación del *f. p.*) (cfr. S 14 de junio de 1974). En cuanto a la persona jurídica en vía de constitución que no ha adquirido todavía personalidad, habrá que atenerse a las normas particulares (de sociedades anónimas, asociaciones, fundaciones) que regulan tal situación (cfr. apartado II.4.2). En la doctrina alemana se aplica por analogía el § 179 BGB al negocio representativo realizado «para quien corresponda» o «por persona a designar» si el representante se niega a revelar el nombre del representado y el negocio se frustra por este motivo⁶⁷. Parece aceptable esa solución para el Derecho español.

Al representante sin poder cabe asimilar el sedicente sustituto que le desplaza –sustitución en el poder o en el mandato por transmisión, donde sigue siéndolo el apoderado sustituido– y el subapoderado (con delegación total o parcial de funciones) al que falta el poder –o sobrepasa los límites del poder o de la sustitución–; todo ello sin perjuicio de la responsabilidad del propio apoderado o mandatario, en su caso.

b) *Representante (mandatario) que prolonga su representación (mandato), extinguido el que hubo*

Extinguido por cualquier causa hábil y eficaz el poder o el mandato –trato las dos situaciones, conjuntamente, por asimilables: cfr. artículo 1732 CC–, el representante (mandatario) deja de estar legitimado, carece de facultad de injerencia en la esfera jurídica del *dominus* y su acto representativo, en el esquema funcional de la representación voluntaria, no puede ser eficaz para éste. Ello ocurre así para proteger a este último y sus intereses de actuaciones no

⁶⁶ Cfr. FLUME, *op. cit.*, p. 935; y STAUDINGER-SCHILKEN, *op. cit.*, ad § 179, núm. 22, p. 189.

⁶⁷ K. H. SCHRAMM, *Münchener Kommentar zum BGB*, ad § 179, núm. 15. Este mismo autor dice aplicable por analogía el § 179 en el caso en que el representado no tenga capacidad negocial plena y el representante ha ocultado este hecho al cocontratante (y éste desconoce tal incapacidad), si luego no ratifica el representante legal de aquél (ad § 179, núm. 12 y 25). Cfr. también FLUME, *op. cit.*, p. 931.

legitimadas jurídicamente (cfr. art. 1259.1.º CC). Mas la extinción del poder puede haberse producido en el marco de una relación con el tercero sin que el representante o el tercero (cuando el poder o mandato se haya dado para contratar con él) haya tenido noticia de esa terminación de la legitimación del representante y sigue confiando de buena fe en que subsiste el poder: la protección de esa apariencia y de la buena fe impone la prolongación de su eficacia y la vinculación del poderdante (cfr. arts. 1734 y 1738). Por ello, la responsabilidad del ya falso representante solo puede tener lugar en dos casos: si extinguido el poder, sin más, no hay ratificación del principal; y si no hay la vinculación del *dominus* en los casos recién aludidos *ex* artículos 1734 y 1738.

c) *El albacea*

La doctrina alemana se plantea la aplicación por analogía del § 179 BGB a los albaceas en caso de nulidad del testamento que los nombró o de actuación una vez extinguido el cargo⁶⁸. Nada hay previsto (ni dicho por nuestra doctrina) en Derecho español, donde el albacea tiene una particular naturaleza y posición jurídica (aparte la de ejecutor testamentario): no es, ciertamente, representante del testador ni de los herederos; sin embargo, recibe facultades de gestión y de disposición del testador que lo nombra (art. 901 CC) –además de las legales– que le habilitan para obrar en relación con los bienes dejados por el testador en nombre propio pero en interés de otro (Lacruz); y llega a aplicársele por analogía normas relativas al mandato (Albaladejo); también la jurisprudencia (amplísima y variada, con atribución de función representativa de la herencia)⁶⁹. En esa inteligencia, es evidente que el albacea, en el ejercicio de su cargo, asimilado funcionalmente al mandato, puede traspasar los límites del encargo conferido; incluso puede actuar cuando no tiene validez (testamento nulo) o se ha extinguido (art. 910 CC); todo lo cual puede dar lugar a la ineficacia del acto realizado sin legitimación con otra parte, cuya frustración, salvo ratificación de los herederos (cuando sea posible), originará una responsabilidad del albacea frente al cocontratante muy semejante (si no idéntica) a la del *falsus procurator* –en el sentido amplio que conocemos–, por lo que cabe incluirlo entre las personas responsables que aquí interesan.

⁶⁸ SCHRAMM, *op. loc. cit.*, núm. 7, pp. 1779-1780; y SCHILKEN, en *op. cit.*, *ad* § 179, núm. 25.

⁶⁹ Cfr. LACRUZ *Derecho de Sucesiones*, t. I, Barcelona (Librería Bosch), 1976, p. 491; ALBALADEJO, *El albaceazgo en el Derecho español*, Madrid (Tecnos), 1969, *passim*; PUIG FERRIOL, *El albaceazgo*, Barcelona, 1967.

d) *Representante (mandatario) que se extralimita*

Se entiende por límites del poder (mandato) la extensión de las facultades conferidas por el *dominus negotii* en orden a la gestión encomendada, o ámbito de legitimación de la actuación o injerencia en el patrimonio del principal, más allá del cual el representante no queda legitimado (arts. 1714 y 1715). Los límites del poder (y del mandato) vienen definidos por la voluntad del poderdante, en términos más o menos explícitos, en forma negativa (lo que el representante no podrá hacer: no vender, no transigir), o en forma positiva (indicando el acto concreto para el que se le faculta, o con declaración genérica de facultades). En ese contexto, si el representante traspasa esos límites o frontera exterior de su legitimación, carece de ella, y en lo que se haya excedido no queda inicialmente obligado el principal: sólo si y cuando éste lo ratifica expresa o tácitamente (art. 1727.2.º CC).

Aun equiparadas aquí a efectos de responsabilidad, la extralimitación genera una situación distinta (no siempre idéntica) a la de ausencia absoluta de poder, porque la primera puede permitir la escisión del contrato y dar lugar a una ineficacia sólo parcial del negocio representativo (y, paralelamente, a una ratificación parcial), en cuyo caso la responsabilidad del falso representante afecta sólo a la parte del negocio que ha sido ineficaz; y puede también comprometer al representado, en virtud de la relación interna⁷⁰, sin perjuicio de otras responsabilidades de este último (que diré).

Cuándo hay aquella extralimitación puede resultar difícil de establecer a veces: ello dependerá de los términos del poder y del encargo, del margen de libertad dejado al representante y de las circunstancias concretas que rodeen el negocio. El problema se reducirá en la mayor parte de los casos al de la interpretación de la voluntad del poderdante y del poder o mandato en el contexto relacional pertinente⁷¹; y se cruza con frecuencia, además, con el de la distinción entre *límites* del poder e *instrucciones* dadas por el principal para el desempeño de la gestión encomendada; cuestión discutida y discutible⁷².

⁷⁰ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «Naturaleza y situación...», *op. loc. cit.*, p. 1063; y SERNA MEROÑO, *op. loc. cit.*, p. 530.

⁷¹ Cfr. BADENAS CARPIO, *op. cit.*, pp. 137 ss., y RR de 18 de octubre de 1989 y 14 de marzo de 1996.

⁷² En este punto –que abordo muy limitadamente, y a los solos efectos de este trabajo– hay varias posiciones doctrinales: a) La que entiende que los *límites* se refieren al objeto del encargo y a las facultades concedidas al mandatario para comprometer u obligar la esfera jurídica del principal, afectantes a la relación externa, y las *instrucciones*, a la forma de cumplir el encargo y afectan (eminentemente) a la esfera interna; los límites deberán existir en todo caso y no eliminan la discrecionalidad del representante en cuanto

e) *Socio que se extralimita de sus poderes*

Para que la actuación negocial del socio gestor, en la sociedad civil, obligue, vincule a ésta frente a terceros es necesario –como vimos en II.1.d)–, según previene el artículo 1697 CC, que aquél obre con el carácter de tal, por cuenta de la sociedad, que «tenga poder para obligar a la sociedad en virtud de un mandato expreso o tácito» y que el socio «haya obrado dentro de los límites que le señala su poder o mandato»: es decir, que tenga legitimación suficiente y use correctamente de ella. Puede observarse que el esquema funcional de esta actuación del socio por y para la sociedad civil es el típico de la representación directa⁷³, y que en caso de extralimitación del mismo no queda obligada la sociedad y el acto extralimitado es inoponible o ineficaz para esta última (art. 1698.2.º CC), a menos que sea ratificado (art. 1259.2.º, de aplicación general, y 1727.2.º)⁷⁴. En esa inteligencia resulta que si del acto extralimitado del socio no queda obligada la sociedad frente al cocontratante, la frustración de éste por la ineficacia del negocio, no ratificado a

la gestión sea más útil para el principal (art. 1715 CC), a diferencia de las instrucciones, que puede darlas o no el *dominus*. b) Para otro sector de la doctrina es artificial la distinción en los términos anteriores, y si BADOSA COLL (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, p. 524) sostiene que instrucciones y límites son términos correlativos, siendo las primeras fuente de los segundos, con dos funciones (las unas, actividad debida, los otros, actividad legítima), GORDILLO CAÑAS habla de distinción artificial entre unas y otros (*op. cit.*, pp. 86 ss.). c) Una tercera posición, con antecedentes antiguos, distingue entre las «instrucciones básicas» y expresas (con intención de establecer una limitación de facultades, restringiendo normalmente su ámbito y extensión), y las «instrucciones accesorias» o privadas (meras determinaciones volitivas accesorias, que afectan exclusivamente a las relaciones internas, y por las que el principal indica al gestor cómo debe llevar a cabo el encargo); en esa inteligencia, sólo las primeras participan de la naturaleza de los límites del mandato, al que afectan, y su trascendencia es idéntica.

Hay detrás de esos planteamientos distinciones demasiado formalistas y dogmáticas, muy ajenas casi siempre a cómo ve las cosas quien otorga mandato o poder. El que así hace puede expresar límites e instrucciones de maneras muy diferentes; la forma de definir el encargo puede quedar diseñada en buena medida por medio de las instrucciones o *modus operandi* que el principal sugiere o desea o impone. En la definición del objeto del encargo, de los límites (obligaciones asumibles por el *dominus*), condiciones mínimas y demás, intervienen voluntades que se expresan de manera variable, no sólo en el aspecto técnico-jurídico (donde cabría distinguir, en abstracto, límites frente a instrucciones) sino en la exteriorización real de sus voluntades, con significantes, terminología y expresiones muy variadas. En última instancia, el problema jurídico será casi siempre de interpretación de voluntades concretas y de un material contractual en el que con frecuencia no será fácil encontrar lo que los juristas llaman (y no de manera unívoca) «límites» e «instrucciones» del mandato. En esa inteligencia cabe aceptar en principio, para muchos casos, que las instrucciones «básicas» puedan definir también los límites del mandato o del poder y deban quedar sometidas a su régimen jurídico: su infracción determinará la ineficacia del negocio, salvo ratificación; con repercusión de que sean conocidas o no por el cocontratante, de la buena o mala fe de éste, etc.

⁷³ CAPILLA RONCERO, *Comentarios Código civil EDERSA* (dir. Albaladejo), t. XXI-2.º, Madrid, 1986, p. 529. Cfr. PAZ ARES, *Comentario del Código Civil*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, II, *ad* artículo 1697, p. 1480.

⁷⁴ CAPILLA, *op. loc. cit.*, p. 533. Cfr. también PAZ ARES, *op. loc. cit.*

posteriori (por hipótesis), lo coloca en la misma situación que la del artículo 1259.2.º, y determina responsabilidad de aquel socio frente a ese cocontratante verosímelmente perjudicado.

f) *Representante mancomunado que actúa solo*

Cuando se trate de representantes nombrados mancomunados, clara y directamente, la actuación de uno solo es insuficiente, incompleta, sin duda. Para otro caso (simple designación plural), no dice nuestro CC cómo deban actuar los representantes o mandatarios: mancomunada o solidariamente. En principio habrá que estar a la voluntad del *dominus* (problema de interpretación). En su defecto, debiendo acudir, a falta de normas concretas –a diferencia de otros ordenamientos: el alemán y el italiano se inclinan por la actuación solidaria, el francés por la mancomunada–, a instituciones análogas en busca de una solución aplicable (donde tampoco hay criterio unánime), creo preferible considerar el mandato o el poder como mancomunado y no como solidario, y que los varios deban actuar de consuno y sólo valga lo que hagan todos conjuntamente o uno legalmente autorizado por los otros: cfr. artículos 897 y 895 CC, aplicables por analogía (frente a la posición contraria de los artsículos 1693 y 1695 CC, para la sociedad civil); solución que parece de mayor garantía y mejor protección para el representado⁷⁵. En conclusión: la actuación de un representante mancomunado (en uno u otro caso) que actúa solo ha de considerarse irregular (por ser incompleta su declaración representativa), e ineficaz el acto así realizado, salvo ratificación (cfr. S de 22 de octubre de 1999, muy oportuna y explícita)⁷⁶.

1.1.2 CONDICIONES SUBJETIVAS DE SU ACTUACIÓN (Y RESPONSABILIDAD)

A) Para que haya lugar a responsabilidad es necesario que la actuación del representante sin poder *sea representativa*, es decir, que actúe frente al tercero en calidad de representante; debe haber actuado así al menos de forma concluyente⁷⁷, dando a entender

⁷⁵ Díez-PICAZO, *La representación*, cit., pp. 80-81.

⁷⁶ Es la solución que se aplica a este caso en Derecho alemán (§ 177 ss. BGB) (Cfr. FLUME, obra citada, p. 913). Menciona este caso POTHIER (*Traité du contrat de mandat, Oeuvres*, t. VI, París, 1825, p. 149), entre los varios que presenta: aquel en que *le mandataire a excédé son pouvoir (et que ce qu'il a fait n'oblige pas le mandant*, añade).

⁷⁷ Es lo que la doctrina alemana llama «principio de franqueza (o de sinceridad)» [*Offenheitsprinzip*]: cfr. SCHRAMM, *MüKo*, ad § 179, núm. 19; y SCHILKEN, en *op. cit.*, ad § 179, núm. 5.

que lo hace *alieno nomine* (heteroeficacia), aunque no exprese abiertamente la identidad del representado. Ya dije que quedan excluidos de la responsabilidad que ahora abordo los supuestos de representación indirecta (donde hay representación, porque se actúa en interés del representado) –para la que quizá no deba excluirse radicalmente la posibilidad de ratificación, sin embargo—. Por la misma razón, y ahora con más energía, no habrá lugar a responsabilidad por la frustración del contrato si el representante actúa en interés propio y al margen de toda representación –lo explicita él mismo, o quepa deducirlo de hechos concluyentes–, porque en este caso deja de ser representante y queda directamente obligado frente a la otra parte contratante, y es en ese terreno donde deben resolverse los problemas entre los dos contratantes (de cumplimiento o no del contrato, responsabilidad contractual, que no es la que aquí interesa).

B) En un segundo aspecto, trasciende a esta responsabilidad la posición subjetiva del *falsus procurator*: (i) de un lado, su responsabilidad está condicionada por su propia capacidad negocial: no será responsable cuando no la tenga, o la tenga limitada y no haya habido el complemento pertinente (es decir, según las reglas generales); dígase lo mismo en caso de declaración de voluntad viciada del *f. p.*, en que éste podrá oponerse a la pretensión de indemnización; (ii) por otra parte, las varias circunstancias (ya conocidas) pueden ser tomadas en consideración a tal efecto: según que representante y cocontratante conozcan o no la ausencia o los límites del poder, que el primero haya hecho saber al segundo los límites de su legitimación, la actuación de buena o de mala fe de uno y otro, y demás –a ellas se refiere directamente el § 179 BGB (y otros ordenamientos), con diferentes soluciones y efectos–; (iii) dado que de los perjuicios que cause al margen de su falta de poder responde según las reglas generales, en algún caso puede incurrir el *f. p. en c. i. c.* (por ejemplo, cuando él mismo haya creado en la otra parte una confianza especial en la celebración del contrato, independientemente de la implícita de su falsa representación), conjunta o alternativa a la que le es propia o específica⁷⁸.

1.2 *El representado*

Casos y condiciones en que puede resultar responsable. En principio, dado el planteamiento de la cuestión y mecánica funcional de la representación, el representado no debe resultar responsa-

⁷⁸ Cfr. FLUME, *op. cit.*, pp. 927-928.

ble por la actuación del *falsus procurator*. Sin embargo, excepcionalmente, puede tener responsabilidad frente al cocontratante (según los esquemas y principios de la responsabilidad, incluido el de la *c. i. c.*) por perjuicios derivados de la frustración del contrato representativo:

a) Unas veces, por culpa propia, cuando con su actuación haya determinado la del *f. p.* (así, si se expresa de forma equívoca en cuanto a su relación con él), o si pudo haber evitado la extralimitación del representante –por ejemplo, retirándole o exigiéndole que devuelva el poder (documento), o advirtiéndole a la persona con quien vaya a contratar, si conocida, de la terminación del apoderamiento o mandato, o de su limitación– poniendo o extremando la diligencia debida (cuestión de negligencia inexcusable), unido ello a la confianza de la otra parte contratante que actúa de buena fe (cfr. SS de 17 de mayo de 1971 y 22 de junio de 1989). En este caso Flume ve una responsabilidad por *culpa in contrahendo*, y no representación aparente⁷⁹; posición razonable, válida en Derecho español.

b) Otras veces, la responsabilidad del representado puede ser por culpa del representante, que ha actuado incorrectamente (lo es ya la extralimitación del poder, o actuar careciendo del mismo) cuando éste pueda ser considerado como un auxiliar o colaborador dependiente del primero –sin perjuicio, en ocasiones, de la responsabilidad personal del propio representante–; también sería, la del representado, responsabilidad del tipo de la *in contrahendo*⁸⁰. Idéntica solución en Derecho alemán (Flume).

Pueden concurrir en algún caso y frente al mismo perjudicado la responsabilidad del *falsus procurator* con la del pseudo-representado. No son incompatibles dogmática ni legalmente, y es perfectamente verosímil su concurso, pues a la del segundo, menos clara, se puede unir en alguno de los supuestos apuntados la del primero, más frecuente y en casos mejor tipificados⁸¹. Sobre la posible solidaridad, cfr. apartado VII.6.

⁷⁹ Cfr. FLUME, *op. cit.*, p. 941; PIOTET, obra citada, p. 107. Véase también, con distinto planteamiento, G. MINERVINI, «Eccesso di procura e responsabilità del dominus», *Foro ital.*, 1947-I, cols. 387 ss. En la doctrina española, cfr. GORDILLO CAÑAS, coment. S de 22 de junio de 1989, *CCJC*, núm. 20, pp. 583 ss.

⁸⁰ Cfr. M. ALONSO PÉREZ, *op. loc. cit.*, p. 910; y F. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid (Civitas), 1994, pp. 89-91. Véase Sentencia de 1 de marzo de 1990, y su coment. por RODRIGUEZ MORATA, en *CCJC*, núm. 22 (enero-marzo 1990), pp. 326 ss.

⁸¹ Sobre esta cuestión, en Derecho italiano y con referencias al Derecho alemán, cfr. BENATTI, «Contratto concluso dal *falsus procurator* e responsabilità del dominus», *Riv. Dir. Comm.*, 1959-II, pp. 344 ss.

2. EL PERJUDICADO (ACREEDOR)

2.1 El cocontratante

Este es aquí el perjudicado por excelencia: «la otra parte contratante» (respecto del representado) del artículo 1259.2.º CC, cuyas expectativas se verán frustradas por la ineficacia del contrato y no ratificación por el *dominus*. Mas no siempre será acreedor (o no siempre de forma plena) por los perjuicios que verosíblemente pueda sufrir: ello va a depender de su propia conducta o posición subjetiva (buena o mala fe, conocimiento o no de la ausencia o extralimitación del poder, diligencia que haya puesto para tal conocimiento, etc.), de marcada influencia en este caso, más allá de su incidencia normal en otros tipos de responsabilidad.

La situación típica de este perjudicado es aquella en que el negocio por él celebrado con el *falsus procurator* no es ratificado por el pseudo-representado. Pero hay otra situación en que el cocontratante puede resultar perjudicado por la particularidad de tal negocio: es el caso en que por no ser absoluta la retroactividad de la ratificación y deber respetar los derechos adquiridos *medio tempore* por terceros (una servidumbre, un embargo), sea limitada la eficacia del negocio ratificado, no plena (por el respeto de esos derechos adquiridos). En este supuesto, los derechos del tercero protegido pueden minorar los efectos del negocio para el cocontratante (adquisición de la finca gravada con la servidumbre o el embargo aludidos), en perjuicio de este último. ¿Quién debe indemnizarlos? Parece, *prima facie*, que debe ser el *f. p.*, culpable de que el contrato no produjera efectos inmediatos y de que el tercero haya adquirido en el tiempo que media entre la contratación y la ratificación la servidumbre o el embargo que deben ser respetados en detrimento del adquirente por el juego y alcance limitado de la retroactividad.

2.2 El «*dominus negotii*»

También el pseudo-representado puede resultar perjudicado por la frustración del negocio que había encargado (mandato) o para el que había dado un poder determinado; frustración y perjuicios debidos a que el negocio no se ha realizado de acuerdo con el encargo o límites del poder, por lo que no lo ratifica y deviene ineficaz. Que aquellos perjuicios deben ser indemnizados (cfr. STS de 17 de octubre de 1932), parece indudable; y debe indemni-

zar el *f. p.*, cuya actuación extralimitada o mal cumplimiento del encargo ha originado la ineficacia del contrato y esos perjuicios. La cuestión, sin embargo, para el jurista –para el teórico aquí; para el abogado y el juez a la hora de fundamentar su reclamación o razonar la condena– radica fundamentalmente en determinar qué tipo de responsabilidad es y norma aplicable.

En ocasiones la responsabilidad del mandatario puede basarse en el cumplimiento defectuoso del mandato o encargo conferido (art. 1718 en relación con los 1714 y 1726 CC), en cuyo caso se tratará de responsabilidad contractual. Igualmente cuando se trate de otra relación contractual (arts. 1697 y 1698, o los pertinentes). Mas creo que también la mera relación poderdante-apoderado, aunque no haya mandato u otro contrato causal (situación infrecuente o difícil en la realidad), puede generar esa misma responsabilidad del *falsus procurator*, todavía del tipo contractual –recuérdese que ésta es entendida en sentido amplio por nuestra doctrina y jurisprudencia, aunque no esté basada estrictamente en un contrato válido (cfr. SS de 26 de enero y 9 de julio de 1984)–. En otro caso deberá basarse en el artículo 1902 CC (principio general del *neminem laedere*).

Creo, pues, que no es difícil justificar esa responsabilidad del representante sin poder frente al *dominus* perjudicado. En cuanto a su calificación, no comparto la opinión, aun valiosa, de Gordillo⁸², que parece exigir (si no he entendido mal) que deba haber siempre un negocio causal, o en su caso mandato o representación aparente (imputación objetiva), y siempre deba ser responsabilidad contractual. Puede ser de esta clase en el supuesto antes presentado; sí. Pero puede tratarse también de responsabilidad no contractual, sea *ex* artículo 1902 CC (ya sugerida) o precontractual, es decir, la típica del *falsus procurator* en caso de no ratificación, sin más. Y en este caso pienso que no es preciso, para que pueda reclamarse indemnización por perjuicios –como sugiere Colás Escandón⁸³– que el cocontratante no conociera ni debiera conocer la falta de poderes con la que actuó el falso representante, porque la responsabilidad frente al representado no deriva tanto de la relación con el cocontratante, sino de la frustración e ineficacia del negocio, de los perjuicios del *dominus*.

2.3 Terceros perjudicados

La no ratificación del contrato preparado por el falso representante puede afectar indirectamente a ciertos terceros que manten-

⁸² Obra citada, pp. 236 y 237.

⁸³ *La ratificación*, cit., p. 529.

gan una relación jurídica con alguna de las partes materiales de ese negocio de tal naturaleza que les legitime para interferirse con una pretensión jurídica, y que resulten perjudicados por la frustración e ineficacia del contrato. Se tratará, desde luego, de efectos indirectos, sean reflejos o de los llamados provocados, con esa doble presentación:

a) unos, por repercusión negativa (para el tercero) por mor de una conexión entre relaciones jurídicas: así, el caso del asegurador (del representado o del cocontratante) del cumplimiento efectivo del contrato de obra, cuya frustración puede obligarle a indemnizar —cfr. S de 16 de febrero de 1983, sobre un caso relativamente próximo—; o del fiador del pago a un acreedor que no se halle cubierto por el artículo 1158 CC (por ejemplo, eficaz sólo en parte), pago hecho por un representante sin poder suficiente y no ratificado por el deudor; incluso el caso de la persona que tiene concertado un subarrendamiento, siquiera sea como precontrato o como contrato condicionado a un arrendamiento concreto, que no llega a adquirir eficacia jurídica por la frustración del arrendamiento celebrado por el falso representante cuyo principal no lo ratifica luego;

b) en otros casos (de eficacia provocada, la llama Díez Pícazo), puede tratarse de un tercero cuya pretensión frente a una de las partes pueda basarse en un contrato de un representante sin poder que no deviene eficaz por la no ratificación del *dominus*.

En todos estos supuestos puede haber perjuicios para un tercero que, aun indirectos o reflejos, derivan de una actuación jurídicamente incorrecta del representante (su no legitimación), que éste debe indemnizar por las mismas razones que al cocontratante (eficacia directa) y con la misma juridicidad que aquel tercero tendría para pretender los efectos indirectos (los jurídicos, no los de mero hecho) resultantes de ese contrato, con el que su posición jurídica guarda relación.

V. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL *FALSUS PROCURATOR*

1. PRESUPUESTOS NORMATIVOS

a) *Actuación representativa del falso representante* (ya sugerida como condición subjetiva de su actuación: apartado IV.2.1.2). Debe tratarse de negociación *alieno nomine* apta *per se* para la conclusión de un contrato, es decir, que llegue a pactos pendientes

sólo de la ratificación por el *dominus*⁸⁴. La doctrina alemana dice que el representante debe haber mostrado de forma seria (concluyente) que existe un poder de representación, o si asegura la eficacia del negocio por ratificación, a falta de poder (Schilken habla de un «principio de sinceridad»: *Offenheitsprinzip*); sin que baste la mera presencia de hechos que permitan concluir que hay poder⁸⁵. Para Schramm la carga de la prueba de la existencia del poder compete al representante⁸⁶. Por lo que atañe al Derecho español, es necesaria la actuación representativa en los términos dichos (esquema funcional de la representación), mas no creo imprescindible el mostrar la existencia de poder en la forma que alude la doctrina alemana (allí, por exigencia indirecta del § 179 BGB).

b) *Ausencia o insuficiencia de poder*

Este (y demás supuestos asimilables: mandato extralimitado, etc.), es el presupuesto primario y básico, o punto de partida de la responsabilidad del falso representante (porque es eso lo que le da especificidad). No comparto la opinión de Schilken (para el Derecho alemán), para quien sería equivalente el que el representante sí esté legitimado pero pretenda realizar el contrato como carente de poder –en tal caso el contrato es directamente eficaz por la existencia del poder.

La ausencia (o insuficiencia) de poder debe tener lugar en el momento de cerrarse el acuerdo entre el falso representante y la otra parte contratante (no digo perfeccionarse el contrato porque no hay tal: se trata de un negocio *im*-perfecto). Creo que compete al representante la carga de la prueba de la existencia y subsistencia del poder (cfr. art. 1725 CC); el cocontratante puede pedir que se le muestre el poder y, en su defecto, no contratar –véase lo que digo sobre el art. 1725 más adelante⁸⁷.

⁸⁴ Digo esto –aunque parezca obvio– porque la forma de desarrollarse los tratos es muy varia en la realidad; y cabría excluir del supuesto de hecho básico de la responsabilidad que nos ocupa aquel en que después de haber llegado el *f. p.* y la otra parte a cierto acuerdo, exija el primero de ellos el retrasar la firma del contrato hasta que lo haya visto e intervenga el *dominus*. En ese caso lo que han hecho aquéllos no es sino meros tratos iniciales, que sólo adquiere trascendencia contractual con la aceptación del último.

⁸⁵ Obra citada, p. 182 (véase nota 77).

⁸⁶ *Münchener Kommentar*, cit., ad § 179, núm. 20.

⁸⁷ En Alemania, FLUME, con referencia al § 179.1 BGB, que lo menciona («...en tanto no acredite su poder de representación, ...»), dice que es presupuesto de la responsabilidad (que dicho precepto regula) «que el representante no acredite su poder de representación» (*op. cit.*, p. 934). Para SCHILKEN, en cambio, la *acreditación* del poder es requerida en su existencia jurídico-material y no en su demostrabilidad (*Staudinger Kommentar*; cit., ad § 179, núm. 7). Más cerca del segundo, creo, por mi parte –y pensando en el Derecho español– que la no acreditación del poder es, más que presupuesto estructural, un dato o elemento probatorio a la hora de exigir esa responsabilidad, de tal

c) *No ratificación por el dominus negotii*

La ratificación sana el negocio del *f. p.*, al que llega por ese conducto la voluntad negocial del interesado; ratificado, el contrato deviene perfecto y eficaz. De ahí que la no ratificación sea la que determina, en última instancia, la frustración del contrato y, por ello, la responsabilidad *de quo*. Es, pues, un presupuesto esencial para el éxito de la acción indemnizatoria, aunque quizá no tanto para su interposición⁸⁸. En mi opinión, es indiferente si la no ratificación se produce por negativa del *dominus* –que rehusa ratificar luego de requerido al efecto o simplemente invitado o interrogado; incluso por mero silencio– o por imposibilidad –el interesado fallece sin herederos, o desaparece, o deviene incapaz y no ratifica su representante legal oportunamente–. También en el caso en que el interesado no puede ratificar porque carece de capacidad negocial (en Derecho alemán se vincula a que el representante haya ocultado este hecho a la contraparte)⁸⁹. Si sencillamente no ha habido ratificación (quizá por inercia o pasividad de todos), y siendo todavía jurídicamente posible, el falso representante puede exigir, antes de indemnizar, que el *dominus* sea requerido de ratificación, y sólo cuando conste su negativa concurrirá este requisito. A su vez, mientras pende la ratificación no cabe exigir responsabilidad al falso representante⁹⁰. Pero otorgada la ratificación es irrevocable. En caso de negativa parcial y divisibilidad de la ratificación (que es posible), los efectos negativos (perjuicios, indemnización) alcanzarán sólo a la parte ineficaz (no ratificada) –como los positivos, a la parte eficaz, de la parcial ratificación–⁹¹.

Esa no ratificación, como presupuesto, obliga a remitir a su anverso, la ratificación y su régimen: sólo procede de persona legitimada (el *dominus negotii*, su representante legal, sus sucesores) en momento oportuno y sólo mientras subsista jurídicamente el negocio ratificable –es decir, antes de su revocación «por la otra

forma que la acreditación o prueba de la existencia del poder (suficiente) impide la condena del representante por ser eficaz el negocio. Por tanto, presupuesto inicial y racional de la responsabilidad es la ausencia o insuficiencia del poder, sin más; su demostración operará en otro momento jurídico (el de la exigencia efectiva, judicial o extrajudicial, de la responsabilidad).

⁸⁸ La jurisprudencia italiana estima que la no ratificación no es presupuesto de la acción de indemnización, la cual puede ejercitarse aunque haya tiempo para la ratificación si bien sólo podrá tener éxito si en el curso del proceso sobreviene la certeza de su imposibilidad (cfr. V. Roppo, *op. cit.*, p. 302).

⁸⁹ Cfr. SCHILKEN, en *Staudinger Kommentar*, cit., ad § 179, p. 189.

⁹⁰ Cfr. *Münchener Kommentar*, cit., ad § 179, núm. 21.

⁹¹ Debo insistir en que presupuesto auténtico, requisito institucional de esta responsabilidad, es la sola no ratificación, que comporta la ineficacia del negocio, causa efectiva ésta de los perjuicios que indemnizar y de la responsabilidad. Su prueba corresponde al momento en que esta última sea exigida.

parte contratante» (art. 1259.2.º CC): producida la revocación, ya no cabe ratificación, ni denegarla—.

d) *No revocación por el cocontratante*

En principio se presenta éste también, el de la no revocación, como presupuesto general de la responsabilidad que nos ocupa, en tanto que son los dos (el desistimiento del contrato y la posibilidad de indemnización de los perjuicios sufridos) los medios o mecanismos de protección del cocontratante. De ahí que se hable de la incompatibilidad de uno y otro, lo que comportaría que para exigir esta responsabilidad fuera preciso que no haya habido aquella revocación; si la ha habido, o es posible todavía, no procedería la indemnización (responsabilidad). Hay esa incompatibilidad en Derecho alemán, donde «si la otra parte revoca conforme al § 178 BGB, entonces no procede la responsabilidad según el § 179»⁹².

Mas no estoy seguro de que eso deba ser así siempre; al menos, en nuestro ordenamiento. Estoy pensando en el caso en que antes de la revocación por el cocontratante haya sufrido éste perjuicios, y opte por desistir del contrato en evitación de otros mayores y para salir de la situación provisional y no quedar indefinidamente a merced de una ratificación insegura o intempestiva (art. 1259.2.º). En tal caso creo que nada puede impedir que el cocontratante reclame la indemnización de esos perjuicios anteriores a la revocación, la cual sólo ha evitado que aumenten. Podrá preguntarse: ¿quién es el culpable de la frustración de ese contrato y de los perjuicios? Creo que el culpable es el falso representante y que habrá de llevarse a ese terreno la cuestión de la responsabilidad que ahora interesa, y poner el acento en la relación de causalidad correspondiente.

En todo caso, y salvo este supuesto un tanto marginal, la no revocación por «la otra parte contratante» (del art. 1259.2.º CC) es presupuesto de la responsabilidad del falso representante: es decir, que, en general, la revocación es un límite a la exigibilidad de responsabilidad al *falsus procurator*; y, cuando no pueda excluirla, un límite objetivo-temporal a los perjuicios indemnizables.

e) *¿Otros presupuestos?*

Hay alguno problemático.

i) Es necesario, para que la responsabilidad sea del *falsus procurator*, que la ineficacia y frustración del contrato provenga de la falta

⁹² Cfr. FLUME, obra citada, p. 934.

de poder suficiente (y demás dicho) y no de una invalidez por otra causa, pues en este último supuesto (invalidez) estaremos ante otra situación y consecuencias: así, cuando el contrato representativo es *contra legem*, o el representado carece de facultad de disposición sobre el objeto del negocio (por ejemplo, prohibición de disponer de la finca vendida por el falso representante) –en tal caso éste sólo debe responder de las consecuencias de su falta de poder, si las hay vinculadas a éste, pero no por la nulidad derivada de la prohibición de disponer–; o si el representante no tiene capacidad negocial apta para el acto que realiza, o si la tiene limitada y necesitada de un asentimiento (de los padres o del curador) y no llega⁹³. Caso parecido –de exclusión también de la responsabilidad que nos ocupa– puede ser el del falso representante que lleva a cabo los tratos contractuales pero es el representado quien termina el contrato y éste se frustra en razón del segundo (por ejemplo, incapacidad negocial)⁹⁴. En cambio, si el negocio representativo hubiera sido inválido por razones ajenas al poder y el representante las hubiera ocultado o disimulado y hubiera inducido al otro contratante a confiar en la validez del contrato y en su propia gestión representativa, será aquél responsable frente a éste, pero –en mi opinión– por *c. i. c.* y no como *f. p.*⁹⁵.

ii) En Derecho italiano, en relación con el artículo 1398 del *Codice*, dice algún autor⁹⁶ que es presupuesto de la responsabilidad del falso representante el que éste conozca que actúa sin tener poder (suficiente). En el mismo sentido, la jurisprudencia italiana (S Cass. Civ., de 22 de mayo de 1963). Justificase tal requisito en que la responsabilidad que nos ocupa tiene (allí) origen en un comportamiento ilícito del representante, y sólo de él, no del representado. A su vez, tal concepción –responsabilidad culpabilista– comporta la exigencia de conducta ilícita, que en este caso la concretan (aquella doctrina y jurisprudencia) en el conocimiento por el representante de actuar sin poder; culpabilidad que para algunos está fuertemente objetivada, hasta diluirse en una culpa *in re ipsa*⁹⁷. Por

⁹³ Cfr. FLUME, *op. loc. cit.* (con cita de jurisprudencia alemana); y SCHILKEN, *op. loc. cit.*, ad § 179, p. 184. Es también opinión general de la doctrina italiana, que ROPPO cree sólo «opinable» (*op. cit.*, p. 301).

⁹⁴ Cfr. SCHRAMM, *Münchener Kommentar*, ad § 179, núm. 17. Sobre la actuación de un *f. p.* representando a un incapaz, véase las distinciones que hace FLUME, obra citada, p. 934.

⁹⁵ Discutida también esta cuestión en la doctrina alemana, SCHRAMM (*Münchener Kommentar*, ad § 179, núm. 24 ss.) cree aplicable a este caso el § 179, por analogía, frente a quienes creen que se trata de *c. i. c.* En Derecho italiano la S Cass. Civ. de 27 de mayo de 1960 dijo que no ha lugar a responsabilidad por *c. i. c.* si quien ha actuado como representante ha omitido revelar a la contraparte la existencia de una violación legal de la que derive la invalidez del contrato.

⁹⁶ PETRELLI, *op. cit.*, p. 516.

⁹⁷ Así, ROPPO (*op. cit.*, p. 32): de ello deduce este autor la facilidad de la prueba de ese requisito.

lo que se refiere al ordenamiento español, el conocimiento de la ausencia de poder no es requisito de la existencia de responsabilidad, pues puede haberla sin tal conocimiento: por ejemplo, cuando no ha puesto la diligencia pertinente para comprobar el alcance de su legitimación. El conocimiento de su no legitimación por el representante tiene trascendencia, en efecto, pero no ya para la existencia de la responsabilidad, cuanto para distinguir supuestos y alcance de la misma, conjugado tal dato con otros.

iii) En relación con el ordenamiento español, García Rubio –y con ella otros autores⁹⁸– incluye entre los «presupuestos generadores de la responsabilidad» el que exista culpa en el falso representante y buena fe en el tercero con quien contrató. La culpa del pseudorrepresentante –dice– no aparece exigida de manera expresa en la ley, pero cree que puede deducirse del artículo 1725 CC (e implícita en el 1738); y esa responsabilidad se halla también supeditada –añade– a la buena fe del tercero, exigencia que apoya ahora en García Goyena y su comentario al artículo 1616 del Proyecto de 1851. ¿Son exigibles *siempre* esos presupuestos? No estoy yo tan seguro. Pienso que, en nuestro sistema jurídico la culpa del falso representante y la buena fe del cocontratante no son (al menos, siempre) efectivos presupuestos de esta responsabilidad⁹⁹, porque hay casos en que se da sin aquella culpa; porque hay más supuestos de responsabilidad que el del artículo 1725 CC; y porque la buena fe, también al margen del artículo 1725, es un dato relevante, ciertamente, pero no siempre para el nacimiento sino para modular los efectos de la responsabilidad. Puede discutirse si debe imponerse con carácter general el criterio objetivo frente al culpabilista, pero es evidente que hay supuestos en que la responsabilidad del *f. p.* no se guía estrictamente por su culpa, además de algunos en que la propia ley la impone directamente (art. 10 Ley Cambiaria, y 247.2 CCom.).

2. PARTICIPACIÓN SUBJETIVA DE LOS PROTAGONISTAS DE LA FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO DEL FALSO REPRESENTANTE

Como ya he dejado dicho, varias situaciones subjetivas de las tres personas que intervienen, con diferente protagonismo, tienen

⁹⁸ GARCÍA RUBIO, obra citada, p. 200. En el mismo sentido, PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER, GORDILLO CAÑAS, LEÓN ALONSO.

⁹⁹ En Derecho alemán y ante el § 179 BGB, no es necesaria, desde luego, la culpabilidad del representante sin poder. Así, clara y directamente, SCHILKEN, en *Staudinger Kommentar*; cit., ad § 179, pp. 181 y 184. Tampoco en Derecho suizo.

relevancia en la responsabilidad *de quo*. Algunos ordenamientos las recogen (respecto del falso representante o del otro contratante) en su tipificación de la responsabilidad ¹⁰⁰.

a) En cuanto al *falso representante* y al *cocontratante*, pueden conocer uno y otro la carencia de poder suficiente; pero pueden también desconocerlo por no haber puesto la diligencia pertinente en saber la subsistencia (si hubo ocasión o riesgo de extinción) o el alcance (suficiencia) de su poder. La ignorancia de cada uno puede ser, a su vez, excusable o inexcusable. El cocontratante pudo pedir, además, y quizá no pidió, al representante que «le diera conocimiento suficiente de sus poderes» (art. 1725). La diligencia o negligencia deberán computarse según criterios objetivos: diligencia exigible aquí será la que la opinión general y una conducta razonable aconsejarían para el caso concreto y sus circunstancias, con especial relevancia de los datos facilitados y que se hayan podido obtener. Por otro lado, puede haber advertido el representante al cocontratante de los posibles problemas de su legitimación, o no (dolo, mala fe, o por negligencia). La buena fe, en este caso, ha de ser entendida en sentido objetivo: la lealtad en los tratos, que comporta ciertos deberes particulares (franqueza, claridad). La mala fe del *f. p.* consiste en el comportamiento desleal –incluido el silencio o la ocultación de situaciones y circunstancias relevantes para su legitimación o para la eficacia del contrato–; y la del cocontratante, en llevar adelante los tratos contractuales consciente de la carencia de legitimación del representante (sabe, por ejemplo, que ha fallecido el *dominus*, cosa que ignora el representante). El desconocimiento o deficiente conocimiento de los poderes de que goza el representante puede inducir a error al cocontratante, situación también que considerar.

b) Por lo que respecta al *dominus negotii*, su actitud más relevante, a efectos de responsabilidad, reside en comportamientos equívocos que hayan podido crear una duda razonable en el representante o en el cocontratante acerca de la correcta legitimación del primero: en la mayor parte de los casos esa actitud dará lugar a una representación aparente (incluso cuando sea culposa), lo que le obligará a asumir los efectos del contrato concertado; en otros, por menor entidad, no dará lugar a representación aparente, pero sí a responsabilidad por su parte en cuanto determine perjuicios en el tercero. En ocasiones, una actitud negligente del *dominus* puede

¹⁰⁰ Así, por ejemplo, el artículo 1398 C.c.ital. («...por haber confiado [el tercero contratante] sin culpa por su parte en la validez del contrato»), artículo 39 C. Oblig. suizo (que habla del conocimiento o no por el cocontratante de la ausencia del poder, y de la culpa del representante), el § 179.2 BGB y artículo 3.204.2 de los *Principios DEC* (en términos semejantes).

dar lugar a que el representante no llegue a conocer con exactitud la existencia (sobre todo en caso de extinción) o suficiencia de los poderes, con repercusión en la posición subjetiva de éste y, por su conducto, igualmente trascendente en orden a la responsabilidad.

VI. RÉGIMEN JURÍDICO DE ESTA RESPONSABILIDAD

No regulada directamente en el ordenamiento español la responsabilidad del *f. p.* ni la culpa *in contrahendo*, y con el artículo 1725 CC como única norma en que cabe pensar al respecto (para un caso concreto), el primer problema es el de establecer los criterios normativos aplicables a la cuestión de referencia, por un lado; y, por otro, el alcance del artículo 1725, en su aplicabilidad a nuestro caso y en cuanto a su inteligencia y alcance.

1. CRITERIOS NORMATIVOS GENERALES

Algunos autores, aquí y en la doctrina italiana¹⁰¹, apelan directamente al régimen de la *c. i. c.* como criterio normativo aplicable a la responsabilidad del *f. p.*. García Rubio y otros, en nuestro país, aluden directamente al criterio culpabilista al citar, como presupuesto o requisitos para que haya lugar a esta responsabilidad, que exista culpa en el falso representante y buena fe en el tercero¹⁰².

No comparto esas soluciones: *a)* la primera, porque pienso que la responsabilidad del *f. p.* desborda la precontractual, amén de que no hay norma que las identifique ni legalidad específica en nuestro Derecho; *b)* la segunda me parece inadecuada, así formulada, porque hay situaciones que no pueden o deben ser resueltas por la vía culpabilista que se sugiere; y porque, sin dejar de operar la culpa en ocasiones como elemento decisivo, no creo que deba ser ése el criterio general.

1.1 ¿Aplicabilidad del régimen de la culpa *in contrahendo*?

La dificultad para su aplicación, en nuestro caso y para el ordenamiento español, es doble: no está muy claro qué casos pueden incluirse en la responsabilidad precontractual por la generalidad del concepto (de importación tardía de otros sistemas jurídicos); y tam-

¹⁰¹ En cuanto a la doctrina italiana, cfr. los autores citados en nota 54.

¹⁰² GARCÍA RUBIO, *op. loc. cit.* Cfr. nota 98.

poco lo es el de las normas aplicables y bajo qué criterios o principios. La doctrina española no siempre es acorde, por otro lado, en cuanto a las hipótesis que generan culpa *in contrahendo* (tampoco la jurisprudencia)¹⁰³; igualmente, en cuanto a la ubicación, dentro de ella, de la responsabilidad del falso representante, que va desde cierta concreción de algunos al silencio de otros¹⁰⁴. Idénticos problemas y desacuerdo en cuanto al régimen legal aplicable: el de la responsabilidad contractual (arts. 1101 ss.), o de la extracontractual (art. 1902), o como infracción de la buena fe en general y en el ámbito contractual (arts. 7.1 y 1258 CC)¹⁰⁵. Parecida variedad de respuesta en cuanto a otros ordenamientos, en legalidad y doctrina¹⁰⁶, en los que, sin embargo, hay cierta coincidencia en un extremo: la *c. i. c.* está concebida, en general, según criterios subjetivistas (lealtad, buena fe) y culpabilistas, y la responsabilidad del *f. p.*, en cambio, bajo un criterio objetivista (predominante).

Volvamos al Derecho español. Aun aceptando que la ineficacia –que no invalidez ni nulidad del contrato– y la frustración por no ratificación se hallen insertas en la fase precontractual (antes de y por la no perfección del negocio), pienso que los problemas del contrato del *falsus procurator* y su responsabilidad tienen bastante de específico, no encajable abiertamente en ninguno de los supuestos claros y más típicos de *c. i. c.*: no es de nulidad (en la que pensaba Ihering, ni otra), ni interrupción injustificada de las negociaciones, ni siempre de deslealtad en los tratos. Su especificidad proviene de una actividad inicialmente incorrecta y posición irregular de ori-

¹⁰³ Además de las obras generales –cfr., a título de ejemplo, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, cit., t. I, p. 276; LACRUZ-RIVERO, *Elementos DC*, t. II-1.º (ed. 1994), pp. 399 ss.–, véase A. MANZANARES, «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *ADC*, 1984, pp. 687 ss.; GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pp. 119 ss.; ASÚA GONZÁLEZ, obra cit., pp. 260 ss.

¹⁰⁴ ASÚA GONZÁLEZ lo menciona como un supuesto, entre los de invalidez contractual, susceptible de *c. i. c.* (obra citada, pp. 260 ss). Igualmente GARCÍA RUBIO (*op. cit.*, pp. 155 ss.). Díez PICAZO no cita la responsabilidad del *f. p.* entre las hipótesis típicas de la precontractual; sí, en cambio, Díez PICAZO-GULLÓN (*Sistema*, cit., II, p. 80). LACRUZ tampoco lo menciona al tratar la responsabilidad precontractual (*Elementos de Derecho civil* t. II-2.º, ed. 1985, pp. 93-96; t. II-1.º, pp. 378-380, ed. 2003).

¹⁰⁵ Sin perjuicio de las inevitables (y necesarias) matizaciones, se inclina por la aplicación del artículo 1101 y concord. ALONSO PÉREZ (*op. loc. cit.*, p. 920); por el 1902 MORENO QUESADA (*La oferta de contrato*, Madrid, 1963, pp. 42 ss.), y GARCÍA RUBIO (obra citada, p. 130); JORDANO FRAGA opta por los artículos 7.1 y 1258 CC (en *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pp. 31 ss.). Véase un amplio recorrido por la doctrina española en GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pp. 78 ss.

¹⁰⁶ De los ordenamientos que regulan la responsabilidad del falso representante, el BGB la ha extraído (§ 179) del ámbito de la precontractual (§§ 122, 307 y 309); en el CC italiano hay una norma autónoma para la primera, el artículo 1398, respecto de los 1337 y 1338, aunque la doctrina y la jurisprudencia lo consideran como un caso particular de *c. i. c.*; también en el CC suizo (arts. 26, 27 29 vs. 39) y en los Principios del Derecho europeo de Contratos (arts. 3204, frente al 2301, respectivamente).

gen, quizá incluso ilicitud, del representante (porque carece de legitimación para cuanto pretende), lo que va a caracterizar al negocio y crea un riesgo (de frustración y perjuicios) ya desde el primer momento, que no se da en otros supuestos de *c. i. c.* Si nuestro caso no se aparta mucho de la responsabilidad precontractual (sobre todo, como ocasión y momento jurídico), tampoco se identifica con ella; es en buena medida distinta y opera de forma diferente; sus efectos pueden ser también otros. Y si no cabe invocar un régimen legal concreto, las normas generales a las que inexorablemente hay que acudir pueden tener aquí una inteligencia y aplicación que debe diferir de los supuestos de *c. i. c.* por mor de esa especificidad. Porque el problema principal en Derecho español no es tanto el de las normas aplicables, por parcas y generales (art. 1902 y concord.), cuanto el de los criterios de aplicación.

1.2 Preferencia por el principio objetivista

En la actuación del falso representante las cosas no ocurren exactamente como en la de la responsabilidad precontractual. En el supuesto fáctico y esquema normal de esta última las partes actúan inicialmente desde una posición de corrección jurídica (libertad de contratar o no contratar, tratos y discusión contractuales) y sólo luego hay dilaciones, ocultaciones o engaños, deslealtad en los tratos, y demás. En cambio, en la actuación del *falsus procurator* hay ya *ab initio* una ilicitud e incorrección jurídica —sí, por violación de los deberes generales, universales, que ligan a toda persona en una situación determinada— que va a afectar al cocontratante, quien corre desde el primer momento el riesgo aludido. Junto a todo ello, otras circunstancias pueden adornar luego el supuesto de hecho: que el falso representante lo confiese así inmediatamente, o no; que haya puesto toda la diligencia posible en conocer si todavía conserva sus poderes, o su alcance o límites; si ha habido buena o mala fe por su parte (y del lado del cocontratante), etc. Esas son variables (subjetivas) que unas veces determinan o excluyen la responsabilidad, y otras matizan o modulan su alcance. (El *f. p.* puede, además, incurrir él mismo en *c. i. c.*, como dije.)

Aun hay otros planteamientos y razones:

a) En el orden práctico, procesal, el partir aquí de un principio culpabilista obligará al perjudicado a tener que empezar por demostrar la culpa del contrario y su buena fe siempre —como exigen los autores antes citados—. Me parece eso demasiado oneroso, y creo más justo que opere inicialmente como principio una presunción de culpa y responsabilidad (objetiva) en quien actúa inco-

rrecta o ilícitamente (el *f. p.*), y que compete a él la carga de la prueba de su buena fe (que comunicó al cocontratante la falta o limitación de sus poderes), o que actuó con toda la diligencia exigible a tal efecto. Se trata de una forma suave de responsabilidad objetiva (quizá mejor, cuasi-objetiva): responsabilidad por riesgo, o por garantía, como prefieren otros.

b) Plantearé la cuestión de otra manera. Si el falso representante actúa ignorando él mismo que carece de poder y el cocontratante obra de buena fe, ¿debería aquél indemnizar los perjuicios sufridos por el segundo por la no ratificación del *dominus*? En mi opinión, sí; aunque el primero haya actuado ignorante y de buena fe. En la disyuntiva acerca de quién deba asumir los perjuicios, uno u otro, me parece más justo y razonable que los soporte el *f. p.* (indemnizando) que el cocontratante: en la creación y distribución de riesgos tiene el primero mayor participación, y es él quien ha partido desde una posición irregular, y no el segundo, menos responsable, más ajeno a la frustración del contrato —la relación de causalidad, centro de gravedad de la responsabilidad y la indemnización, le es mucho más adversa a aquél que a éste—. En ese sentido, con ese alcance, entiendo la responsabilidad objetiva de que hablo, no más. Esa es, sustancialmente, la solución del § 179 BGB¹⁰⁷ y del artículo 1398 CC ital., que no pretendo importar a nuestro sistema jurídico por mimetismo, sino que cito a modo de ejemplo (de ordenamientos prestigiosos) y para que se vea que lo que propongo no es tan raro o excepcional. No es, tampoco, novedad en nuestro sistema jurídico, que tiene admitida la responsabilidad objetiva en no pocos ámbitos jurídico-sociales. Me parece preferible, en todo caso, al criterio y responsabilidad culpabilista.

c) En materia de daños o responsabilidad civil no siempre se trata de determinar —ni quizá sea correcto en un plano estrictamente jurídico (solución de conflicto de intereses), no moral— quién es el malo, el culpable, para hacerle soportar las consecuencias de su culpa, sino determinar qué patrimonio debe encajar los perjuicios derivados de una determinada actuación según criterios razonables, de utilidad social y de justicia (entre los cuales el de la culpa puede jugar importante papel, pero no ya el único ni el decisivo). Nuestro sistema jurídico y la jurisprudencia (aunque no siempre de forma lineal) han superado, por diversos conductos y razonamientos, la vieja idea de culpa como principio exclusivo de responsabilidad y, sobre todo, los esquemas procesales y prácticos que comporta. En nuestro caso pienso que hay motivos para atri-

¹⁰⁷ Cfr. SCHRAMM, *Münchener Kommentar*, ad § 179, núm. 4.

buir inicialmente aquella responsabilidad al falso representante – basada en el riesgo de frustración y de perjuicios creado con su conducta irregular–, salvo que pruebe que hizo todo lo posible para evitarlos al cocontratante; es decir, compete a él la carga de la prueba de la no culpa.

d) Evidentemente, el de la responsabilidad cuasi-objetiva no es el único criterio que pueda y deba operar en nuestro caso. Un principio importante aquí es el de la protección del cocontratante que ha actuado de buena fe, para quien el riesgo potencial a que estuvo sometido se ha convertido en perjuicio actual. Su interés es en este caso el relevante, como dije, y merece especial atención y protección jurídica idónea (criterio teleológico de interpretación, que propuse), sin agravar su situación imponiéndole la carga de la prueba implícita en el principio culpabilista¹⁰⁸. Pero es necesario que el suyo sea un interés jurídicamente protegible, pues hay situaciones en que no lo será (si no pudo albergar una confianza razonable en la eficacia del contrato, y otras).

2. EL ARTÍCULO 1725 CC, Y SU JUEGO Y ALCANCE EN ESTA MATERIA

Es prácticamente la única norma en nuestro CC que alude directamente a cierta forma de responsabilidad del mandatario (generalizable al representante sin gran violencia) si «traspasa los límites del mandato sin darle [a la parte con quien contrata] conocimiento suficiente de sus poderes». Dos problemas principales plantea ese precepto: a) ¿hay un deber jurídico de dar conocimiento del poder, o derecho de pedirlo?; ¿a quién compete una cosa u otra?; y b) qué tipo de responsabilidad es la que alcanza al mandatario en ese caso.

2.1 ¿Deber o carga de informar, o derecho a pedirlo? (sub a)

No dice esa norma, ni aparece en ninguna otra, si compete al mandatario hacer saber a la contraparte cuáles son sus poderes (límites del mandato o del poder), o si es carga que afecta a la otra parte contratante el exigir a aquél que le muestre su poder (manda-

¹⁰⁸ He invocado antes el ejemplo de los Códigos alemán e italiano (preceptos citados). Puedo añadir ahora el régimen legal de la responsabilidad del *f. p.* en el C. Oblig. suizo, artículo 39 (que impone la responsabilidad sin necesidad de culpa en su núm. 1, con agravación de la misma «*en cas de faute du représentant*»); los *Principios DEC*, artículo 3.201.2, y la *Convention on Agency*, artículo 16.2 (cfr. nota 20).

to). La doctrina española no se muestra muy explícita¹⁰⁹, y tampoco la jurisprudencia, que unas veces ha exigido al mandatario la prueba de la existencia y suficiencia de su poder (SS de 31 de mayo de 1961, 7 de noviembre de 1969 y 18 de noviembre de 1972), y en otras parece entender que no existe deber concreto de acreditar el mandato o el poder (S de 6 de febrero de 1971); también Sentencia de 14 de marzo de 1980.

En mi opinión, de acuerdo con los precedentes del artículo 1725 (art. 1997 del *Code*) –cfr. García Goyena, coment. art. 1616 del Proyecto–, de redacción casi idéntica al nuestro, y los antecedentes legislativos de aquél¹¹⁰, cabría entender que el mandatario no tiene un deber jurídico u obligación estricta de informar al cocontratante de su deficiencia o insuficiencia de poder (ni éste tendría un verdadero derecho a ser informado), sino que compete al primero la *carga* de informar de sus poderes si no quiere incurrir en la responsabilidad que previene ese artículo –de «responsabilidad» habla, la que sea– para el supuesto que contempla¹¹¹. Ante esa situación parece que al cocontratante no le queda otra opción antes de contratar que la de no hacerlo con el mandatario que no le muestre el alcance y límites de su poder; y si contrata de buena fe (desconocimiento del defecto de poder del mandatario), exigir a éste la responsabilidad del artículo 1725 CC.

En todo caso, creo que está bastante clara la *ratio legis* del artículo 1725: proteger al cocontratante que desconoce el traspaso de los límites del mandato (poder) (cfr. S 17 de mayo de 1971), y establecer que cuando concurre ello con su ocultación por parte del mandatario (representante), queda éste responsable, y no el principal, frente a ese cocontratante.

2.2 De qué responsabilidad se trata (sub b)

No más clara es la cuestión de si la sanción del artículo 1725 CC supone que el propio mandatario quede vinculado frente al tercero en cuanto a las obligaciones del negocio representativo, o si

¹⁰⁹ Cfr., a título de ejemplo, LOPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. loc. cit.*, p. 515.

¹¹⁰ Los del artículo 1997 del *Code* hay que verlos en el *Rapport* de BERLIER y sobre todo el de TARRIBLE con ocasión de los trabajos preparatorios de aquél; más interesante el segundo: «Le tiers lui même n'a aucun recours contre le mandataire qui lui a donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs [...] La garantie ne serait due par le mandataire que dans le cas où il aurait caché au tiers contractant la vraie mesure de ses pouvoirs» (FENET, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code Civil*, XIV, p. 894).

¹¹¹ Muy discutida esta cuestión en la doctrina italiana (*dovere, obbligo, onere, facoltà*), es opinión predominante la de considerarla como una carga que afectaría al representante (BETTI, CARRESI, BARBERO, MOSCO, PUGLIATTI, RUBINO, etc.); menos segura la jurisprudencia, que parece preferir que la exigencia de la prueba de la existencia y contenido del poder sea una facultad del cocontratante (cfr. Gianni GALLI, «Rappresentanza senza potere», *RTDPC*, 1968, pp. 1797 ss.).

sólo queda obligado a la indemnización de perjuicios por la frustración del negocio en que el cocontratante debería haber quedado vinculado con el mandante. Como bien dice el profesor Díez-Picazo –que alude a la «evidente ambigüedad» de aquel artículo–, la responsabilidad de que habla puede entenderse en un doble sentido: que el mandatario quede obligado a cumplir él el contrato celebrado sin poder; y también que sea responsable de los daños que se irroguen al tercero como consecuencia de que el contrato concertado no sea cumplido ¹¹².

Pienso, por mi parte, que la responsabilidad que ese precepto impone al mandatario en quien concurren los dos requisitos (extralimitación del mandato y no dar conocimiento suficiente del poder) debe ser, por regla general, la de indemnizar al cocontratante los perjuicios derivados de la frustración del contrato representativo, opinión por la que se inclina la mayor parte de nuestra doctrina especializada ¹¹³. Mas no debe descartarse que en algún caso pueda quedar vinculado contractualmente el propio mandatario, cuando la prestación debida sea fungible (por ejemplo, prestar 10.000 euros) y de la naturaleza y circunstancias negociales no se deduzca que esa solución quedaba implícitamente excluida. Creo que esta interpretación (insistiendo en la limitación o excepción dicha: prestación infungible) no debe ser rechazada, aunque el negocio sea representativo, pues casos hay en que mandatario queda vinculado directamente, y el propio artículo 1725 habla de «responsable *directamente* a la parte con quien contrata», expresión que también emplea el artículo 1717.2.º, e insólita, en cambio, en nuestro CC para significar sólo la obligación de indemnización de daños *ex contractu* (cfr. art. 1718 ss.). En esa inteligencia, que permite una mayor protección de los intereses del tercero –*ratio legis* de la norma, como dije–, resultaría una especie de obligación-pretensión facultativa a favor del perjudicado, quien podrá optar entre exigir la prestación fungible al mandatario (evidentemente, no la de entregar la finca del mandante vendida, en lugar de arrendada, que era el

¹¹² *La representación*, cit., p. 223. Cfr. también LEÓN ALONSO, *op. loc. cit.*, p. 376.

¹¹³ Me refiero a PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER, GORDILLO CAÑAS, ASÚA GONZÁLEZ, GARCÍA RUBIO, COLÁS ESCANDÓN, LEÓN ALONSO (obras citadas de todos ellos). Yo mismo, en trabajo lejano, sostuve esa misma postura al aludir a la interpretación no unívoca del artículo 1725. «entiendo –decía entonces– que esa responsabilidad del mandatario no quiere decir que quede él obligado al contenido negocial en lugar de su mandante (cosa que no podrá ocurrir en la mayor parte de los casos, ya que el mandatario gestiona asuntos ajenos: no podría quedar obligado el mandatario en el caso de que, excediéndose, venda en lugar de arrendar una finca del mandante), sino que deberá responder, dejando indemne al tercero, de los perjuicios que para éste se sigan de la ineficacia del contrato en lo que afecta al asunto gestionado del mandante, y por no quedar obligado este último» («Naturaleza y situación ...», *loc cit.*, p. 1124, nota 199). Sirva esta ocasión para matizar y rectificar en lo menester aquella posición.

encargo hecho; ni realizar el trabajo de su mandante arquitecto), o la de indemnización de los perjuicios ¹¹⁴.

Esa solución, en nuestro ordenamiento y vista la *ratio legis* apuntada, parece razonable; no hay, al menos, argumento decisivo para desestimarla. Creo, además, que es generalizable a otros supuestos (semejantes) de falta de legitimación.

3. CASOS CONCRETOS DE RESPONSABILIDAD DEL FALSO REPRESENTANTE

Vistos los criterios generales y la parca normativa aplicable a esta responsabilidad, procede examinar ahora los casos (y responsabilidad concreta) que se pueden presentar aprovechando situaciones ya conocidas y posiciones subjetivas sugeridas.

3.1 Falso representante que no conoce su falta de poder

En general, el representante conocerá el poder que le ha sido concedido, y su alcance (límites). Pero no sólo eso: *debe conocerlo*, porque no puede iniciar los tratos en un negocio representativo sin saber hasta dónde está legitimado. Para ello habrá de poner la diligencia necesaria —la que una conducta razonable aconsejaría para ese caso y sus circunstancias— para saber, sobre todo en situaciones límite, su contenido, si subsiste, o si ha sido modificado.

En esa inteligencia, aun cabe distinguir el supuesto en que el *f. p.* desconozca sin culpa suya que carece de poder suficiente, de aquel otro en que el desconocimiento sea por negligencia inexcusable. Pienso que en ambos casos ese falso representante debe ser responsable; en principio, incluso cuando ignora sin culpa suya la falta de poder —con una exquisita diligencia, siempre exigible al que se presenta como representante, podría haber salido de su ignorancia—, porque, en igualdad de condiciones (ignorante también el otro), es más justo que soporte el primero los perjuicios derivados de la frustración del contrato que el segundo: el origen de la ineficacia del contrato radica en el falso representante; en la creación y distribución de riesgos queda más comprometido; en el ámbito de la relación de causalidad es él más «causa» de los perjuicios que el cocontratante ¹¹⁵.

¹¹⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, *op. loc. cit.*, p. 431. También, aunque de forma matizada y para casos especiales, GARCÍA RUBIO, obra citada, pp. 203-204.

¹¹⁵ Idéntica posición de FLUME, razonando ante el § 179.2 BGB (obra citada, p. 940).

Sólo en un caso deberá decaer esa responsabilidad: cuando el cocontratante haya actuado de mala fe, conociendo él la carencia o insuficiencia del poder –hipótesis poco verosímil, ciertamente–, porque no podía confiar razonablemente en la representación ni en la heteroeficacia del negocio ¹¹⁶. Pienso que no se puede proteger a una persona que obra con mala fe, callando lo que conoce (la irregularidad de la relación iniciada) y jugando con la posibilidad de que el principal acabe ratificando el negocio. Si tal ocurre, sea; pero si ha asumido el *alea* de la no ratificación, y resulta ésta y la ineficacia y sus perjuicios, asúmalos él. La relación de causalidad le es ahora adversa. Es él más causante de los perjuicios que el falso representante. Hacer a éste responsable sería en este caso primar y premiar la mala fe.

3.2 El falso representante conoce la falta o insuficiencia del poder

Hay que subdistinguir, según que el *f. p.* lo haya comunicado o no al cocontratante.

3.2.1 NO COMUNICACIÓN DE LA FALTA DE PODER

La no comunicación por el *f. p.* al cocontratante (y desconocimiento por éste) de la falta de legitimación puede ocurrir por ocultación consciente del primero, o por negligencia; o, sencillamente, porque el cocontratante no lo pide (art. 1725 CC). Cabe también el desconocimiento de éste por negligencia suya: cuando una actuación prudente y razonable, en vista de cuanto diga o haga el *f. p.*, aconsejaría comprobar o pedir que se mostrara el poder.

Una primera perspectiva del problema llevaría a ver aquí un caso de error en el contrato (quizá dolo, si hay la ocultación maliciosa apuntada) en tanto que el cocontratante desconoce que el contrato propuesto como representativo (heteroeficacia) no va a serlo ni va a quedar él vinculado con el *dominus*. Mas, no obstante alguna valiosa opinión en ese sentido ¹¹⁷, no me parece asumible.

¹¹⁶ En Derecho italiano la responsabilidad del *f. p.* está subordinada a su culpa, a su conocimiento de que actúa sin poder (el no revelar al cocontratante que carece de él supone ya infracción, culpa *ex* artículos 1337 y 1338 CC, sobre *c. i. c.*); pero se requiere también que el segundo no incurra por su parte en culpa, que actúe de buena fe. Si el falso representante ha actuado ignorando que carece de poder, sin culpa suya, es predominante la opinión de exculparle de responsabilidad (salvo para CARRESI, que le impone el deber de conocer con certeza la legitimación que tiene: *op. loc. cit.*, pp. 210 y 211). Sobre esta cuestión, con amplia cita de doctrina y jurisprudencia, cfr. GALLI, *op. loc. cit.*, pp. 1801 ss.

¹¹⁷ DíEZ-PICAZO, *La representación*, cit., p. 225.

Esa calificación sería correcta para un contrato perfecto, terminado, entre efectivas partes negociales (materiales). Se trataría de un contrato con vicio del consentimiento, anulable, con las consecuencias conocidas. Mas el del *f. p.* no es un contrato normal, sino de formación sucesiva, que sólo se completa con la ratificación; e ineficaz sin ratificación (situación aquí contemplada). Luego difícilmente cabe hablar de anulabilidad, que supone validez y eficacia provisional, que sólo desaparece con la acción de anulación, y sus efectos. Y eso no se da en este caso.

Frente a ese razonamiento, pienso que el que ahora considero es sencillamente el contrato *im*-perfecto, ineficaz y frustrado que ya conocemos; también en este caso, no obstante su proximidad al error contractual. Y en tal situación y calidad, sin haber obtenido el contrato eficacia alguna, el cocontratante perjudicado debe ser indemnizado y el *f. p.* el responsable de los perjuicios. En mi opinión, es responsable en todo caso. Y si el falso representante ha actuado consciente de la falta de poder, que oculta, esa mala fe merece una agravación de su responsabilidad (cfr. art. 39.2 C. Oblig. suizo); en nuestro ordenamiento podría traducirse en que deba responder no sólo del interés negativo (que en ningún sitio está así limitado), sino de todos los perjuicios que haya podido sufrir el cocontratante (cfr. art. 1107.2.º CC, aplicable por analogía). En el otro caso (negligencia de uno u otro), operará el mecanismo normal de responsabilidad específica del *falsus procurator* que conocemos y concretaré más adelante.

3.2.2 COMUNICACIÓN AL COCONTRATANTE (CONOCIMIENTO POR ÉSTE) DE LA FALTA DE PODER

El conocimiento por el cocontratante de la ausencia de poder (suficiente) sitúa a éste en una posición muy distinta de la anterior: sabe en qué negocio se ha embarcado, la aleatoriedad de su buen fin y eficacia, y puede prever las consecuencias. Por ello pudo decir García Goyena que «si el tercero fue sabedor del exceso, no tiene motivo alguno de agravio y queja aunque el mandante no ratifique lo hecho». En sentido semejante, la Sentencia de 29 de abril de 1969¹¹⁸. Mas las cosas no son siempre tan sencillas. En este punto hay que

¹¹⁸ «Para que el mandatario –dice esa sentencia– resulte responsable cuando a ello no se haya obligado expresamente, han de concurrir los tres requisitos siguientes: *a*) que haya traspasado los límites del mandato, lo que equivale a obrar sin él; *b*) que el mandante no haya ratificado expresa o tácitamente los actos del mandatario, pues la ratificación suple la falta de mandato previo; *c*) que el mandatario no haya dado a los terceros conocimiento suficiente de sus poderes, pues, en otro caso, contrataron aquéllos conociendo el defecto de representación y, por consiguiente, a su cuenta y riesgo.»

considerar la actitud diligente o negligente del cocontratante: negligencia normal (cuando lo razonable aconsejaba, en ese caso y circunstancias, comprobar o exigir la exhibición del poder) o inexcusable (lindante con el dolo o mala fe, desconocimiento consciente).

He aquí nuevas distinciones:

a) Si el falso representante ha garantizado al cocontratante (se ha comprometido a) la ratificación del *dominus*, y ésta no se produce, habrá lugar a un incumplimiento contractual de esa «promesa de hecho ajeno» (la francesa *promesse de porte-fort*)¹¹⁹, contrato con prestación de resultado (aquí, la ratificación), que es lo que ha dejado de cumplirse. Es, pues, un supuesto distinto del que ahora estudio, y dará lugar a la indemnización de perjuicios por dicho incumplimiento contractual (art. 1101 ss. CC).

b) Cuando el *falsus procurator* no da garantía formal, sino que habla de mera posibilidad o probabilidad de ratificación –lo más razonable es que algo diga, que haga alguna referencia a ella al decir a la contraparte que carece de poder–, estamos ante el caso normal o más frecuente. En mi opinión, si la ratificación no se produce, el falso representante debe responder –pues él ha creado el riesgo y en su actuación no legitimada está la irregularidad de origen– de los perjuicios derivados de la confianza defraudada. Mas ello sólo si el cocontratante ha actuado de buena fe (que incluye la razonabilidad de la confianza y de las expectativas defraudadas, según criterios objetivos); pero no, en cambio, si ha actuado de mala fe (a la que es asimilable la negligencia inexcusable): si el cocontratante sabía que no habría ratificación, o si su conocimiento de la situación y circunstancias no permitían albergar confianza ni expectativas razonables. Esta exención de responsabilidad es –me parece– la respuesta inevitable a la mala fe del perjudicado.

c) Idéntica solución, en función de la buena o mala fe (con las distinciones y asimilaciones vistas), para el caso de que en las relaciones representante-cocontratante no se haya mencionado la posibilidad o probabilidad de la ratificación, conocida la falta de poder (y aun sin conocer, creo, dada la carga de informar que impone el art. 1725 al *f. p.*): sí habrá lugar a responsabilidad e indemnización con la buena fe del cocontratante (confianza razonable); no en caso contrario (mala fe, negligencia inexcusable).

d) Si el *f. p.* ha advertido a la otra parte, al comunicarle la falta de poder, de la dificultad o improbabilidad de la ratificación, y ésta, sabiéndolo, asume el riesgo y prosigue la relación contractual

¹¹⁹ Cfr., por todos, en la doctrina española (más abundante en la francesa e italiana), GULLÓN BALLESTEROS, «La promesa del hecho de tercero», *ADC*, 1964, pp. 3 ss (18).

sin haber tomado ninguna medida para clarificar la situación, el contrato deviene inseguro en su eficacia y resultado. Creo que en ningún caso (sin distinción de buena o mala fe) procede la indemnización: los perjuicios verosímiles los ha asumido voluntariamente el cocontratante, que pudo haberse negado a continuar los tratos en cuanto el representante le comunicó la falta de poder y la dificultad de la ratificación. Sólo cabría pensar en responsabilidad en el caso de que tal comunicación fuese tardía, no inicial: procederá la indemnización de los perjuicios anteriores a tal comunicación (máxime si hubo mala fe o negligencia en el falso representante y buena fe en la otra parte).

4. PACTOS DE MODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

¿Cabría una modificación pactada de esta responsabilidad en cuanto a casos en que proceda o no, y en cuanto a su contenido? Parece bastante improbable que se presente en la realidad pacto de ese tipo; pero no podemos excluirlo como hipótesis de estudio.

Hay que partir, en primer lugar, de que un pacto de modificación de esta responsabilidad debe ser autónomo, independiente (y anterior) del contrato del *f. p.*, ya que éste no llega a perfeccionarse ni a adquirir eficacia; por tanto, tampoco un pacto incluido en él.

Como tal pacto autónomo –entre el *f. p.* y «la otra parte contratante», obviamente– habrá de regirse por las reglas generales (ley y jurisprudencia) relativas a su admisibilidad –en principio, sí, con los límites legales (arts. 1255 CC, y 1102, que comprenderá la culpa grave)– y al alcance posible de las modificaciones convencionales de la responsabilidad (de exoneración o de limitación de la misma), a las que me remito ¹²⁰.

VII. EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD

En orden a los efectos de la responsabilidad del *falsus procurator*, pienso –frente a la opinión mayoritaria en la doctrina española (e italiana), que limita y generaliza esa responsabilidad a la indemnización del interés negativo– que no debe darse una respuesta unitaria como si se tratase de un hipotético *Tatbestand* único e idéntico, sino que procede distinguir (como acabamos de ver)

¹²⁰ En el mismo sentido favorable a la modificación convencional de la responsabilidad (referida a la precontractual), GARCÍA RUBIO, obra citada, pp. 259 y 261. En Derecho alemán, cfr. SCHRAMM, *Münchener Kommentar*, ad § 179, núm. 33.

varios según situaciones; las consecuencias deben ser también, y cualitativamente. Y así, junto a un caso-tipo (general) en que el falso representante comunica directa y lealmente a la otra parte que carece de poder, o hasta dónde llega el que tiene, cabría pensar en otros: *a*) aquel en que hay extralimitación y el representante, consciente de ello, no da al contrario «conocimiento suficiente de sus poderes» (art. 1725); *b*) el caso (agravado) en que oculta o engaña sobre su legitimación; y *c*) aquel en que el *f. p.* obra correctamente, y es la otra parte la que actúa de mala fe. Esta distinción –que podemos encontrar también en otros ordenamientos (§ 179 BGB, art. 39 C.Oblig. suizo, *Convention on Agency, Principios DEC*)– no afecta sólo a la existencia o no de responsabilidad, sino a sus efectos (alcance o contenido).

A su vez, varias pueden ser las consecuencias derivadas de la responsabilidad del falso representante. Hay, en principio, dos primarias: el cumplimiento *in natura* de la prestación objeto del contrato representativo y la indemnización de los perjuicios sufridos. Junto a ellas, la posibilidad de otras acciones a favor del perjudicado (enriquecimiento sin causa, cláusula penal) y su compatibilidad con aquéllas y la cuestión de la solidaridad entre obligados.

1. CUMPLIMIENTO *IN NATURA* DE LA OBLIGACIÓN

Esta es la solución que con carácter general establece el § 179.1 del BGB, como alternativa a la indemnización, a elección del cocontratante, mientras el representante no acredite su poder de representación (los otros apartados del mismo párrafo contemplan supuestos diferentes, y sólo la indemnización)¹²¹. Aun no previsto aquel mismo efecto en el Código de Obligaciones suizo (cfr. su art. 39), un autor prestigioso como Von Thur lo cree posible para el caso de culpa del representante (art. 39.2, agravación de la responsabilidad)¹²². No ocurre lo mismo en Derecho italiano, donde doctrina y jurisprudencia se inclinan por la sola indemnización¹²³.

Tampoco es ésa, en principio, la solución que mejor encaja en el ordenamiento español, donde la responsabilidad del *falsus procurator* consiste, como regla general, en la indemnización de los

¹²¹ Cfr. FLUME, *op. cit.*, pp. 933 ss.; *Staudinger Kommentar*, cit., ad § 179, núm. 12 ss.; y *Münchener Kommentar*, ad § 179, núm. 30 ss.

¹²² *Tratado de Obligaciones* (trad. esp.), Madrid, 1934, p. 261. Amplia referencia para el Derecho suizo en PIOTET, obra citada, pp. 84 y 95.

¹²³ Así, por ejemplo, BESONE y GALLI, en la bibliografía especializada; MESSINEO entre los generalistas. Cfr. S Cass. Civ. 2919, de 10 de octubre de 1962 (*Mass. Giur. it.*, col. 984), y su razonamiento.

perjuicios sufridos por el cocontratante por la no ratificación. Sin embargo, en vista del artículo 1725 CC, única norma que de forma directa habla de las consecuencias de la extralimitación del mandato (o del poder), y visto también el alcance e interpretación sugerida de su expresión «responsable *personalmente* a la parte con quien contrata» –vinculación contractual del representante con esta parte si la prestación debida no es infungible y personal del representado (cfr. apart. VI.2.2)–, pienso que no habría inconveniente en que con este carácter de excepcional (sólo para los contratos de prestación fungible; también en Derecho alemán) pueda quedar directamente vinculado el mandatario (representante) que se extralimite sin haber dado cuenta suficiente de sus poderes, como opción facultativa junto a la indemnización, a favor del cocontratante, como tengo dicho.

No es ése el parecer de la doctrina española prevalente, tanto en lo que se refiere al artículo 1725 (recuérdese lo dicho en su momento) como de la responsabilidad del falso representante en general, para lo que sólo prevé la indemnización del llamado *interés negativo*¹²⁴.

Ese cumplimiento *in natura* no supondría un reconocimiento genérico de la calidad de parte contractual *stricto sensu* del falso representante –no lo es, porque el contrato pretendía vincular al representado; el cumplimiento *in natura* tiene origen legal, no voluntario–, sino una forma subsidiaria de cumplimiento de la obligación de indemnizar, que es la prestación debida por el responsable, que la ley (en la interpretación apuntada) le impone en interés del perjudicado, a quien protege. De ahí que quede a elección de éste (pretensión facultativa a su favor) y no a voluntad del *falsus procurator*; quien no tiene derecho de exigir al cocontratante el cumplimiento (idéntica opción en el § 179.1 BGB): sólo –insisto– si a su interés conviene y si él opta por esa forma alternativa de satisfacción de su crédito, que el ordenamiento debe propiciar («principio general de protección al perjudicado», de que habla la jurisprudencia: cfr. S de 12 de septiembre de 2005). Todo ello sólo si hay crédito de indemnización: si no ha habido perjuicios no hay responsabilidad del *f. p.*, ni crédito ni pretensión, y el cocontratante no podrá pedir el cumplimiento *in natura*.

Por tratarse, en el caso mencionado, de una pretensión facultativa a favor del cocontratante, se le aplicará el régimen de ésta (en Derecho alemán se aplican los §§ 263 ss. BGB por analogía). Ejercitada la opción, quedará vinculado por ella esa parte; mas si era

¹²⁴ Véase nota 113. Parece inclinarse a favor de la posibilidad del cumplimiento *in natura* CARRASCO PERERA, *op. loc. cit.*, p. 431.

imposible *ab initio* el cumplimiento, creo que no pierde el perjudicado su derecho a indemnización (prestación debida). Esta parte tiene los mismos derechos que hubiera podido reclamar al representado; y deberá la contraprestación correspondiente en caso de que haya obligación bilateral. El representante tendrá la misma posición y derechos que corresponderían al representado de haber sido eficaz el negocio (por ejemplo, las acciones derivadas de incumplimiento de adverso). Verosímilmente, no operarán a favor de tercero las garantías voluntarias que acompañaran al contrato, ya que la pretensión de cumplimiento lo es *ex lege* –así, para el caso del § 179.1 BGB (Schramm)–¹²⁵.

La solución que propongo (cumplimiento *in natura*), para el caso y a partir del artículo 1725 CC, plantea algunos interrogantes: a) ¿sería aplicable al supuesto de ausencia absoluta de poder, no sólo para la extralimitación? La respuesta debe ser positiva, dada la equiparación general de ausencia y extralimitación y la aplicación de estas normas del mandato a la representación. b) ¿Sería compatible el cumplimiento *in natura* con la indemnización de perjuicios? Creo también que sí, ya que ésa es la regla general en materia de responsabilidad contractual (de ese tipo es, ciertamente, este caso, por imposición del art. 1725). Tal puede ocurrir si hubo actuación dolosa del representante y buena fe del tercero (cfr. art. 1107 CC).

2. INDEMNIZACIÓN

2.1 En general: de qué indemnización se trata

Hay cierta unanimidad en la doctrina española en que la responsabilidad del falso representante alcanza al llamado (desde Ihering) «interés negativo» o interés de la confianza¹²⁶, y se funda en la tutela de la confianza creada y defraudada y no en lo que cabía esperar (el cumplimiento) del contrato ineficaz. También en la italiana¹²⁷:

¹²⁵ No creo que sea aplicable a nuestro Derecho cuanto dice SCHILKEN para el alemán (que presenta como opinión generalizada): que dado que el cocontratante, al elegir el cumplimiento *in natura*, no debe obtener más de lo que hubiera obtenido frente al representado, se agota su pretensión frente al representante si el representado no tiene patrimonio o deviene insolvente –lo que se deduce, dice, de la *ratio legis* del § 179: proporcionar al cocontratante la misma posición jurídica que hubiera tenido contra el representado; el derecho de cumplimiento y el interés de incumplimiento deben basarse en la «correspondencia de la confianza»– (*op. loc cit.*, núm. 15; en el mismo sentido, FLUME, *op. cit.*, p. 939; y SCHRAMM, *Münchener Kommentar*, ad § 179, núm. 34).

¹²⁶ Me refiero a PÉREZ-ALGUER, Díez-PICAZO, LACRUZ-RIVERO, GORDILLO, ASÚA, G. RUBIO, SERNA MEROÑO, COLÁS-ESCAÑÓN y demás, obras y lugares citados.

¹²⁷ En cuanto a la doctrina italiana y la jurisprudencia, cfr. las citadas en la nota 54. En sentido contrario, Ugo NATOLI, voz «Rappresentanza», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII (197), p. 484 (con otras referencias).

con distinciones, en la alemana; no en la suiza, por su artículo 39.1 C.Oblig. Esta indemnización pretende situar al cocontratante frustrado en la misma situación patrimonial en que se encontraría si no hubiera emprendido los contactos negociales e ineficazmente contratado, si no hubiera confiado en la eficacia del contrato (frustrado); es decir, el resarcimiento llega al límite representado por el *id quod interest contractum in initum non fuisse* de los clásicos. (Más adelante concretaré hasta dónde alcanza ese *interés negativo*.)

Me parece razonable, en principio, esa solución. Aunque en nuestro ordenamiento positivo no está prevista directamente la indemnización del interés negativo, como tampoco está regulada la *c. i. c.* para la que se predica (y por remisión alcanza a la responsabilidad del *falsus procurator*), la ha aceptado nuestra mejor doctrina y cierta jurisprudencia, y me parece perfectamente admisible –en principio, he dicho, para nuestro caso–. Hoy hay relativa unanimidad doctrinal acerca de que para ciertos casos de frustración del contrato –algunas nulidades, resolución *ex art.* 1124 CC¹²⁸, más los típicos de la *c. i. c.*– la reparación de los daños de la parte perjudicada debe limitarse a los comprendidos en el «interés contractual negativo», categoría jurídica hoy bien asentada: conclusión correctamente argumentada, amén de razonable y no contraria a Derecho, que asumo de buen grado en ese plano general.

Lo que no me convence tanto es el traer esa solución (indemnización del interés negativo) de forma directa y unitaria, como respuesta única y uniforme, al ámbito de la responsabilidad del *falsus procurator*. En mi opinión –lo tengo dicho– esta responsabilidad no siempre coincide con ni se acomoda cumplidamente a los esquemas típicos de la *c. i. c.*, que es de donde se predica aquella indemnización. Por otro lado, aun aceptando la categoría y el régimen del interés negativo y los casos en que lo aplica la doctrina española, no podemos ignorar: *a*) que en Derecho español, además de ser discutible si la del *falsus procurator* es efectivamente un supuesto de *c. i. c.*, no está regulada la responsabilidad precontractual ni hay ninguna norma que imponga que la indemnización en nuestro caso deba referirse siempre y sólo al interés negativo –del que es erróneo pensar (como algunos creen) que es siempre inferior al interés positivo–¹²⁹; *b*) que tampoco hay una regulación general de la responsabilidad del *f. p.*, y sí hay una norma especial para un caso concreto (art. 1725) que prevé una forma particular y distinta de responsabilidad de la del interés negativo –es decir, este

¹²⁸ En ese sentido, DELGADO ECHEVERRÍA y JORDANO FRAGA; no comparten esa opinión DÍEZ-PICAZO y otros.

¹²⁹ Cfr. PIOTET, obra citada, p. 84.

último no sería la única solución viable en nuestro ordenamiento—; *c*) que es dudoso que la responsabilidad del *f. p.* deba limitarse siempre al interés negativo (lo que el contratante se habría ahorrado en caso de no haber contratado con aquél): piénsese en el supuesto de quien contrata con un representante sin poder y, creyendo que ha comprado una finca, la vende a un tercero, venta ésta que no podrá cumplir por la ineficacia del primer contrato si no ratificado; la indemnización al cocontratante de su interés negativo será insuficiente, porque él tendrá que indemnizar, a su vez, por su propio incumplimiento contractual¹³⁰; *d*) que hay una amplia tipología de actuación del *f. p.*, la cual, conjugada con las varias actitudes subjetivas apuntadas, exige que no deba ser idéntica siempre la responsabilidad en un sistema jurídico que valora de forma importante las componentes subjetivas a la hora de determinar las consecuencias y la indemnización en el ámbito negocial —en el mismo sentido, en otros ordenamientos¹³¹.

No se olvide, en fin, que hay, en atención a las circunstancias, supuestos en que queda excluida la responsabilidad de quien ha actuado sin poder: tal, por ejemplo, si el cocontratante conoce la falta de poder y actúa de mala fe, o si conoce, además de la falta de poder, la improbabilidad de la ratificación y se arriesga. Luego —en conclusión— la solución unitaria (sólo y siempre indemnización del interés negativo) es inviable y debe ceder ante otras alternativas jurídicas.

2.2 Casos en que procede o no la indemnización

De acuerdo con lo que acabo de razonar y cuanto dije en el apartado VI.3 («casos concretos de responsabilidad...»), procede concretar aquí los supuestos en que el *f. p.* queda excluido de responsabilidad en su actuación representativa, y aquellos en que sí ha lugar; y, dentro de éstos, los que podríamos calificar como de responsabilidad básica, estándar, y los de responsabilidad agravada.

2.2.1 EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL FALSO REPRESENTANTE

a) En el supuesto en que él no conoce su falta de legitimación y actúa de mala fe el cocontratante (conoce la carencia o insufi-

¹³⁰ Ejemplo que ponía HUBER al explicar el artículo 39.2 C.Obl. suizo ante el Consejo Nacional (cfr. PIOTET, *op. cit.*, p. 85).

¹³¹ Los ordenamientos extranjeros que estoy manejando (BGB, C.Oblig. suizo, CC ital., Principios del Derecho Europeo de Contratos) valoran todos el conocimiento y la confianza sin culpa.

ciencia del poder y, sin advertirlo, continúa la relación comercial con el *f. p.* hasta dejar el acuerdo pendiente de ratificación). Esa mala fe del cocontratante hace impropetible su situación si el negocio emprendido con tal conocimiento se frustra: él asumió voluntariamente el riesgo; no hay defraudación de una confianza que razonablemente nunca hubo ocasión de tener.

b) Parecido al anterior es el caso en que el cocontratante conoce –o debía conocer (ignorancia inexcusable)– la ausencia de poder, que le comunica el representante sin darle garantía alguna de que haya ratificación, unida a la mala fe del primero, sea porque sabe que no llegará ésta o porque su conocimiento de la situación y circunstancias no le permiten albergar confianza ni expectativas razonables. En Derecho alemán, en que el § 179.3 BGB excluye la responsabilidad del *f. p.* si la otra parte conocía la falta de poder, se asimila a esta situación aquella en que el cocontratante no la ha conocido por negligencia inexcusable¹³². Excluyen también la responsabilidad del *f. p.*, en caso de conocimiento de la carencia de poder, el suizo C.Oblig. (art. 39.1), la *Convention on Agency* (art. 16.2) y los *Principios D. E. C.* (art. 3204.2) (cfr. nota 20). La exención de responsabilidad se justifica aquí en que no hay defraudación de la confianza, y la mala fe hace impropetible el interés del tercero.

c) El cocontratante conoce (o debía conocer) la gran improbabilidad de la ratificación, de la que le ha advertido el *f. p.* o él puede deducir de hechos y su conocimiento de las circunstancias, y aun así asume el riesgo y continúa las negociaciones: la frustración del negocio por la efectiva no ratificación no es el resultado de una confianza defraudada, porque no la pudo haber razonablemente.

2.2.2 RESPONSABILIDAD BÁSICA O GENÉRICA DEL *F. P.*

Me refiero, con esta expresión, a los casos y responsabilidad estándar, de tipo medio (la no agravada). Es el supuesto general (hay responsabilidad, en principio, salvo los casos de exención, o de agravación), y ha lugar a ella en consideración a la actuación irregular del *f. p.*, sin exigencia de culpa específica.

¹³² SCHRAMM (*MüKo*, ad § 179, núm. 40) dice que no existe obligación de investigar e informarse por parte del tercero. Éste no suele tener la posibilidad de conocer la falta de poder del representante. Si éste afirma, explícita o implícitamente, que dispone del poder, la otra parte tiene en principio derecho a creérselo. Sólo si por las circunstancias del caso hay indicios suficientes para fundar la duda, el tercero tiene la obligación de confirmarla. Si no lo hace, no actúa con la diligencia necesaria y debe asumir las consecuencias. El alcance del deber de comprobación se rige por las circunstancias del caso.

a) *Falso representante que no conoce su falta de poder.* Debe responder ante la otra parte contratante cualquiera que sea la causa de tal desconocimiento, incluso cuando ignora sin su culpa la falta del poder: me parece más justo que soporte él los perjuicios de la frustración del contrato que el que sea el cocontratante quien pague con ellos (cfr. VI.3.1). Habría que excepcionar sólo el supuesto (difícil en la práctica) en que el desconocimiento o conocimiento deficiente (de los límites del poder, por ejemplo) se deba sólo a negligencia inexcusable del representado, en cuyo caso el responsable sería éste último (*c. i. c.*) y no aquél.

b) El falso representante no comunica su falta de poder al cocontratante, sea por olvido o mera negligencia (sin mala fe de aquél), o sencillamente porque el segundo no lo pide pudiendo hacerlo (art. 1725). En ambos casos debe responder el primero de los perjuicios resultantes. Dejo a salvo el supuesto de mala fe del *f. p.*, porque creo que debe ser objeto de responsabilidad agravada.

c) Supuesto de conocimiento por el cocontratante de la falta de poder del representante, quien lo hace saber así a aquél con la sola alusión a la posibilidad o mera probabilidad de ratificación –lo que motiva una confianza en su verosimilitud–, sin darle garantía alguna de que llegue ésta; y el de conocimiento también de la falta de legitimación sin que se haya hablado, en las relaciones *f. p.*-cocontratante, de posibilidad o probabilidad de ratificación, con buena fe (confianza razonable) por parte del segundo; mas no si hay mala fe de este último. No se confunda este caso con los anteriores de 2.2.1.b) y c).

d) Creo que también cabe incluir en este grupo el caso en que el *f. p.* comunica tardíamente (no desde el principio de su relación negocial) a la otra parte la seria dificultad o gran improbabilidad de ratificación, y, ello no obstante, prosigue esta parte la negociación. En este supuesto la responsabilidad y sus consecuencias comprenderían sólo los perjuicios anteriores a esa comunicación [cfr. apart. VI.3.2.2.d)].

2.2.3 RESPONSABILIDAD AGRAVADA

Ya la he aludido. El caso más claro a este respecto –no sé si deba ser el único; quizá no– es aquél en que el representante, conociendo su falta de poder, no la comunica consciente y maliciosamente a la otra parte, ante quien crea una confianza y unas expectativas razonables de un contrato con el principal que luego se verán frustradas, a falta de ratificación. Es una ocultación consciente, verdadero engaño, y la mala fe lo que justifica en este ámbi-

to la agravación de la responsabilidad¹³³. Una previsión semejante hay en el artículo 39.2 C.Oblig. suizo [«en caso de culpa del representante (culpa relacionada con el conocimiento o no de la otra parte sobre la ausencia de poder), el juez, si lo exige la equidad, puede condenarlo a mayor indemnización»].

3. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN

Limito ahora mi atención sólo a la indemnización, dejando aparte la posibilidad de la reparación *in natura* (prestación subsidiaria) en el caso y con la limitación que dije. En orden a esa indemnización *stricto sensu* cabe, a su vez, distinguir:

A) En los supuestos que he llamado de *responsabilidad básica o estándar* (los cuatro del apartado 2.2.2 recién visto) dicha reparación alcanzará al *interés negativo* o interés de la confianza, porque en todos ellos ha quedado defraudada ésta y las legítimas y razonables expectativas que pudo concebir el cocontratante; y no hay, por otro lado, ningún elemento de juicio adicional (mala fe, negligencia inexcusable) que justifique que su responsabilidad deba ir más allá. No tengo que reiterar razones, ni su alcance general. Yendo a lo concreto, ese *interés negativo* –colocar al cocontratante en la misma situación patrimonial en que se encontraría si no hubiera emprendido los contactos negociales que han desembocado en el contrato ineficaz– comprenderá no sólo las consecuencias dañosas derivadas de la negociación (daño emergente) sino también las ganancias ciertas que haya dejado de obtener (lucro cesante) –más discutible, menos justificado esto para algunos–¹³⁴.

Los perjuicios indemnizables, en esa inteligencia, son los gastos que ha irrogado el contrato (pericias, asesoramientos, viajes requeridos, documentación preparada, escritura), los hechos en previsión de la prestación propia que cumplir y del cumplimiento (previsible) de la otra parte, los gastos judiciales justificados contra representante o representado (por reclamación de cumplimiento, o semejante), el tiempo y la actividad personal o profesional dilapidados inútilmente, las ocasiones perdidas de celebrar otros contratos en lugar del frustrado (y consiguientes pérdidas económicas)¹³⁵,

¹³³ Cfr. CARRASCO PERERA, *op. loc. cit.*, p. 431 (con cita de FLUME).

¹³⁴ Sobre la inclusión del lucro cesante en la indemnización del interés negativo, a lo que es poco dada cierta doctrina (sobre todo la italiana), cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., t. I, p. 280.

¹³⁵ En cuanto a esas oportunidades perdidas, parece razonable que se limiten a las reales de celebrar con otros el mismo contrato frustrado, no cuando la ocasión perdida sea presunta (sobre la cuestión, BARBERO, *Sistema del Diritto privato*, Bolonia, 1956, pp. 446 ss.).

etcétera. En todo caso, tanto los gastos como las oportunidades perdidas deberán ser efectivas o razonables, y probadas. Por la misma razón –indemnización de los perjuicios–, y para evitar un enriquecimiento injusto, de los daños acreditados habrá que descontar, imputar los beneficios producidos a favor del cocontratante (daños evitados, efectos ventajosos derivados de la ineficacia del contrato): es la *compensatio lucri cum damno* de los autores del Derecho común, cuya procedencia hoy nadie discute.

En la doctrina española son muy pocos los autores que admiten que la indemnización pueda llegar al interés contractual positivo (de cumplimiento): así, sin distinción de supuestos, Carrasco Perera y García Rubio¹³⁶. Aun sin emplear el término *interés negativo*, se ha referido a él la S de 2 de octubre de 2001 –única de que tengo noticia en nuestra jurisprudencia para este caso–¹³⁷.

B) Más problemática es la determinación de la que he llamado *responsabilidad agravada* (supuesto del anterior apart. 2.2.3). En algunos ordenamientos la alternativa al interés negativo como regla general es, para los casos agravados, el interés positivo o de cumplimiento (§ 179.1 BGB); en otros se habla sólo de «mayor indemnización» [que el interés negativo] (art. 39.2 C.Oblig. suizo), que la jurisprudencia suiza ha concretado en algún caso en el interés positivo en la ejecución del contrato¹³⁸. En nuestro Derecho, en defecto de norma directa, para justificar legalmente la agravación de la responsabilidad –reparación de perjuicios en relación de causalidad con una actitud que excede de la *c. i. c.* y de la mera inexistencia de poder, y caracterizada por la ocultación y el engaño– hay que pensar en primer lugar en el artículo 1106 CC (interés contractual positivo), aplicable por analogía; pero también, por la apelación hecha a la mala fe, en el 1107.2.º CC. Creo, pues, que la responsabilidad agravada debe ser (solución más razonable) la del artículo 1106 en cuanto se refiere a la concreción de los daños indemnizables (daño emergente y lucro cesante), completada por lo dispuesto en el 1107.2.º en

En el cálculo de las ocasiones perdidas entrará en juego el criterio subjetivo, que tomará en consideración la habilidad para los negocios del perjudicado (véase ahora DE MARTINI, «Invalidità del contratto del *f. p.* e interesse contrattuale negativo», *Giur. Compl. Cass. civ.* 1949, pp. 295 ss.).

¹³⁶ Cfr. CARRASCO PERERA, *op. loc. cit.*, p. 431; y GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, p. 204.

¹³⁷ Dice esa sentencia indemnizables «los gastos estrictamente hechos por el demandante en el solar litigioso [el objeto del contrato ineficaz, que por este motivo ordena restituir al representado] entre la fecha del contrato debatido y la fecha en que fue requerido para que suspendiera las obras [...], momento a partir de cual era consciente, o tenía necesariamente que haberlo sido, de quedar en entredicho la titularidad fundada sobre base tan endeble como era el contrato verbal a través de intermediario con quien decía ser representante».

¹³⁸ Cfr. Arrêt Trib. Féd. 106/131 (en *Journal des Tribunaux*, 1981, p. 259), que dijo que deben ser tomadas en consideración todas las circunstancias relevantes, y la concreción del daño y su cuantía.

tanto alude al límite causal de los daños objeto de indemnización (con una interpretación restrictiva, dado que su punto de vista es *ex post facto*, una vez incumplida dolosamente la obligación, para observar retrospectivamente qué daños están vinculados al incumplimiento, cosa que aquí no se da)¹³⁹.

4. CUANTIFICACIÓN Y RECLAMACIÓN DEL DAÑO

La reclamación de los daños derivados de la ineficacia de este contrato sigue las reglas generales sobre la indemnización de perjuicios, a las que es obligado hacer remisión, sin más. Hay, sin embargo, alguna particularidad que me permito destacar.

4.1 Cálculo de los daños

Habida cuenta de la pobreza de referencias concretas en Derecho español, hay que discurrir de acuerdo con los parámetros normativos y jurisprudenciales generales, y subrayar la dificultad de la determinación de los daños que aquí afectan (interés negativo), sobre todo en lo que concierne a las oportunidades perdidas por el cocontratante (la verosimilitud de otro contrato celebrado en lugar del frustrado, y su real contenido y beneficios obtenibles), y su prueba. El interés es aquí de valoración fungible, y deberá comprender el llamado «coste de incumplimiento» (el que gravará al cocontratante por incumplir él a su vez con tercero: recuérdese el ejemplo de Huber, en el anterior apartado 2.1, y en nota 130).

En orden al cálculo de los daños indemnizables, cierta doctrina y jurisprudencia alemana todavía invocan la llamada *teoría de la diferencia* (de F. Mommsen), en particular para contratos generadores de obligaciones recíprocas¹⁴⁰. Mas esa posición, que conduciría a un *cálculo abstracto de daños* (el equivalente de la contraprestación que se debía haber alcanzado del contrato frustrado), con visión demasiado general y ajena a las singularidades del caso, ha sido sustituida por una *concepción concreta del daño* (Walsmann: «perjuicio específico sufrido por la víctima en su persona o en su patrimonio en forma de pérdida o menoscabo de determinados bienes») y por la *teoría de la subrogación* (a cambio de la contraprestación cabe pedir y obtener el valor de la prestación)¹⁴¹.

¹³⁹ Cfr. R. DE ANGEL YÁGÜEZ, coment. artículo 1107 CC, en *Comentario del Código Civil*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, II, pp. 60-61.

¹⁴⁰ Cfr. SCHRAMM, *Münchener Kommentar*, ad § 179, núm. 36.

¹⁴¹ Cfr. LACRUZ-DELGADO, *Elementos*, cit., t. II-1.º, ed. 1985, p. 513; Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pp. 309 ss.; y MEDICUS, *Id quod interest. Studiem zum Römischen Recht des Schadenersatz*, 1962, pp. 119 ss.

No se desestime, en todo caso, la advertencia de Medicus de que el *id quod interest* no es tanto un principio formal, sino valorativo, y que su aplicación al caso concreto es una decisión creadora más que una subsunción lógica.

Aunque nuestra jurisprudencia se ha atenido incluso recientemente –con sentencias desde la de 6 de octubre de 1962 a las de 28 de abril de 1992 y 2 de abril de 1997 (para responsabilidad extracontractual)– a la teoría de la diferencia, hoy parece preferible optar por un cálculo concreto del daño que tome en consideración las circunstancias particulares del caso, de fuerte influencia casi siempre (pero sobre todo en lo que concierne a las oportunidades perdidas), y dada la complejidad de los perjuicios en este caso, en buena medida dependientes de la confianza creada en la realidad por un contrato, luego ineficaz.

Huelga casi decir que los daños resarcibles han de ser directos y efectivos, y quedar cumplidamente probados (criterio general).

4.2 Relación de causalidad

Que debe haber una relación de causalidad –como otros requisitos generales propios de la acción de indemnización– entre la actuación dañosa y los perjuicios habidos es obvio. Pero la particularidad de nuestro caso radica en que, por tratarse de unos daños derivados de defraudación de la confianza (típico de la responsabilidad del *f. p.*), la valoración de la causalidad debe tener en cuenta, junto al criterio general (relación acción-daños), la relación entre la confianza defraudada y el daño habido: éste ha de ser el originado sólo por la situación de confianza creada, y directamente vinculado a ella. Por esto no hay indemnización cuando el cocontratante conocía (o debió conocer) la inexistencia de legitimación del *f. p.* o la improbabilidad de la ratificación. Así, también, en atención a la no causalidad de una razonable confianza, no deberán ser indemnizados los gastos llamados especulativos ni los que constituyen un riesgo implícito de todo negocio¹⁴².

Tiene de nuevo importancia la relación de causalidad no sólo en el aspecto dicho (relación entre acción y daños), sino en la cuantificación del daño indemnizable, de forma que todo el perjuicio reclamado sea consecuencia cierta de la actuación del *f. p.* Esta mención, de valor general, debe ser destacada aquí para los casos en que por mala fe del representante, deba aplicarse el artículo 1107 CC (en cuanto se refiere, sustancialmente, según doctrina y

¹⁴² Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, cit., t. I, p. 279.

jurisprudencia, al límite causal de los perjuicios objeto de indemnización, como dije)¹⁴³.

4.3 ¿Limitación máxima de la responsabilidad?

El § 179.2 BGB dice que el interés negativo no podrá superar el importe del interés que el cocontratante tenga en la validez del contrato (interés positivo). No establecen límite alguno, en cambio, el CC ital. ni el suizo de Obligaciones. La doctrina suiza se ha planteado la cuestión, y está dividida en cuanto a si habría lugar a ese mismo límite¹⁴⁴. ¿Qué decir respecto del ordenamiento español?

Creo que en éste no procede esa limitación, no sólo por no establecerla legalmente —en Alemania sólo se admite en los casos expresos: los de los § 122, 179 y 307 BGB—, sino porque parece ilógico, poco razonable si ha de quedar indemne el perjudicado¹⁴⁵. Me remito a cuanto tengo dicho sobre los casos de agravación y contenido de la indemnización.

5. COMPATIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN CON OTRAS

Ya he aludido a la compatibilidad de la responsabilidad del *f. p.* con ciertas acciones: en concreto, con las derivadas de la invalidez del contrato por causas ajenas a la falta de poder. Me refiero ahora a la compatibilidad de la acción de indemnización (y su subrogada la de cumplimiento *in natura*, en su caso) con otras de que pueda disponer el perjudicado.

A) *Con la acción de enriquecimiento sin causa*

La contempla, y declara expresamente su compatibilidad, el artículo 39 C. Oblig. suizo, y de ella se ha ocupado su jurisprudencia¹⁴⁶. La considera también, para el Derecho alemán, Flume, para

¹⁴³ Por esa razón (causalidad eficiente), y también porque el daño indemnizable se relaciona con la consecuencia directa del comportamiento del *f. p.*, en el caso de que éste haga saber tardíamente a la otra parte su falta de legitimación y la gran dificultad o alta improbabilidad de ratificación, el daño resarcible es parcial: el producido antes de ese momento y no el posterior a tal comunicación.

¹⁴⁴ Cfr. PIOTET, obra citada, pp. 88 ss.

¹⁴⁵ En sentido contrario, COLÁS-ESCANDÓN, *op. cit.*, p. 552. En cambio, GARCÍA RUBIO hace distinciones varias, según que haya o no culpa o negligencia en el *f. p.* (obra citada, pp. 245 ss.).

¹⁴⁶ Cfr. *Arrêt Trib. Féd.* 116/689 (*J. Trib.*, 1992, p. 197), y *Trib. Fed.* 97/66 (*JT*, 1971, 526).

el caso en que el cocontratante haya realizado una prestación (en su ejemplo, a favor del representado) pensando que el contrato ha tenido lugar, es eficaz y él comienza a cumplir lo que le compete: procede la restitución de aquella prestación o, en su lugar, en su caso, la acción de enriquecimiento injustificado¹⁴⁷. En Derecho italiano su jurisprudencia incluyó en ese ámbito la restitución de los intereses del precio pagado, que hubo de devolver el *f. p.* por la ineficacia de la venta (Ss. Cass. Civ. de 26 de marzo de 1965 y 9 de diciembre de 1976).

Pienso que también habrá la misma compatibilidad en Derecho español y que aquí funcionarían de la misma forma esos casos y ejemplos. El enriquecimiento sin causa ha llegado a constituir un principio general de derecho en nuestro sistema jurídico; la acción de esa clase es, en principio, compatible con otras, aunque con ciertas limitaciones¹⁴⁸, que no operarían en nuestro caso. Es exigible, desde luego, que concurran en aquélla los requisitos típicos del enriquecimiento injusto (que no tengo que recordar aquí).

B) *Con la acción por «culpa in contrahendo»*

En tanto que la responsabilidad del *f. p.* es específica y no se identifica con la *c.i.c.*, no obstante su proximidad, puede haber ocasiones en que en sustitución de aquélla haya lugar a ésta; y algunas en que concurran una y otra, que no deben ser incompatibles por esa no identidad, máxime en cuanto que, en mi opinión, la primera tiene no poco de responsabilidad objetiva y la segunda (*c.i.c.*), subjetiva, culpabilista. (Así, también, en otros ordenamientos)¹⁴⁹. Una acción ejercitable no excluye, en línea de principio, la reclamación de responsabilidad por otro título, salvo incompatibilidad legal.

Antes de ahora he citado un caso de responsabilidad del falso representante por *c.i.c.*: la del negocio representativo que resulte inválido por razones ajenas al poder, que haya ocultado el propio representante y, dadas las circunstancias, haya confiado la otra parte en la validez del contrato; y aquel en que el *f. p.* actúa con desconocimiento de su legitimación por culpa exclusiva del representado, con idéntica confianza del cocontratante, luego defraudada. En estos casos la responsabilidad precontractual del representa-

¹⁴⁷ Véase FLUME, *op. cit.*, p. 937, y jurisprudencia que cita.

¹⁴⁸ Cfr. LACRUZ-RIVERO, *Elementos*, cit., t. II-2.º (ed. 2005), pp. 412 y 416-417; y, sobre todo, ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989 (2.ª ed.), pp. 110-111.

¹⁴⁹ Para el Derecho suizo, cfr. PIOTET, *op. cit.*, p. 71. Para el Derecho alemán, SCHILKEN, en *Staudinger Kommentar*, cit., ad § 179, núms. 2 y 20.

do sustituye a la típica del *f. p.*. Pero si en lugar de esos problemas deviene el contrato ineficaz por la sola falta de poder y en su gestación hubiera habido una deslealtad por parte del representante (ocultación de datos objetivos, inducción a gastos innecesarios) que hubiera aumentado los perjuicios del cocontratante, éste podrá acumular una y otra acción, cada una con pretensión diferente (título, objeto, cuantía) en tanto que justificadas por fundamento distinto.

En otras ocasiones el cocontratante podrá ejercitar, junto a la acción de responsabilidad típica o específica contra el *f. p.*, otra por *culpa in contrahendo* contra el representado cuando, sin provocar o llegar a producirse una verdadera representación aparente (por falta de los requisitos propios) que le haga a él parte contractual frente al tercero, haya actuado un tanto frívola o descuidadamente y haya contribuido a crear o aumentar una confianza razonable en el cocontratante y a gastos y ulteriores perjuicios de éste que deban ser indemnizados. Junto a la acción específica contra el *f. p.* (que no ha desaparecido) podrá reclamar el perjudicado otra indemnización contra el representado, que es, sin duda, por *c.i.c.* Problema práctico interesante será en este caso el de la relación de causalidad (delimitar cuál es la causa eficiente y cuantía de los perjuicios respecto de cada uno de ambos causantes)¹⁵⁰.

C) ¿Con la cláusula penal?

Para la viabilidad de una pena convencional sería precisa la eficacia del contrato en que se inserte, por lo que para este caso, dada la ineficacia del contrato del *f. p.* a falta de ratificación (hipótesis de partida), la cláusula penal debería ser autónoma (y no inficionada por los problemas de ese contrato), por acuerdo independiente y anterior entre el representante y el cocontratante, y válida *per se* (reglas generales al respecto). De ser así, su alcance y eficacia dependerá del tipo de cláusula penal (cumulativa, liquidatoria o liberatoria), y en función de ello, la compatibilidad o no con la responsabilidad propia del falso representante¹⁵¹.

¹⁵⁰ En la jurisprudencia italiana, véase S. Cass. Civ. de 12 de julio de 1965 (el reconocimiento de la responsabilidad del *f. p.* no excluye la responsabilidad por otro título).

¹⁵¹ GARCÍA RUBIO, al tratar de las cláusulas modificativas de la responsabilidad precontractual, se refiere a la admisibilidad de la liquidatoria previa del daño derivado de esa responsabilidad «a través de una cláusula penal» (y cita e su apoyo la STS de 19 de diciembre de 1985) (*op. cit.*, p. 261). En la jurisprudencia italiana, la S. Cass. Civ. 2468/1988, de 16 de marzo de 1988 (*Giust. Civ.*, 1989, pp. 678 ss., anotada por CONTINO) consideró incompatible la cláusula penal y la responsabilidad del *f. p.* ex artículo 1398 CC, dada la ineficacia del contrato y la necesidad de eficacia del mismo para que le sea aquella cláusula. Criterio distinto había mantenido el tribunal de apelación, que había condenado al pago, como daños resarcibles, de los previstos en la cláusula penal.

6. SOLIDARIDAD ENTRE RESPONSABLES

Hay dos supuestos en que cabe preguntarse por esta solidaridad.

A) *Entre (falsos) representantes*. Si actúan de consuno varios falsos representantes (gestión colectiva de un solo asunto, aunque comprenda varias cosas), y resultan responsables (varios) por darse los requisitos vistos de esta responsabilidad, deben serlo mancomunados, no solidarios (salvo que ellos lo hayan asumido): solución prevista en el art. 1723 CC, aplicable por analogía –por más que la norma sea criticable y criticada¹⁵²–, además de la regla general del artículo 1137 (cfr., sin embargo, el art. 1890 CC, que creo que no es de aplicación aquí, frente a aquella norma, más específica).

B) *Entre representante y representado*. Vista la posibilidad de concurrencia de responsabilidad del *f. p.* y del representado (apart. IV.2.3), hay que preguntarse si esa responsabilidad conjunta es solidaria o no. Frente a la presunción de no solidaridad del artículo 1137 CC, cabe oponer aquí que, aunque por conducta autónoma, ambos responsables lo son por su comportamiento irregular en relación con el mismo acto jurídico (el contrato frustrado) –y exigible *in totum* a cada uno–, donde ambos defraudaron la confianza razonable que el cocontratante pudo albergar acerca del éxito del contrato –para la hipótesis de responsabilidad del representado por culpa propia–; o por la relación de dependencia del representante cuando pueda ser considerado auxiliar del principal (culpa *in eligendo* o *in vigilando* de éste), cuando así sea. Añádase las razones que aduce cierta jurisprudencia para justificar la «interpretación semicorrectora del artículo 1137 CC» (de que hablan varias sentencias), como cuando existe «comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones» y hay conexión interna entre ellas (S 2 de marzo de 1981).

Por esas razones –más claras y enérgicas en el segundo caso–¹⁵³, y con la finalidad de proteger al cocontratante perjudicado por ese acto y aquellas conductas concurrentes, pienso que es perfectamente defendible la responsabilidad solidaria de representante y pseudo-representado (cada una por el respectivo título y causa), por la

¹⁵² Así, A. GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid (Tecnos), 1968, pp. 294-295; y LEÓN ALONSO, *Comentario del Código Civil*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, II, *ad* artículo 1723, p. 1559.

¹⁵³ Cfr. LEÓN ALONSO, *coment. artículo 1725, Comentarios Código civil EDERSA*, cit., p. 344; ASÚA GONZALEZ, obra citada, p. 77; y, para el Derecho italiano, BENATTI, *op. loc. cit.*, p. 344.

que me inclino, con no menos motivo que en los supuestos de responsabilidad solidaria *ex* artículo 1591 CC y Ley de Ordenación de la Edificación, o en accidentes de tráfico (arts. 1902-1903 CC) en que la ha establecido la jurisprudencia española ¹⁵⁴.

7. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN

7.1 Requisitos previos

Además del concurso de todos los presupuestos que conocemos, *en el orden formal-temporal* se requiere que ya no sea posible la ratificación del *dominus*: no cabe el ejercicio de la acción de reparación de perjuicios antes de la ratificación o de su posibilidad, habida cuenta de que una forma hábil de perfección del contrato del *f. p.* es precisamente por medio de ella (art. 1259.2.º CC). Con la ratificación ya no hay frustración del contrato ni perjuicios indemnizables en razón de la representación sin poder.

7.2 La carga de la prueba

La carga de la prueba se rige aquí, en línea de principio, por las reglas generales (art. 217 LEC). Mas, concebida la del *f. p.* como una especie de responsabilidad cuasi-objetiva, con una presunción de culpa inicial, y los diversos elementos que la configuran, aquella cuestión adquiere alguna particularidad ¹⁵⁵:

A) *Incumbe al cocontratante* que reclama indemnización probar que la actuación del *f. p.* era representativa, la ausencia o insuficiencia de poder y la no ratificación por el *dominus* —elementos constitutivos de la pretensión que ejercita—. Igualmente, los hechos que determinen la agravación de la responsabilidad (ocultación consciente y maliciosa de la ausencia de poder), si la pretende (cfr. apart. VII.2.2.3). No tiene que probar la culpa del *f. p.*, porque ésta no es requisito de la acción.

B) *Compete al falsus procurator* el probar que no conocía su falta o insuficiencia de legitimación (para exculparse de responsabili-

¹⁵⁴ Ve posible la responsabilidad solidaria, en Derecho alemán, en cuanto al interés negativo (sin apelar a las reglas generales de la solidaridad), SCHILKEN, *op. cit.*, ad § 179, p. 182.

¹⁵⁵ Sobre la cuestión en la doctrina española (con visión eminentemente culpabilista, como sabemos), en particular la prueba de la culpa, cfr. GARCÍA RUBIO, obra citada, p. 218, y ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 283 ss. Para el Derecho alemán, cfr. SCHRAMM, *op. loc. cit.*, ad § 179, núm. 44; y SCHILKEN, *op. loc. cit.*, núm. 26. En Derecho suizo, PIOTET, obra citada, pp. 54 ss.

dad), así como cualquier otro hecho que pueda exonerarle de responsabilidad; también, en su caso y a sus efectos, que el cocontratante conocía o debió conocer (negligencia inexcusable) la ausencia o limitación (y en qué medida) del poder —es decir, que confió infundada o indebidamente en la eficacia del contrato—¹⁵⁶.

C) *Se aplican las reglas generales* sobre la carga de la prueba en cuanto a los perjuicios indemnizables (identidad y cuantía), relación de causalidad (en los términos que dije), y lo acordado, en su caso, acerca de la ratificabilidad del contrato y términos en que se hizo (garantía formal, seguridad, probabilidad o mera posibilidad). Igualmente, por el mismo motivo, los demás elementos constitutivos de la pretensión (o de la oposición).

7.3 Prescripción de la acción

No es fácil pronunciarse sobre esta cuestión, habida cuenta de la difícil calificación con alguna seguridad de la responsabilidad del *f. p.* en nuestro sistema jurídico. Nuestra doctrina, que se inclina mayoritariamente por considerar esa responsabilidad como precontractual, lleva a este terreno la cuestión de la prescripción, punto en que tampoco hay en ella el acuerdo que fuera de desear¹⁵⁷. Idéntico problema en otros ordenamientos¹⁵⁸.

Por mi parte, al haber puesto el acento, a la hora de distinguir la responsabilidad del *f. p.* y la precontractual, y justificar la primera, en la actuación irregular inicial del falso representante (intromisión no legitimada en la esfera jurídica ajena), y considerarla responsabilidad por riesgo, pienso que la que ahora me ocupa se aproxima a, si no queda subsumida directamente en la extracontractual *ex art.* 1902 CC

¹⁵⁶ La S. Cass. Civ. italiana de 21 de febrero de 1948, núm. 1539 (*Giur.Cass. civ.*, II, p. 520) dijo que incumbe al falso representante probar que el tercero incurrió en la culpa de haber confiado en la validez del contrato.

¹⁵⁷ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 290), que pone de manifiesto la opción entre el plazo de quince años y el de un año, según se considere contractual o extracontractual la *c. i. c.* GARCÍA RUBIO parece inclinarse (para la *c. i. c.*) por el plazo anual (obra citada, pp. 228-229); no concreta para la responsabilidad del *f. p.* Para ALONSO PÉREZ el plazo sería (consecuente con su concepción de la responsabilidad precontractual) el de quince años (*op. loc. cit.*, p. 920).

¹⁵⁸ Para el Derecho suizo, cfr. PIOTET, pp. 63, 71-73 y 101. En Derecho alemán, FLUME dice que «se discute si la pretensión fundada en el § 179 queda sometida al plazo de treinta años con independencia de cuál sea el plazo de prescripción de las pretensiones fundadas en el negocio jurídico», y en nota añade que sería más adecuado el plazo de prescripción de la pretensión de cumplimiento [del § 179.1] (obra citada, p. 934). SCHRAMM, *op. loc. cit.*, ad § 179 (núm. 37 y 39) remite esta prescripción a la de la pretensión de cumplimiento (que se computa desde la denegación de la ratificación), incluso la de indemnización. SCHILKEN (*loc. cit.*, ad § 179, núm. 15) remite a la prescripción de la pretensión del cocontratante.

en razón de aquella irregularidad-ilicitud. En consecuencia, la prescripción será la anual del artículo 1968.2.º CC –de tres años en el Derecho catalán: art. 121.21.c) CCCat.–, con las reglas correspondientes de cómputo¹⁵⁹. Desde luego, creo que no debe ser la prescripción de quince años del artículo 1964 como general para las pretensiones que no queden sometidas a regla especial.

¹⁵⁹ En el mismo sentido, COLÁS ESCANDOÓN (*op. cit.*, p. 552): plazo de un año «a partir del momento en que el tercero tuvo conocimiento de que había prestado su consentimiento a un falso representante y que el *dominus* no ratificaría su actuación».

Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones

FERNANDO BONDÍA ROMÁN
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

La fotografía, en cuanto bien inmaterial, es objeto de derechos exclusivos que están sujetos a ciertas limitaciones. Unos y otras están recogidos en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996, el cual distingue, según su grado de originalidad, entre dos tipos de fotografías que somete a un régimen jurídico distinto. Régimen que no ha cambiado sustancialmente con la reciente reforma que ha sufrido dicho texto normativo. Antes de entrar en la exposición de las normas que formulan tales derechos, así como en el análisis e interpretación de aquellas que recogen los límites a los mismos (que permiten la libre utilización de las fotografías en determinados supuestos), se sitúan en el conjunto del sistema y se alude a los puntos más importantes de su régimen jurídico. Posteriormente, se analizan aquellas manifestaciones de la esfera de poder dominical sobre las fotografías que más directamente se ven afectadas por los límites, los cuales normalmente responden a consideraciones de política cultural, informativa, docente o científica.

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *La obra fotográfica y la mera fotografía.*—3. *Los titulares de derechos.*—4. *Los derechos sobre la fotografía:* 4.1 Los derechos del autor de la obra fotográfica: 4.1.1 Los derechos morales. 4.1.2 Los derechos de explotación. 4.1.3 El derecho de participación. 4.1.4 El derecho de remuneración por copia privada. 4.2 Los derechos del realizador de la mera fotografía. 4.3 La duración de los derechos.—5. *Límites o excepciones:* 5.1 Naturaleza y finalidad. 5.2 Distintos supuestos: 5.2.1 La copia privada (remisión). 5.2.2 El llamado derecho de cita: 5.2.2.1 En la LPI. 5.2.2.2 En la DDASI y en el Proyecto de Ley de modificación LPI. 5.2.3 Los trabajos sobre temas de actualidad. 5.2.4 La utilización de la fotografía con ocasión de informaciones de actualidad y para reproducir obras situadas en vías públicas. 5.2.5 La parodia.

1. INTRODUCCIÓN

La fotografía, cuando tiene originalidad, es decir, cuando es creativa o reviste carácter artístico, constituye una creación intelectual que es objeto de protección por el derecho de autor. Sin embargo, la fotografía que no reúne las anteriores cualidades, a la que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996 (LPI) denomina «mera fotografía» (uno de los objetos, entre otros, de los llamados doctrinalmente «derechos afines» y legalmente «otros derechos de propiedad intelectual»), es también susceptible de protección, aunque no tan amplia, duradera y completa como la que ofrece el derecho de autor. Una y otra se encuentran protegidas en la LPI y los derechos que recaen sobre ambas son derechos de exclusiva o monopolio, derechos de propiedad intelectual. Se impone, pues, distinguir entre la dualidad¹ de regímenes jurídicos que tienen las fotografías y ofrecer el elenco o catálogo de derechos exclusivos de que dispone el fotógrafo en uno u otro caso. Posteriormente nos centraremos en los límites materiales o excepciones que más pueden afectar a las fotografías².

¹ No es infrecuente en el ámbito del Derecho comparado encontrar esta diferencia de trato jurídico en la fotografías. Parecido sistema al español se encuentra en la Ley italiana de 22 de abril de 1941 (arts. 2.7 y 87 a 92) y en la alemana de 19 de septiembre de 1965 [arts. 2.1).5 y 72], que originariamente subdividía las meras fotografías en «fotografías simples» y «fotografías simples de valor documental», distinción que ha desaparecido con las últimas reformas. Sin embargo, lo más habitual es, o bien integrar las fotografías pura y simplemente entre las obras artísticas protegidas por el derecho de autor, sin especiales requisitos o exigencias (como sucede, en general, en los países de tradición jurídica anglosajona), o bien considerar inadmisibles la asimilación de las fotografías a las obras protegidas por el derecho de autor, otorgándoles una protección específica o *ad hoc* semejante a las de los derechos afines (como sucede en los países escandinavos). Particulares caracteres presenta la fotografía en el Derecho francés, donde el tema origina grandes debates doctrinales y divergencias jurisprudenciales; según la Ley francesa de 11 de marzo de 1957 las fotografías deberían revestir un «carácter artístico o documental», exigencia que desapareció con la reforma operada por Ley de 3 de julio de 1985 (actual art. L.112-2 del Código de la Propiedad Intelectual de 1 de julio de 1992, donde se menciona como obra protegida la «obra fotográfica», sin ulteriores especificaciones). Un amplio y completo estudio de la protección de las fotografías en el Derecho francés y en otros ordenamientos puede verse en GENDREAU, *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, LGDJ, París, 1994. Como se pone de relieve en el citado trabajo (p. 4), la diversidad de regímenes jurídicos sobre las fotografías en las leyes nacionales relativas a los derechos de autor se debe a la debilidad de las Convenciones internacionales a la hora de proteger a la fotografía. En efecto, el Convenio de Berna no incluye a las fotografías entre las obras protegidas hasta la revisión de Bruselas de 1948, y la duración de la protección en dicho Convenio (y en otros a los que más adelante nos referiremos) es sensiblemente inferior a la del resto de las obras. El título (y contenido) de un trabajo de KARNELL, publicado en la revista de la OMPI *Le Droit d'auteur* (año 1988, núm. 101), es suficientemente expresivo: «La photographie, parent pauvre des conventions internationales et des législations nationales sur le droit d'auteur».

² Pese a que cada vez es más creciente la litigiosidad sobre fotografías, siendo relativamente abundante la jurisprudencia sobre las mismas, especialmente en los últimos años, no existen, sin embargo, suficientes trabajos doctrinales dedicados al estudio de la fotografía en la LPI. Y los existentes no desarrollan especialmente el tema de los límites a

Pero antes de entrar en la exposición de las normas que formulan tales derechos, así como en el análisis e interpretación de aquéllas que recogen los límites a los mismos (que permiten la libre utilización de las fotografías en determinados supuestos), es preciso situarlas en el conjunto del sistema y aludir a algunos puntos importantes de su régimen jurídico.

Conviene recordar y sentar como punto de partida la siguiente afirmación: la fotografía, ya sea obra artística o mera fotografía, es un bien susceptible de apropiación, de tráfico económico y, por tanto, objeto de propiedad, aunque de una propiedad especial llamada «propiedad intelectual», pero propiedad al fin y al cabo. En consecuencia, la esfera de poder dominical del propietario (es decir, del fotógrafo) debe ser respetada. La invasión de dicha esfera genera responsabilidad. Civil siempre, salvo que se esté amparado por alguno de los límites legales (de ahí la importancia de su consideración). Penal, cuando se den los elementos del tipo³. De la misma manera que nadie puede utilizar la propiedad ajena sin permiso de su propietario, tampoco se puede utilizar una fotografía en una actividad dirigida a terceros sin permiso del fotógrafo o de su causahabiente.

Ahora bien, la fotografía constituye un bien de naturaleza especial, por eso es también especial su propiedad. Se trata de una de las categorías de bienes inmateriales, cuya protección consiste básicamente en el reconocimiento de un monopolio económico (además de moral en el caso de obra fotográfica) o exclusiva de explotación. Bienes que, por otra parte, tienen un valor o consideración peculiar por su vinculación al progreso cultural y científico, al menos los que se integran dentro de las creaciones intelectuales y demás objetos de propiedad intelectual, entre los cuales se encuentran, como acabamos de apuntar, las fotografías.

La propiedad intelectual, como cualquier otro derecho de propiedad o, en general, derecho subjetivo, está sujeta a límites. Pero por las consideraciones anteriores, los límites que recaen sobre la misma se muestran particularmente amplios e intensos, tanto desde

los derechos exclusivos directamente aplicables a la fotografía. Aunque sí lo trata algo el excelente trabajo de SOLER MASOTA publicado en esta Revista en el año 1999 («Fotografía y Derecho de autor», *ADC*, 1999, pp. 134 a 136, publicado también en *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, núm. 184, abril, 2000) y, posteriormente, con mayor extensión, la documentada monografía de VALERO MARTÍN (*Obras fotográficas y meras fotografías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 326 a 334). ROGEL VIDE («La inclusión de obras plásticas en las literarias y el derecho de cita», en su libro *Estudios sobre Propiedad Intelectual*. Bosch, Barcelona, 1995, pp.189-208; también en su más reciente *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Reus/Aisge, Madrid, 2003, pp. 287 ss.), trata indirectamente el límite de la cita en las fotografías en cuanto la obra plástica que se incluye en la literaria normalmente precisa ser fotografiada.

³ Artículos 270 a 272 del Código Penal.

la dimensión temporal (pues tienen una duración limitada), como desde la perspectiva material o de restricción al ámbito de poder que comportan en determinados supuestos.

En consecuencia, los derechos que recaen sobre las fotografías, sean o no originales, están sujetos a ciertos límites o excepciones en virtud de los cuales se pueden utilizar libremente, sin necesidad, por tanto, de contar con el consentimiento o autorización del titular de los derechos, ya sea el autor-realizador de la fotografía o un tercero cesionario. Tales límites suelen responder, aunque no siempre, a razones de política cultural, educativa o informativa. Entre ellos hay algunos, como veremos, que inciden de manera especial en la fotografía. Límites cuyo número, alcance y formulación podrían haber cambiado sustancialmente a la vista de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo 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 (en lo sucesivo DDASI)⁴. Sin embargo, el Proyecto de Ley por el que se modifica la LPI para, entre otras cosas, incorporar dicha Directiva al ordenamiento español, además de introducir el límite obligatorio relativo a ciertas reproducciones provisionales de carácter técnico que se desarrollan en las transmisiones por Internet (nuevo art. 31.1 del Proyecto), solamente incluye dos nuevos límites de carácter muy restringido, reformula el régimen de la copia privada y amplía la libre reproducción a favor de los poderes del Estado y discapacitados⁵.

⁴ *Diario Oficial* núm. L 167 de 22 de junio de 2001. Según el artículo 13.1 de la Directiva, el plazo de transposición de la misma a los ordenamientos de los Estados miembros venció el 22 de diciembre de 2002. Considerable, pues, el retraso, que ha dado lugar a la STJCE (Sala Tercera) de 28 de abril de 2005, en la que se declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2001/29, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva.

⁵ Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados) el 26 de agosto de 2005 (serie A: Proyectos de Ley, núms. 44-1). Utilizo, sin embargo, el texto del Proyecto existente en el momento en que esto se escribe, que es el que resulta del anejo al Informe de la Ponencia, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados) el 2 de marzo de 2006 (serie A: Proyectos de Ley, núms. 44-13), que contiene importantes modificaciones respecto del anterior. No es improbable que al terminar el *iter* parlamentario la ley finalmente aprobada difiera del texto que consideramos, pues la importancia y trascendencia de los intereses involucrados y de los sectores afectados por la reforma (aunque se trata de un tema que, más allá de sectores concretos, afecta a toda la sociedad en su conjunto) generan una cierta, y hasta cierto punto lógica, versatilidad en el criterio del legislador. Sin perjuicio de ulteriores matizaciones, son dos los nuevos límites que recoge el Proyecto de Ley, aunque la DDASI establece, con carácter facultativo para los Estados miembros, una larga lista de ellos. Se refieren a la ilustración con fines educativos (se introduce un nuevo apartado 2 en el art. 32 LPI, que veremos más adelante) y a la consulta en línea a través de terminales especializados en bibliotecas y otros establecimientos (se introduce un nuevo apartado 3 en el art. 37 LPI). En el nuevo artículo 31 bis se amplía el ámbito y alcance de la excepción en beneficio de

La LPI menciona dentro las creaciones intelectuales objeto de protección por el derecho de autor (al que dedica el Libro I) «las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía» [art. 10.1.h)]. Por su parte, el Libro II de la citada Ley, dedicado a «Los otros derechos de propiedad intelectual...» o derechos afines (que son los derechos de propiedad intelectual que no son derechos de autor, que no están basados en la creatividad), recoge en su artículo 128 las llamadas «meras fotografías»⁶

Tratándose de fotografías amparadas por el derecho de autor, los derechos exclusivos comprenden tanto el ámbito económico o de explotación, como la faceta personal o moral del autor. Aspecto este último que tiene una gran importancia e incidencia en la explotación de la fotografía. La mera fotografía, por el contrario, carece de derechos morales⁷. Los derechos exclusivos de naturaleza patrimonial tienen el mismo alcance en ambos tipos de fotografías, aunque el derecho de transformación no se atribuye al realizador de la mera fotografía. Los derechos de explotación sobre las obras fotográficas corresponden al autor de la fotografía a título originario, pero normalmente suelen ser objeto de cesión. En algunos casos, como en los supuestos de fotógrafos asalariados, la Ley presume que, salvo pacto y dentro de algunas restricciones, los derechos de explotación pertenecen al empresario (art. 51 LPI). En otros, será necesario formalizar el correspondiente contrato de transmisión de derechos de autor sobre la fotografía, bien mediante un negocio específico de cesión o bien dentro de otro contrato⁸, pero en ambos casos sometidos a las reglas imperativas que sobre transmisión de derechos de explotación se contienen en los artículos 43 a 57 LPI.

los discapacitados y como consecuencia de, podríamos decir, «actividades oficiales». El nuevo artículo 31.2, se refiere a la reforma de la copia privada (completada por un nuevo artículo 161—dedicado a las relaciones entre los límites y las medidas tecnológicas— y por una disposición transitoria única —dedicada a fijar provisionalmente el importe de la remuneración por copia privada sobre soportes y equipos digitales), que lleva aparejada una nueva redacción del artículo 25.

⁶ Artículo 128. *De las meras fotografías* «Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas.

Este derecho tendrá una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción.»

⁷ La LPI es clara y rotunda a la hora de no atribuir derechos morales al realizador de la mera fotografía. Algo que es incuestionable para prácticamente la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia.

⁸ Especial interés puede ofrecer, por su frecuencia en el campo fotográfico, el contrato de encargo de obra, sobre todo en el ámbito publicitario. Vid. C. BUSCH, «El contrato de encargo de obra fotográfica para su utilización en publicidad», en AA.VV., *Quién paga no es el autor. Los creadores de imágenes y sus contratos*, Trama editorial-Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2003, pp. 29-53. Vid. *infra* nota número 22, donde se amplía el tema de las fotografías por encargo.

2. LA OBRA FOTOGRÁFICA Y LA MERA FOTOGRAFÍA

La protección que el artículo 128 otorga a las meras fotografías, que como acabamos de indicar es más reducida que la reconocida a las obras fotográficas, se produce cuando «la fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella» no constituya una creación original artística. A la vista, pues, del texto del artículo 128, la originalidad es el único dato que ofrece la LPI (art. 10) para calificar la fotografía como «obra protegida en el Libro I». Como en las demás obras intelectuales, el único requisito que han de reunir las mismas para ser acreedoras de la protección que otorga el derecho de autor, además del de su exteriorización, es el de que se trate de *creaciones originales*. Se critica por la doctrina⁹ el hecho de que la distinción entre ambos tipos de fotografía recaiga en el criterio de la originalidad, lo cual conduce a un círculo vicioso del que sólo podrá salir el juzgador en cada caso concreto. Ciertamente, la originalidad es un concepto vago, abstracto e impreciso, carente de formulación legal, en el que concurren todas las ventajas e inconvenientes de los conceptos jurídicos indeterminados. Sin embargo, las dificultades que presenta en relación con las fotografías son predicables también de cualquier otra de las obras protegidas por el derecho de autor. De la misma manera que a veces no resulta fácil considerar si hay originalidad en un folleto, discurso, pantomima, dibujo, diseño, programa de ordenador, etc., siendo el recurso al dictamen pericial en cada caso específico la salida ineludible en muchas ocasiones, igualmente deberá resolverse la cuestión en tema de fotografías y, por tanto, su sometimiento al artículo 10 o al artículo 128 según haya o no originalidad, respectivamente.

Se producen, pues, en el campo de las fotografías, parecidos problemas sobre la originalidad a los que se presentan en el resto de las otras obras protegidas por el derecho de autor. No obstante, en tema de fotografías los textos normativos comunitarios ofrecen datos que facilitan determinar la originalidad de las mismas o, al menos, que pretenden definir el grado de su originalidad¹⁰. En efecto, como consecuencia de lo dispuesto en algunas Directivas comunitarias sobre propiedad intelectual, parece que se va imponiendo la originalidad en sentido subjetivo¹¹. Tal sucede en relación con los programas de ordenador

⁹ Vid. COCA Y MUNAR, «Comentario al artículo 128», en R. Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, 1.ª edición, p. 1601.

¹⁰ Vid. *infra* nota 13.

¹¹ A la hora de apreciar la originalidad de las creaciones intelectuales, la doctrina bascula entre concepciones subjetivas y objetivas. Según las primeras, basta con que no se trate de una copia de algo ya existente, con que exista un esfuerzo creador intelectual (que revele la personalidad del autor cuando el tipo o categoría de obra lo permita), resultando intrascendente que el resultado obtenido sea novedoso o no. Según la concepción objetiva

(art. 96.2 LPI), a raíz de la Directiva 91/250/CEE, y en la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos¹². Por su parte, la Directiva 93/98 sobre armonización del período de protección, dispone en su artículo 6 que son fotografías originales las que sean creaciones intelectuales propias de su autor¹³. La Ley 27/1995 de incorporación al Derecho español de la citada Directiva plasmó tímidamente esta concepción subjetivista en su artículo 6, sin que se haya recogido expresamente en la actual LPI a propósito de las fotografías¹⁴. Y es que parece que no puede ser de otra manera en el campo de las fotografías. Por muy parecidas que sean, ninguna será igual a otra. Un mismo objeto, paisaje, motivo o escena puede ser captado a través de las técnicas fotográficas por personas distintas, mereciendo la fotografía diferente calificación según la capacidad intelectual, sensibilidad, creatividad artística, intuición e, incluso, dominio de la técnica de quien la haya realizado¹⁵. Aunque este último aspecto no tiene por qué ser determinante para apreciar la originalidad.

Ello supone que toda fotografía que implique un trabajo de planeamiento y concepción, en el que intervenga el esfuerzo intelectual, la capacidad creativa, el talento y la personalidad del fotógrafo, deberá considerarse original. La mirada personal del fotógrafo en la concepción de la fotografía, así como su reflejo y traducción en la ejecución de la misma¹⁶, su profesionalidad (el antes transcri-

de la originalidad, la obra ha de ser nueva, ha de ser algo distinto a lo ya existente, algo singular, novedoso o «inédito». *Vid.*, para un desarrollo más amplio de estas concepciones, VALBUENA GUTIÉRREZ, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000, pp. 279-304; BERCOVITZ, R. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 2.ª edición, pp. 54-61, y ERDOZAIN LÓPEZ, «El concepto de originalidad en el derecho de autor», en *pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, 3 (1999), pp. 55-94.

¹² Ya el artículo 12 de la LPI de 1987 seguía el criterio subjetivo de la originalidad en las bases de datos, criterio corroborado por el artículo 3 de la citada Directiva.

¹³ El considerando 17 de la Directiva 93/98 precisa que «para conseguir una armonización suficiente del plazo de protección de las obras fotográficas, en particular de aquellas que, debido a su carácter artístico o profesional, sean importantes en el mercado interior, es necesario definir el grado de originalidad requerido en la presente Directiva; que una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad».

¹⁴ Pese a ello, debería entenderse, en virtud de los principios de primacía y de aplicación directa del Derecho comunitario, que la originalidad del artículo 10 para determinar si hay obra fotográfica o mera fotografía tiene que valorarse necesariamente en sentido subjetivo.

¹⁵ En contra, con argumentos basados en la misma idea, RODRIGO BERCOVITZ, «Comentario a la Sentencia de 31 de diciembre de 2002», en *CCJC*, núm. 61, enero/abril de 2003, pp. 399-410. También en «Comentario al artículo 10.1», en R. Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, 2.ª ed., p. 191, con apoyo en la tramitación de la Directiva 93/98 para pronunciarse por el sentido objetivo de la originalidad en la obra fotográfica.

¹⁶ El «concibe y realiza» para las obras literarias o el «crea y ejecuta» para las obras artísticas, que utiliza el artículo 2 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 [vigente, salvo su inciso último, por lo establecido en la disposición

to considerando 17 de la Directiva parece que alude especialmente como obra fotográfica a las de carácter profesional), su consciencia de que está creando algo que no es copia de lo que ya existe, que va más allá de la reproducción de la realidad fotografiada, deben ser suficientes para apreciar la originalidad. Ésta, como señala Ruiz-Rico, se encuentra en la particular visión o interpretación del objeto, imagen o tema elegido por el fotógrafo y su transformación en un resultado artístico –según los usos profesionales– de la realidad exterior captada. La originalidad deriva de una actividad creativa que puede proyectarse tanto sobre el objeto elegido, componiéndolo o adaptándolo, como sobre el procedimiento técnico empleado. Da igual la realidad fotografiada, su destino, mérito, valor comercial o finalidad (como recalca el considerando de la Directiva antes citado), su coste económico o su carácter científico, periodístico, documental o turístico¹⁷. Basta con que lleve el sello de la personalidad de su autor, que sea una creación intelectual propia, que constituya una manera personal de ver el mundo a través de la luz, que es el lenguaje de la fotografía¹⁸.

Por el contrario, no serán obras fotográficas, sino meras fotografías objeto del derecho afín contemplado en el artículo 128, las que se limiten a recoger de forma mecánica, automática, común o normal, la realidad tal cual se presenta: su «imagen banal». Aquellas fotografías en las que predomina el aspecto meramente mecánico o técnico, en las que la captación de la imagen o impresión de la película se limita a pulsar el disparador de la cámara¹⁹. En definitiva, las que carecen de cualquier aspecto creativo o intelectual. La STS de 29 de marzo de 1996, en línea con lo anterior, considera, a propósito de la fotografía de una modelo profesional, que la fotografía tiene carácter artístico cuando «el fotógrafo incorpora a

derogatoria única, 2.b), de la actual LPI], adquiere plena vigencia en las obras plásticas en general, y en las fotográficas en especial. La originalidad puede residir tanto en la concepción o creación (representación mental abstracta), como en la ejecución.

¹⁷ «Comentario al artículo 128 de la Ley de Propiedad Intelectual», en Albaladejo y Díaz Alabart (directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4-B, EDERSA, Madrid, 1995, p. 529. GENDREAU (*op. cit.* pp. 47-82) realiza un exhaustivo y documentado análisis, con abundante jurisprudencia, sobre la originalidad y el carácter intelectual y artístico de las fotografías en los países objeto de estudio.

¹⁸ Quizás ningunas otras palabras como las pronunciadas por la protagonista de una novela de Isabel Allende («Retrato en Sepia») puedan describir mejor el carácter artístico u original de la fotografía: «La cámara es un aparato simple, hasta el más inepto puede usarla, el desafío consiste en crear con ella esa combinación de verdad y belleza que se llama arte. Esa búsqueda es sobre todo espiritual. Busco verdad y belleza en la transparencia de una hoja en otoño, en la forma perfecta de un caracol en la playa, en la curva de una espalda femenina, en la textura de un antiguo tronco de árbol, pero también en otras formas escurridizas de la realidad. Algunas veces, al trabajar con una imagen en mi cuarto oscuro, aparece el alma de una persona, la emoción de un evento o la esencia vital de un objeto, entonces la gratitud me estalla en el pecho y suelto el llanto, no puedo evitarlo. A esa revelación apunta mi oficio».

¹⁹ *Vid.* RUIZ-RICO, *op. cit.*, p. 530 y COCA y MUNAR, *op. cit.*, p. 1602.

la obra el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen de una persona bella, porque entonces el deleite que produzca la contemplación procede de ésta, pero no de la fotografía en sí, ni del hacer meramente reproductor del fotógrafo que fija por medios químicos la imagen captada en el fondo de una cámara oscura». No obstante, el razonamiento posterior de esta sentencia no es admisible pues llega a sostener que, en términos generales, la fotografía de la imagen de una persona carece de valor artístico. Lo cual resulta a todas luces duramente criticable y contrario a la realidad del mundo artístico en este ámbito, pues ello equivaldría a privar a tales fotografías del carácter de obras fotográficas y negar a los fotógrafos que se dedican a retratar a personas o personajes el carácter de artistas.

3. LOS TITULARES DE DERECHOS

Se trate de obras fotográficas o de meras fotografías, el titular originario de los derechos sobre las mismas es quien las haya hecho. De «autor» habla la LPI, en el primer caso (art. 5), y de «realizador», en el segundo (art. 128). Por tanto, la mera fotografía, aunque no implique actividad intelectual creadora, también ha de ser imputada a un sujeto realizador a quien se le atribuyen los derechos²⁰.

De las tres fases de que normalmente consta el proceso de creación o realización de una fotografía (preparatoria, fijación y revelado o retoque), parece ser que la más decisiva o importante suele ser la primera. No obstante, desde hace ya tiempo es posible prescindir de la última de las fases²¹. Pero, con independencia de que quepa considerar más relevante una u otra, no creo que, tratándose de obra fotográfica, se pueda prescindir de ninguna de ellas, ni que la

²⁰ Ello implica, como apuntan COCA Y MUNAR (*op. cit.*, p. 1601) que no serán meras fotografías y, por tanto, no gozarán de protección las fotografías obtenidas en cabinas por procedimientos automáticos o aquellas otras en las que no se pueda hablar de un sujeto realizador. En contra R. BERCOVITZ, «Comentario al artículo 128», en R. Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, 2.ª ed., p. 1713, que extiende también la protección a las fotografías obtenidas por cámaras de seguridad o satélites.

²¹ Ahora de manera generalizada con la fotografía digital que, desde luego, puede constituir una obra fotográfica [art. 10.1.h) LPI: «Son objeto de propiedad intelectual... las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía»] o una mera fotografía (art. 128 LPI: «... u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo...»). Si bien antes del fenómeno digital ya existían máquinas fotográficas de copia instantánea sin cliché, sobre todo desde que la marca Polaroid las popularizó en los años setenta.

fase preparatoria pierda su especial protagonismo. En consecuencia, interviniendo distintos sujetos en cada una de ellas la doctrina se inclina por considerar, con carácter general y dejando al margen supuestos especiales en los que se pueda sostener lo contrario, que el autor de la misma es la persona o personas que intervengan en la fase preparatoria. En este sentido ya se pronunciaba la Real Orden de 28 de agosto de 1924, que realiza interesantes consideraciones sobre el proceso de elaboración de una fotografía a propósito de un caso de encargo de obra fotográfica (mal resuelto a nuestro entender)²².

Al margen de lo anterior, ya se considere más relevante una u otra de las fases o las tres conjuntamente, cuando la fotografía no es el resultado de un trabajo individual debemos considerar los supuestos de obra en colaboración y de obra colectiva. En el caso de obra fotográfica en colaboración (art. 7), que es aquella que constituye el resultado unitario de la colaboración de varios autores, los derechos sobre la misma corresponden a todos ellos en

²² La citada Real Orden resuelve un expediente promovido por un particular que solicitaba se inscribieran en el Registro de la Propiedad Intelectual (bajo la antigua LPI de 1879 la inscripción era constitutiva u obligatoria si se quería obtener protección) los derechos sobre una obra relativa a la zoología, pretendiendo figurar no sólo como autor del texto, sino también de las numerosas fotografías que lo ilustraban, siendo así que las mismas fueron realizadas por encargo. Entre otras cosas, se dice lo siguiente: «el autor de una obra de zoología quiere ilustrar sus explicaciones respecto a ésta o a la particularidad de una especie animal con una demostración gráfica, y al efecto encarga a otra persona que se traslade a un parque zoológico y obtenga las fotografías convenientes a la finalidad perseguida; este mandatario fotográfico consigue los clisés deseados y los entrega a su comitente, mediante el cumplimiento de las condiciones, gratuitas o no, que libre y privadamente estipularan, y cuando esas fotografías se presentan al registro de la Propiedad Intelectual ilustrando un texto impreso, ¿quién es su autor en el concepto jurídico y legal? Considerando que en el caso expuesto el diseño espiritual, la intervención intelectual, que es lo que la Ley protege, radica en quien concibió y encargó las fotografías, no cabe duda de que éste es el autor». No me ofrece ninguna duda que con la vigente LPI (ni tampoco al amparo de la LPI vigente al tiempo de la fecha de la Real Orden) la solución ofrecida resulta claramente errónea e infundada. El autor del libro de zoología que encarga las fotografías no interviene para nada en la realización de las mismas, limitándose únicamente, según se desprende del texto de la Real Orden, a indicar al fotógrafo los temas u objetos a fotografiar. Ello no parece que suponga intervención alguna en la fase preparatoria. Por otra parte, el encargo de obra atribuye al comitente los derechos de explotación que expresamente se hayan cedido en el contrato, sin que en ningún caso puedan adquirirse más de los expresamente pactados (arts. 43 y 56.1) o de aquellos que necesariamente se deriven de la naturaleza del contrato celebrado, como serían en el supuesto analizado, los derechos de reproducción y distribución de las fotografías en el libro para el que fueron encargadas. En ningún caso el derecho moral de paternidad intelectual, que como todos los derechos morales son intransmisibles (art. 14). El tema difiere si en vez de estar ante una obra fotográfica nos encontrásemos ante una mera fotografía, pues aquí no creo que fuera de aplicación el régimen específico de transmisión de derechos que establece la LPI para los derechos de autor. Parece que la plena propiedad de la misma correspondería, salvo que otra cosa se hubiera pactado, a quien la hubiera encargado, sin que su realizador tuviera ningún tipo de derecho moral, pues no se los reconoce la LPI, ni, en principio, patrimonial. Sería aquí aplicable, con los necesarios ajustes, lo dispuesto en el Código Civil (arts. 1588-1600) sobre el contrato de arrendamiento de obra.

régimen de comunidad. Una obra fotográfica puede constituir ella misma una obra colectiva o puede ser una de las aportaciones que forman o integran la obra colectiva, con independencia de cualquiera que sea la naturaleza de ésta²³ (ya sea preponderantemente visual, literaria, musical, audiovisual o mixta, tal como ocurre con la obra multimedia)²⁴. En este último sentido, una obra fotográfica puede perfectamente formar parte de una obra colectiva, como una aportación más de la misma, aunque ya existiera previamente a la concepción de la obra colectiva y aunque la fusión no provoque necesariamente la indistinguibilidad de las diferentes aportaciones, como parece obvio en la aportación que consista en una obra fotográfica²⁵. Otra cosa es que, no dándose todos los supuestos estructurales marcados en el artículo 8, correctamente interpretados, nos encontremos muy probablemente ante una obra en colaboración o ante una obra compuesta u obras independientes publicadas conjuntamente (art. 9).

Si bien lo anterior es válido para la obra fotográfica, pensamos que tratándose de meras fotografías no se puede resolver la concurrencia de varias personas en el proceso de su realización en los mismos términos. Será necesario analizar cada caso en concreto pues, no habiendo proceso creativo en la mera fotografía, la intervención de varias personas en sus distintas fases deberá dar lugar a una situación de cotitularidad en sus supuestos más normales, a la que se aplicarán las reglas generales de la comunidad de bienes del Código civil, sin que sea posible la aplicación de las normas especiales que contienen los artículos 7 y 8 de la LPI, las cuales contemplan supuestos de intervención plurisubjetiva en la creación de una obra²⁶.

Finalmente, pueden aparecer titulares derivativos o terceros cesionarios de derechos sobre las fotografías mediante, como ya se ha apuntado, los mecanismos de cesión negocial previstos en la LPI

²³ Así, la SAP de Navarra (Sección 1.ª) de 24 de marzo de 2003 entiende que una obra que representa la incorporación a una fotografía de un conjunto de fotogramas o de otras fotografías en pequeño formato, con una referencia alfanumérica, constituye una obra colectiva que encuentra amparo directo como propiedad intelectual protegible, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 LPI. Por si hubiera alguna duda, en la STS de 31 de diciembre de 2002, aparece claramente la fotografía, en este caso mera fotografía, como una de las aportaciones que integran una obra colectiva, un periódico.

²⁴ Parece que se manifiesta en contra ROIG SERRANO, «Las obras», en AA.VV., *El futuro de la creación. Los derechos de autor de los creadores visuales*, Trama Editorial-Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2003, pp. 60-64.

²⁵ Vid. SAP de Madrid (Sección 10.ª) de 13 de diciembre de 2004, y, entre otros, BATALLER I RUIZ, *La obra colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 51-61.

²⁶ Aunque lo más normal será, como apunta R. BERCOVITZ (*op. ult. cit.*, p. 1713), que los derechos recaigan en quien «ejecuta la fotografía, esto es, el que aprieta el disparador o pone en marcha el mecanismo de captación de la imagen».

para los derechos de autor (arts. 42 a 57, en general), sin olvidar los supuestos de presunción de cesión de derechos recogidos en la LPI, figurando quizás como el más sobresaliente en tema de fotografías el del autor asalariado (art. 51)²⁷. Si se trata de meras fotografías, no parece que se puedan aplicar las normas anteriores, incluida la cesión legal recogida en el artículo 56.2, sino el régimen general o común de transmisión de derechos, pues la remisión del artículo 132 LPI no alcanza a tales normas²⁸. Así como nadie distinto del autor tendrá una plena propiedad o titularidad dominical sobre las obras fotográficas, sin que sea posible la venta de la obra fotográfica, no necesariamente tiene que suceder lo mismo con las meras fotografías, caso en el que es posible hablar de un propietario de las mismas que no coincida con el autor²⁹.

4. LOS DERECHOS SOBRE LA FOTOGRAFÍA

En primer lugar, consideraremos los derechos que corresponden al autor de una obra fotográfica. De todos ellos, sólo algunos son reconocidos al realizador de la mera fotografía, en concreto los tres enumerados en el artículo 128, es decir, el de reproducción, distribución y comunicación pública. Luego, en principio, una vez considerados los derechos relativos a las obras fotográficas bastaría con aplicar los tres derechos antes mencionados («en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas», como dice el citado art. 128) a las meras fotografías. No obstante, como veremos al final de este apartado, cabe la posibilidad de plantearse el reconocimiento de algún otro derecho más al realizador.

²⁷ Sobre este tema *vid.* el artículo de SOLER MASOTA, «Fotógrafos asalariados. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 31 de marzo de 1997. «D. Juan Carlos R. M. c. Editorial del Pueblo Vasco, S. A.», en *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, 1998, pp. 307-347.

²⁸ Tal como expusimos anteriormente. *Vid. infra* final de nota 22. Sin embargo, no es infrecuente encontrar en la jurisprudencia supuestos en los que los tribunales aplican a los derechos afines las normas establecidas en la LPI para los derechos de autor. Así, en lo que se refiere específicamente a las meras fotografías, la antes citada STS de 31 de diciembre de 2002 aplica preceptos sobre transmisión de derechos de autor a las meras fotografías.

²⁹ Si ya en las obras plásticas y en las obras fotográficas es difícil distinguir a efectos prácticos entre la obra (*corpus mysticum*) y su soporte (*corpus mechanicum*), desde luego en las meras fotografías no creo que sea posible hablar del soporte de la misma como algo distinto de la fotografía, ni que, en consecuencia, sea susceptible de aplicación la norma del artículo 56 LPI. Parece, pues, que quien compra el original de la mera fotografía no se ve constreñido por los derechos de explotación que correspondan a su sujeto realizador, pues los mismos deben entenderse transmitidos a su comprador, que adquiere todas las posibilidades de actuación y aprovechamiento sobre la cosa –mera fotografía– cuya propiedad ha adquirido.

4.1 Los derechos del autor de la obra fotográfica

Son los mismos que los reconocidos al autor de cualquier otra obra intelectual. La LPI los recoge en el capítulo III («Contenido»), del título II («Sujeto, objeto y contenido»), del Libro I («De los derechos de autor»), distinguiendo dentro de dicho capítulo tres secciones, dedicadas al derecho moral (arts. 14 a 16), a los derechos de explotación (arts. 17 a 23) y a otros derechos patrimoniales de autor (arts. 24 y 25). No vamos a examinar exhaustivamente cada uno de estos derechos³⁰ pero sí a dar una pincelada de los mismos, al menos de aquellos que más importancia tienen para la explotación de la fotografía y la salvaguarda moral de su autor, así como considerar la posibilidad de aplicación del «derecho de participación» (art. 24) y del «derecho de remuneración por copia privada» (art. 25) a las obras fotográficas, pues aparente y formalmente parece que ello no es posible.

4.1.1 LOS DERECHOS MORALES

De entre los derechos morales que recoge el artículo 14 conviene llamar la atención sobre el derecho de divulgación o de inédito (nadie sin permiso del fotógrafo puede dar a conocer por primera vez al público la fotografía), el derecho de exigir el reconocimiento de su condición de autor (proclamar su paternidad o maternidad intelectual) y el derecho de exigir el respeto a la integridad de la fotografía (impedir su coloreado o su alteración en cualquier forma o, incluso sin producirse una deformación o modificación material de la misma, su desnaturalización intelectual). Estos derechos morales y los demás que menciona el artículo 14, son intransmisibles, es decir, no puede cederse, no pueden estar en manos de otra persona que no sea el autor de la fotografía³¹. Aunque se cedan los derechos de explotación, siempre quedan reservados al autor los derechos morales, que además son imprescriptibles, es decir, su ejercicio no está condicionado a un plazo de tiempo³². Son, por tanto, derechos inalienables y personalísimos, estando afectos al

³⁰ Una amplia información y detalle de cada uno de los derechos y de sus límites, junto con abundante bibliografía específica para cada uno de ellos, se encuentra en los distintos comentarios a la LPI publicados por las editoriales Cívitas (autores: Rodríguez Tapia y Bondía Román, 1997), Tecnos (coord. R. Bercovitz, 1989 y, 2.ª edición, 1997) y EDERSA (dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, 1994-95).

³¹ De ahí que, además de por otros motivos, no quepa en nuestro ordenamiento la venta de la obra o fotografía objeto de derecho de autor.

³² Otra cosa es que la acción indemnizatoria por lesión de derechos morales esté sometida a un plazo de prescripción de 5 años (art. 140, párrafo tercero, LPI).

autor durante toda su vida. Una vez fallecido el autor, algunos de los derechos morales, en concreto los tres que hemos mencionado, pueden ser ejercitados, mediante una suerte de habilitación legal o legitimación especial *mortis causa*, por determinadas personas o instituciones durante setenta años después de muerto el autor, por lo que respecta al derecho de divulgación, y de manera perpetua o indefinida, en relación con la paternidad e integridad de la fotografía (arts. 15, 16 y 41). El único límite al derecho moral de divulgación, una vez muerto el autor, pues durante su vida este derecho no está sujeto a ningún límite (salvo quizás el consignado en el art. 7.2³³), consiste en que antes de que transcurran setenta años de su muerte, si los legitimados *mortis causa* ejercen su derecho de inédito sobre la fotografía de manera abusiva o perjudicial para el interés público por la promoción cultural, un juez podrá resolver que se divulgue a instancias de cualquiera de las Administraciones públicas o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo a criterio del juez (art. 40)³⁴.

4.1.2 LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN

En relación con los derechos de explotación, la LPI atribuye al autor un monopolio económico o exclusiva sobre la obra (fotografía), reservándole cualquier forma de explotación sobre la misma,

³³ Deberíamos añadir también el límite consignado en el artículo 91 LPI, pero en la medida en que sólo es aplicable a los autores de la obra audiovisual y teniendo en cuenta que no tiene la consideración de tal el autor de las fotografías de la «película», no sería, pues, aplicable a las obras fotográficas que fueren realizadas en el proceso de producción audiovisual. Y ello, con independencia de la cesión legal de los derechos de explotación que el artículo 124 LPI otorga al productor sobre tales fotografías, ya se trate de obras o de meras fotografías. Con lo cual, si admitimos que el artículo 91 no se aplica a las aportaciones creativas de quienes no son coautores de la obra audiovisual (no es coautor el primer operador o director de fotografía), se produce la paradoja de que el derecho moral de los distintos autores que intervienen en ella corre diferente suerte según el grado de protagonismo que legalmente –no artística y realmente– les corresponde. Mientras más alto sea éste, es decir, si se trata de director, guionista o músico (art. 87), más baja será la protección de su derecho de divulgación. Tal diferencia de trato no se da en el derecho moral a exigir el respeto a la integridad de la obra, pues las limitaciones que sufre el mismo en la obra audiovisual parece que alcanzan a cualquier elemento de la misma, ya sea debido a uno de sus coautores o al autor de cualquier otra aportación creativa (art. 92.2.I).

³⁴ Son relativamente abundantes las sentencias sobre el derecho moral del autor de la obra fotográfica, siendo varias en las que, precisamente, se argumenta sobre el carácter de la fotografía como creación intelectual o no para conceder o rechazar la indemnización por lesión al derecho moral. Pueden verse, entre otras muchas, las sentencias de la AP de Oviedo de 28 de enero de 1993, de la AP de Zaragoza de 25 de junio de 1996, de la AP de Asturias de 20 de marzo de 1999, de la AP de La Rioja de 23 de enero de 2001 y de 30 de abril de 2002, de la AP de Navarra de 24 de marzo de 2003 o de la AP de Badajoz de 28 de octubre de 2003. Entre las más recientes sentencias, conviene citar la del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 27 de noviembre de 2005, sobre distinción entre obra fotográfica y mera fotografía a efectos de satisfacer indemnización por infracción de derechos morales.

de tal manera que nadie sin su consentimiento puede lícitamente explotar la fotografía, exponiéndose en caso contrario a las correspondientes responsabilidades. Por explotación de la obra debe entenderse, con carácter general y sin perjuicio de todos los matices o especificaciones que se quieran hacer, cualquier actividad sobre el soporte tangible o intangible de la misma que, rebasando el ámbito doméstico o privado, permita su utilización, consumo, goce o disfrute por terceros. O, si se quiere, para ser más precisos, cualquier actividad económica relativa a una producción de bienes o a una prestación de servicios que incorporen obras literarias, científicas o artísticas. No obstante, el artículo 17 menciona cuatro formas típicas³⁵ (la reproducción, la distribución, la comunicación pública y la transformación) que posteriormente son descritas y desarrolladas en los artículos 18, 19, 20 y 21 respectivamente, pues al legislador le preocupa precisar de la manera más detallada posible lo que ha de entenderse por cada una de las actividades o formas de explotación. Por tanto, el autor de la obra fotográfica tiene un *ius prohibendi*, un derecho de autorizar o prohibir. Únicamente cede o decae este derecho en los casos previstos en la propia LPI, en concreto en los supuestos contemplados en los artículos 31 a 40 bis, que recogen límites o excepciones a los derechos de autor en los términos que más adelante veremos. En definitiva, como dice el artículo 2 LPI o, en general, el Código civil para el derecho de propiedad (arts. 348 y 428, este último específicamente para la propiedad intelectual), el autor o «propietario» de la fotografía tiene la plena disposición y goce (o explotación) sobre su obra, «sin más limitaciones que las establecidas por la Ley».

Tradicionalmente, el modo o forma más habitual de explotar las fotografías consistía en su reproducción y distribución. Sin embargo, la tecnología digital e internet ofrecen grandes posibilidades para el juego del derecho de comunicación pública en el campo de las fotografías (además de la tradicional modalidad de exposición pública), al igual que también para el derecho de transformación.

³⁵ *Típicas* en un doble sentido: por estar contempladas y reguladas en la LPI y por ser los medios habituales y prácticamente únicos de explotar las obras, al menos en el entorno analógico, si se considera que el «derecho de puesta a disposición interactiva» recogido en el artículo 3.1 DDASI no se integra dentro del derecho de comunicación pública (el Proyecto de Ley de reforma de la LPI considera el derecho de puesta a disposición como una modalidad del derecho de comunicación pública: nuevo artículo 20.2. letra i). El artículo 17 (*Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades*) dispone lo siguiente: «Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley.»

La reproducción viene a identificarse fundamentalmente con la obtención de copias y comprende tanto la reproducción total como la parcial o de parte de la fotografía. Sin embargo, la noción legal de reproducción no permite identificar ésta con la obtención de copias, pues técnicamente se puede producir un acto de reproducción antes de obtener copias, bastando la fijación de la obra en un medio que permita obtenerlas o comunicarlas³⁶. De llevarse a cabo una reproducción parcial sin permiso del autor de la fotografía, además de suponer una infracción al derecho de reproducción, se cometería también un atentado al derecho moral relativo a la integridad de la obra (art. 14.4.º). La distribución puede afectar tanto al original como a las copias de la fotografía, siendo quizás la forma más usual de distribución su venta (original o copias), aunque no hay que descartar el préstamo o alquiler, no tanto de la fotografía en sí como del libro, publicación periódica u otro tipo de obra (como, por ejemplo, la multimedia) en la que se inserte. No habría reproducción de la obra fotográfica, sino más bien transformación de la misma, si se «reproduce» en otro medio distinto. Así, el dibujo, pintura o escultura de la fotografía (de la imagen o realidad captada por la fotografía), o si se manipula digitalmente en un ordenador, siempre que el resultado de la transformación dé lugar a una obra derivada (art. 11). Tampoco creemos que habría reproducción sino, en su caso, comunicación pública de la fotografía, si se incluye en una obra audiovisual³⁷ o se utiliza como decorado de una representación escénica. Se califiquen de una u otra forma las anteriores actividades, todas ellas suponen explotación de la foto-

³⁶ Se dice por parte de algún sector doctrinal que como la mera fotografía es, por definición, una fijación o reproducción de imagen, la reproducción se circunscribe exclusivamente a la obtención de copias (COCA y MUNAR, *op. cit.*, p. 1603 y R. BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 1714). Si así fuera, lo mismo debería predicarse de las obras fotográficas, que también son, por definición y, entre otras cosas, una fijación o reproducción de algo. No creo que haya razones para restringir el concepto legal de reproducción a las meras fotografías y, de haberlas, las mismas serían igualmente predicables de las obras fotográficas. Una cosa es la materialización inicial de la creación, que da lugar a la obra como objeto de derecho de autor (art. 10), y otra su transposición o fijación material a un soporte distinto del original que permita hacerla accesible a una pluralidad de personas. Lo mismo puede decirse de la mera fotografía.

³⁷ Parece que aquí, de acuerdo con lo dicho en la nota anterior, además de comunicación de la fotografía se produce también, con independencia de la comunicación, una reproducción de la misma, pues al incorporarse a una película se está fijando en un medio distinto del que originariamente sirvió para su creación. *Id.*, en este sentido, GENDREAU, *op. cit.*, p. 226. Supuesto no necesariamente coincidente con el anterior es el de las fotografías que fueren realizadas en el proceso de grabación audiovisual, al que alude el artículo 124 LPI. Tales fotografías pueden ser tanto obras fotográficas como meras fotografías. Como ya apuntamos anteriormente, los derechos de explotación sobre las mismas (todos los derechos de explotación, no sólo los vinculados a la explotación cinematográfica), se atribuyen directamente por el citado precepto al productor de la grabación audiovisual, lo que no deja de ser discutible.

grafía y deben contar con la pertinente autorización de su autor o cesionario de los derechos de explotación afectados.

De entre los actos de comunicación pública que recoge la LPI, el que resulta más directamente aplicable a las fotografías, al menos en el ámbito tradicional o analógico, es el de «exposición pública de las obras de arte o sus reproducciones» [art. 20.2 *h*)] o exposición de fotografías. En los otros actos de comunicación pública, la fotografía no suele ser el objeto directo de la comunicación, sino la obra en la que está incorporada la fotografía (película u obra cinematográfica, por ejemplo), lo cual, como apunté anteriormente, supone también un acto de explotación que está sujeto a la exclusiva de su autor. El derecho de exposición pública, como todos los derechos de explotación, corresponde a título originario al autor de la obra fotográfica, sin que el adquirente de la propiedad del soporte, ya sea del original constitutivo de la creación fotográfica (negativo o cliché)³⁸ o de cualquier reproducción del mismo, tenga ningún derecho de explotación sobre aquella (art. 56.1).

Sin embargo, y como excepción a la anterior regla, el apartado segundo del artículo antes citado atribuye al propietario del original de una obra de arte plástica o de una obra fotográfica el derecho de exposición pública sobre la misma «salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original.» Por tanto, en ausencia de disposición contractual en contrario, el propietario del negativo de la obra fotográfica³⁹ (que, entiendo, es el propietario del original de una obra fotográfica)⁴⁰, sin ser el autor y sin haber adquirido expresamente el derecho de exposición, deviene titular del mismo⁴¹. Pero únicamente de ese

³⁸ Entiende RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN (*op. cit.*, p. 536) que en las fotografías el original no deja de ser una copia, aunque sea la primera, pues el proceso fotográfico termina con el revelado.

³⁹ No parece que en la fotografía digital tenga sentido hablar de original, pues original y copia se confunden o vienen a ser lo mismo.

⁴⁰ O, cabría añadir, el propietario de la única copia o ejemplar único de una obra fotográfica, tanto con negativo como sin negativo (porque, por ejemplo, se haya destruido, perdido o deteriorado), pues no parece existan razones para excluir este supuesto del artículo 56.2. Lo que no parece posible es pretender la aplicación del artículo 56.2 a las reproducciones del original o múltiples (grabados, litografías, copias de un negativo...), pues el texto del precepto es lo suficientemente claro al aludir al «propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica». Además, normalmente la exposición pública de tales reproducciones no tendría el mismo sentido o interés que si se tratara de los originales. Cuestión distinta puede ser la aplicación del «derecho de seguimiento» (que veremos a continuación) a los múltiples o reproducciones del original.

⁴¹ No obstante, SOLER MASOTA entiende que «la venta del negativo (soporte material en que se incorpora originalmente la obra) supone la desvinculación voluntaria del autor de la fotografía respecto de todas las vicisitudes que la misma experimente en el tráfico económico (...) La venta del negativo supone la renuncia implícita del autor de la fotografía a su facultad de autorizar la ulterior explotación de su obra por cualquier tercero» (*op. cit.*, pp. 138 y 139). En el mismo sentido se pronuncia RUIZ-RICO RUIZ MORÓN («Comentario al artículo 118», en *Comentarios EDERSA... cit.*, p. 539) en relación con la

derecho, no de ningún otro derecho de explotación que expresamente no le haya transmitido el autor con arreglo a las normas de transmisión de derechos que contempla la LPI⁴². En consecuencia, el propietario del original de la obra fotográfica no podría reproducirlo en los folletos publicitarios que anunciaran la exposición de la fotografía sin la previa autorización del autor. En la DDASI se admite la posibilidad de que los Estados miembros establezcan nuevas excepciones a los derechos de autor, entre las cuales se encuentra la de permitir la citada reproducción⁴³. Sin embargo, el Proyecto de Ley de reforma de la LPI no la incluye⁴⁴.

4.1.3 EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

El artículo 24 LPI trata del llamado derecho de participación o seguimiento («droit de suite», por ser su reconocimiento de origen francés), en virtud del cual «los autores de obras de artes plásticas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las obras de artes aplicadas».

Se trata de un derecho de no muy amplio reconocimiento en el ámbito del Derecho comparado, pese a que el Convenio de Berna ya lo reconoció desde la revisión de Bruselas de 1948, aunque con ciertas limitaciones⁴⁵. Y allí donde se reconoce no presenta las

mera fotografía. Ya a mediados del siglo pasado GOURIOU (*La photographie et le droit d'auteur*, LGDJ, París, 1959, p. 152) observaba que el único interés de aquel que ha adquirido del autor de la obra fotográfica su negativo, placa o cliché, no es otro que el de obtener del mismo tantas reproducciones como quiera. Pese a opiniones tan autorizadas, creo que, al igual que en la obra plástica, cuya unicidad es equiparable a la del negativo, el artículo 56.2 obedece precisamente a evitar la eficacia de voluntades presuntas o implícitas en la venta del original plástico o fotográfico.

⁴² Sobre la tensión latente entre los derechos del propietario del soporte del original plástico o fotográfico y los derechos del artista, me remito a mi trabajo «La compraventa de una obra de arte» en *Estudios de Derecho de obligaciones en homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006.

⁴³ Artículo 5.3.j) DDASI: «Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos... cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial».

⁴⁴ Aunque sí lo incluía el borrador del anteproyecto de reforma hecho público por el Ministerio de Cultura en noviembre de 2002. Pero en éste como en otros límites, el citado anteproyecto ha sufrido recortes muy considerables.

⁴⁵ En el artículo 14 ter del citado Convenio (que no menciona expresamente las fotografías, pero sí los manuscritos originales de escritores y compositores) se establece una fuerte restricción en su aplicación, pues en contra de lo dispuesto en el artículo 5.1 del mismo Convenio, permite que su protección no sea «exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada».

mismas características, ni se suele admitir de manera expresa para las obras fotográficas⁴⁶. A la vista del texto de nuestro artículo 24, sólo se aplica a las obras plásticas, y aunque pudiera dudarse de la adscripción de las fotografías al género de las obras plásticas, para la LPI no son obras plásticas⁴⁷. El artículo 10.1, que trata del objeto del derecho de autor u obras protegibles, menciona las obras fotográficas separadamente de las obras plásticas y, como ya vimos, el artículo 56.2 considera las obras fotográficas como obras distintas de las plásticas. En consecuencia, desde un punto de vista formal no parece posible aplicar a las obras fotográficas el derecho de participación, pese a que no haya razones especiales que justifiquen esta exclusión. Sin embargo, el artículo 2 de la Directiva de 27 de septiembre de 2001⁴⁸, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, menciona expresamente las fotografías entre las obras de arte a que se refiere

⁴⁶ Así, por ejemplo, siguiendo a GENDREAU (*op. cit.*, pp. 233 y 234), las leyes de derecho de autor de Gran Bretaña, Canadá y los Estados Unidos no hacen ninguna alusión al derecho de seguimiento, aunque una discutida Ley del Estado de California (la *California Resale Royalties Act*), sí regula tal derecho, pero excluye a las fotografías del mismo. En Francia, el derecho se aplica a «las obras gráficas y plásticas» (art. L 122-8 del Código de la Propiedad Intelectual de 1992), aunque la generalidad de la doctrina incluye las obras fotográficas dentro de las obras gráficas y, en consecuencia, se benefician del derecho de seguimiento. Dentro de la Unión Europea sólo en Finlandia se excluyen expresamente las obras fotográficas del derecho de participación [art. 26.i) de la Ley de Derecho de autor de 8 de julio de 1961, modificada en 1995].

⁴⁷ En contra CASAS VALLÉS, «La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, tomo I, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, p. 261.

⁴⁸ Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001. *Diario Oficial L 272*, de 13 de octubre de 2001. El plazo de transposición de esta Directiva venció el 1 de enero de 2006. El Proyecto de Ley de reforma de la LPI no incluye la reforma del artículo 24 LPI, que es obligada como consecuencia de la citada Directiva. En la Exposición de Motivos del Proyecto se dice que la razón de la reforma de la LPI responde a la necesidad de incorporar al Derecho español la Directiva 2001/29/CE, pero igual necesidad cabe predicar de la Directiva 2001/84/CE. El reconocimiento nacional de este derecho no es suficiente para que se muestre plenamente eficaz. Es necesario que tenga también su reconocimiento en los ordenamientos de otros Estados, al menos en aquellos que pertenecen a un mismo ámbito geográfico, cultural y comercial. Dentro de la UE el derecho de participación no está reconocido en algunos países, siendo el más significativo el caso del Reino Unido. Ello produce evidentes distorsiones en el mercado de obras de arte porque los artistas (o sus herederos) de aquellos Estados miembros en que este derecho no existe podrán, sin embargo, solicitar su aplicación cuando sus obras se vendan en un Estado miembro en que sí exista (de conformidad con el art. 6 del Tratado que prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad). A la inversa: los artistas de Estados miembros en los que se aplica no tienen derecho al mismo cuando sus obras se venden en un Estado miembro en el que no se aplica (el art. 14 ter del Convenio de Berna reconoce el derecho de participación, pero permite, como acabamos de ver, que no sea exigible en aquellos países miembros del Convenio cuya legislación nacional no lo admita). De ahí la existencia de esta Directiva, que ampliará el derecho de participación a los Estados miembros de la UE en que actualmente no existe y eliminará las diferencias entre las leyes nacionales que sí lo reconocen, las cuales presentan características diferentes en lo que se refiere a las obras que devengan el pago del derecho (en lo que aquí interesa las fotografías), a la tarifa aplicada, a las ventas sujetas y a la base de evaluación.

el derecho de participación, por lo que será obligada su aplicación, despejándose cualquier duda al respecto. Lo mismo sucede en relación con la discutida cuestión sobre la aplicación del derecho de seguimiento a las reproducciones del original o a las copias de la fotografía, pues el artículo 2.2 de la Directiva considera obras de arte originales (a efectos de aplicación del derecho) los ejemplares limitados de obras de arte objeto del derecho, normalmente numerados, firmados o debidamente autorizados de otra manera por el fotógrafo «que hayan sido hechos por el propio artista o bajo su autoridad»⁴⁹. Tema importante a precisar será el número o cantidad de ejemplares limitados a los que se aplicará el derecho.

4.1.4 EL DERECHO DE REMUNERACIÓN POR COPIA PRIVADA

Aparece recogido en el artículo 25 y su causa o fundamento se encuentra, como el propio texto de su apartado primero indica⁵⁰, en la copia privada, que constituye uno de los límites al monopolio del autor. Precisamente por ello, la propia LPI lo denomina en el rótulo del precepto que lo disciplina «derecho de remuneración por copia privada», aunque el Proyecto de reforma de la LPI lo rebautiza con el nuevo nombre «compensación equitativa por copia privada». El artículo 31 de la citada Ley declara legal y lícita la copia

⁴⁹ Ambas cuestiones, es decir, la aplicación del derecho de participación a las obras fotográficas y a los ejemplares limitados de las mismas, podrían ya ser efectivas en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. Habría, a este respecto, que considerar la jurisprudencia del TJCE según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen un asunto comprendido en el ámbito de aplicación de una Directiva están obligados, desde el momento en que ésta es adoptada, a interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la correspondiente Directiva [*vid.*, entre otras, STJCE de 13 de noviembre de 1991, asunto C-106/8 (Marleasing)]. Esto para el supuesto de que no se hubiera cumplido todavía el plazo de incorporación o transposición establecido en la propia Directiva. Para el caso del incumplimiento del plazo, que es en el que nos encontramos, habrá de estarse a la jurisprudencia relativa al llamado «efecto directo vertical» de las Directivas, en virtud del cual se puede exigir al Estado una responsabilidad patrimonial cuando se den ciertos requisitos. Fundamentalmente y en líneas generales, que se trate de una disposición contenida en la Directiva no sujeta a condiciones, suficientemente precisa y atributiva de derechos subjetivos no recogidos en el ordenamiento nacional (SSTJCE de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich; y de 5 de abril de 1996, asunto Brasserie, entre las primeras). Cuestión interesante a determinar es si los anteriores requisitos se cumplen en el caso de las fotografías.

⁵⁰ Artículo 25. *Derecho de remuneración por copia privada.*—1. «La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2 del artículo 31 de esta Ley, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una remuneración equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4 del presente artículo, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaren de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes».

para uso privado del copista, siempre que la copia así obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25, 34 y 99.a), que hacen referencia, respectivamente, al derecho de remuneración que estamos considerando, a las bases de datos electrónicas y a los programas de ordenador. Respecto a estos dos últimos tipos de obras no se admite copia privada. Luego, en principio, todas las demás obras divulgadas, incluyendo las fotografías, pueden ser lícitamente copiadas para uso privado del copista.

Por tanto, la copia para uso privado es lícita sin necesidad de tener que contar con el consentimiento del autor. Pero esa licitud de la copia para uso privado no quiere decir que sea gratuita. La LPI en su artículo 25 establece una remuneración para los autores, editores y otros titulares de determinados derechos afines [acreedores, *ex art. 25.4.b*]), dirigida a «compensar los perjuicios» que sufren éstos como consecuencia de declarar lícita la copia privada, en la medida en que por ella suelen disminuir, aunque no necesariamente, los ingresos por la explotación de su obra⁵¹. La remuneración compensatoria constituye, pues, una obligación legal, una obligación establecida por la LPI, de la cual son deudores los fabricantes e importadores de máquinas, instrumentos o materiales aptos para hacer reproducciones para uso privado, respondiendo solidariamente⁵² del pago de esta obligación los distribuidores, mayoristas y minoristas [art. 25.4.a)].

Así pues, como se desprende claramente del texto del artículo 25.1, el derecho remuneratorio está en íntima y estrecha relación con el límite al derecho de reproducción establecido en el artículo 31.2.º (para uso privado del copista). No tendría ningún sentido ni justificación su existencia sin la limitación de

⁵¹ En la doctrina y jurisprudencia, al igual que en este trabajo, se suele hablar indistintamente de «canon compensatorio» y de «derecho de remuneración por copia privada». Sin embargo, aunque la cuestión no tenga mayor importancia, resulta preferible utilizar la nomenclatura legal para alejar toda idea de concesión administrativa, tributo o censo, afecta a la palabra «canon», o de resarcimiento o pretensión indemnizatoria, aneja a la palabra «compensatoria». No se compensa ningún daño. Los límites a los derechos subjetivos no ocasionan un daño a su titular. Suponen simplemente un recorte a la esfera de poder que comportan, por el que se viene a configurar legalmente el propio derecho. Lo que se compensa es, como se deduce del artículo 25.1, la eventual u ocasional merma en la explotación de la obra, como consecuencia de una actividad lícita que mitiga o reduce el monopolio del autor en atención a unos intereses superiores. Por ello creo que la denominación más ajustada al derecho que tratamos es la actualmente vigente y no la de «compensación equitativa» que utiliza el Proyecto de reforma. Para un desarrollo más amplio y completo de esta cuestión me remito a mi trabajo «La ley como fuente de las obligaciones y el derecho de remuneración por copia privada», en *Estudios Jurídicos al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 3619-3642.

⁵² En realidad, estos sucesivos adquirentes no son responsables o deudores solidarios, pues no concurren en ellos las notas características de la solidaridad. Se trata más bien de un supuesto de responsabilidad subsidiaria legalmente establecido.

copia privada. Tal es así que los mecanismos actuales de protección tecnológica que impiden la copia privada cuestionan la pervivencia de la remuneración por copia privada en el entorno digital, por lo menos en el entorno llamado «en línea», pues pudiéndose controlar las reproducciones privadas que se hacen de las obras no tiene ningún sentido pagar un canon que no remunera ni compensa nada, además de resultar claramente injusto⁵³.

El derecho de reproducción que se reconoce al autor de la obra fotográfica es exactamente el mismo que el que corresponde al autor de cualquier otra obra intelectual, es decir, el plasmado en el artículo 18. Este derecho tiene unos límites⁵⁴ recogidos en los artículos 31 a 37, que se aplican indistintamente a todo tipo de obras⁵⁵. Por tanto, aunque el texto del artículo 25 y su desarrollo reglamentario no parezca pensado para las obras plásticas o artísticas en general, no existen razones para dejar de reconocer también el derecho de remuneración por copia privada a los autores de obras fotográficas, ya estén divulgadas formando parte de libros o publicaciones asimiladas a los mismos⁵⁶, ya constituyan ellas mismas la completa edición del libro o, incluso, ya se trate de cualquier soporte visual que incorpore o constituya por sí mismo una obra fotográfica, pues el artículo 25.1 menciona expresamente, además de los libros, fonogramas y videogramas, «otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales». Especial importancia cobra aquí la obra fotográfica digital o la digitalización de una fotografía originariamente no digital⁵⁷ la cual, en

⁵³ Esta cuestión y su consideración en el Proyecto de reforma de la LPI es analizada de manera detallada por I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2005, especialmente pp. 169-212, quien estima que aún así existen razones suficientes para mantener el canon o remuneración compensatoria.

⁵⁴ Que, como ya hemos dicho, son de aplicación en lo pertinente a todos los derechos afines (incluido el relativo a las meras fotografías) regulados en el Libro II, por disponer así el artículo 132.

⁵⁵ Aunque alguno de ellos, por el supuesto de hecho que contemplan, sólo sea aplicable a algún tipo de obras en particular, tratándose del límite basado en la copia privada, parece que debe aplicarse indiscriminadamente a toda obra susceptible de ser reproducida, o sea, a todas las creaciones tuteladas por el derecho de autor.

⁵⁶ En cuyo caso nos podríamos encontrar ante una obra compuesta (art. 9.1), que será el supuesto más frecuente, pero también ante una obra independiente que esté publicada conjuntamente con otras (art. 9.2) o ante una obra derivada (art. 11). Sobre publicaciones asimiladas a los libros, el Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, desarrolla el artículo 25, entre otros preceptos de la LPI, determinando qué publicaciones se entienden asimiladas a los libros a los efectos de percepción de la remuneración por las copias sobre los mismos. Como veremos más adelante, las obras de pintura y escultura suelen ser reproducidas mediante fotografías, pudiendo dar lugar a obras (aquí la obra fotográfica constituiría normalmente una obra derivada) o a meras fotografías (en este supuesto habría una reproducción, aunque no exacta, de la pintura o escultura), que posteriormente se publican en libros.

⁵⁷ Particularmente la que sirve como medio para captar la imagen de una obra plástica, pues ésta no se puede digitalizar directamente. En este caso obviamente se está realizando, como ya apunté, un acto de reproducción sobre la misma.

principio y a la espera de lo que decida el legislador español sobre la excepción facultativa relativa a la copia privada digital⁵⁸, consignada en el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE (DDASI)⁵⁹, es afectada por el límite de la copia privada, aunque los discos duros de ordenador, que son uno de los instrumentos no tipográficos o aparatos que de manera más generalizada permiten la citada copia, no generen por ahora el pago de ningún tipo de remuneración por dicho concepto. Ni tampoco parece que lo vayan a generar en el futuro si atendemos a lo dispuesto en el Proyecto de Reforma de la LPI, que expresamente exceptúa del pago de la compensación a los discos duros⁶⁰. Lo que sí recoge expresamente el Proyecto es la contemplación de otros equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digital, estableciéndose provisionalmente en la disposición transitoria única del Proyecto de Ley el detalle del importe a satisfacer por cada uno de los instrumentos digitales, del cual deberían ser acreedores también los autores de las obras fotográficas en la medida en que son aptos o idóneos para realizar copias privadas de las mismas⁶¹. Especialmente el escáner, la impresora a color y los equipos

⁵⁸ La DDASI distingue entre copia reprográfica y copia en cualquier soporte, incluido tanto el soporte papel o similar como el soporte no digital, sometiénolas a distintos requisitos. Sin embargo, el Proyecto de Ley de reforma incluye ambos tipos de copia en el mismo régimen y únicamente distingue entre copia digital y no digital a efectos del derecho de remuneración por copia privada.

⁵⁹ Excepción o limitación al derecho de reproducción cuya virtualidad aparece, dentro de la propia Directiva, prácticamente anulada si se acepta lo dispuesto en el artículo 6.4 a propósito de la protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección de las obras, ya se haya accedido o no a la fotografía (obra o prestación protegida) por medio de un contrato o licencia en línea u *on line*. Aunque, en principio, el régimen jurídico de la copia privada digital según exista o no licencia es distinto dentro de la propia DDASI, parece que los resultados prácticos son análogos: privar de eficacia a la excepción de la copia privada digital. Un completo y detallado estudio de la DDASI y de su eventual aplicación en el Derecho español puede encontrarse en el libro de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en internet. Los tratados OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, Granada, Comares, 2.ª edición, 2003, así como más recientemente en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., pp. 47-57 y 169-212.

⁶⁰ El Proyecto da una nueva redacción al artículo 25 LPI y en el nuevo apartado 7 quedan excluidos expresamente los discos duros de ordenador, si bien en los términos que se definan reglamentariamente.

⁶¹ La disposición transitoria única del Proyecto, que lleva por rúbrica «Compensación equitativa por copia privada», determina la cuantía de la compensación aplicable hasta que se apruebe la orden ministerial a que se refiere la regla 3.ª del nuevo apartado 6 del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Entre los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales visual o audiovisual y de libros sujetos a dicha compensación se mencionan distintos instrumentos que, creo, son plenamente aplicables a las fotografías: escáneres o equipos monofunción que permitan la digitalización de documentos; equipos multifuncionales capaces de realizar al menos dos de las siguientes funciones: copia, impresión, fax o escáner; discos versátiles para vídeo, sean o no regrabables; discos compactos y versátiles para reproducción mixta, sonora y visual o audiovisual, sean o no regrabables, etc.

multifunción que son particularmente aptos para realizar copias privadas de obras fotográficas⁶².

4.2 Los derechos del realizador de la mera fotografía

Son los de reproducción, distribución y comunicación pública, tal como aparecen descritos en el Libro I de la LPI (arts. 18, 19 y 20) que, como ya hemos dicho, trata de los derechos de autor, frente al Libro II que disciplina los derechos afines u otros derechos de propiedad intelectual, entre los cuales está el relativo a las meras fotografías. Eso es lo que quiere decir la expresión del artículo 128 «en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas»⁶³. No se le atribuye, pues, ni los derechos morales ni el otro típico derecho exclusivo (el de transformación: art. 21, tan ligado al derecho moral), ni cualquier otra forma de explotación (art. 17) distinta de las tres mencionadas, aunque sí la nueva forma de explotación o, mejor, la nueva modalidad de comunicación pública recogida en la letra *i*) del artículo 20.2 del Proyecto de reforma de la LPI sobre puesta a disposición interactiva. Tampoco los otros derechos patrimoniales contemplados en los artículos 24 y 25 que antes hemos considerado para las obras fotográficas. El derecho de participación no ofrece ninguna duda al respecto, pues se aplica exclusivamente a los autores de obras de artes plásticas, y la mera fotografía, por definición, no es ni obra plástica ni obra de ninguna otra naturaleza. Sí ofrece algunas

⁶² Vid. GARROTE (*La reforma de la copia privada...*, cit. p. 159), quien indica que en Francia los autores de las fotografías son acreedores de la remuneración por copia privada. Aunque no parezca procedente ni justo el mantenimiento del canon compensatorio junto con las medidas tecnológicas, ello no quiere decir que decidido por el legislador su mantenimiento se redoble el desafuero excluyendo del canon a los autores fotográficos. Es decir, si se opta por el canon en los soportes digitales, que se aplique con todas sus consecuencias y a favor de todos los sujetos «presuntamente perjudicados». De la misma manera que el canon encuentra una aplicación indiscriminada sobre los soportes o materiales gravados, con independencia del hecho de que con ellos se hagan o no copias de obras y prestaciones protegidas, debería favorecer indiscriminadamente a los autores de todo tipo de obras.

⁶³ Aunque con dudas, creo que también podría reconocerse al realizador el llamado derecho de colección (art. 22), pues se trata de un derecho de naturaleza patrimonial cuyo ejercicio presupone la previa cesión en exclusiva de los derechos de explotación (no necesariamente de todos, basta con alguno o algunos de los que corresponden al realizador) y una alteración sustancial del régimen de disfrute de dichos derechos por sus titulares o una modificación del negocio de cesión que afecta esencialmente a uno de sus elementos principales, cual es el carácter exclusivo de la cesión. Pese a su ubicación sistemática, más que de un derecho de exclusiva se podría hablar de un derecho potestativo o de una facultad de configuración jurídica (DE CASTRO, DÍEZ-PICAZO), que se atribuye al adquirente a título originario del derecho subjetivo de propiedad intelectual, es decir, al autor. Y no hay razones para negárselo al adquirente a título originario del derecho subjetivo afín sobre la mera fotografía (realizador).

dudas, por el contrario, el derecho de remuneración por copia privada⁶⁴.

Si el derecho de reproducción que se reconoce al realizador de la mera fotografía es el mismo («en los mismos términos») que el que corresponde al autor de una obra fotográfica, también estará sometido a los mismos límites, que son de aplicación en lo pertinente a todos los derechos afines regulados en el Libro II por disponerlo así el artículo 132. Parece entonces obligado reconocerle también el derecho de remuneración por copia privada. Ahora bien, a la vista de la configuración del citado derecho en los distintos apartados del artículo 25, especialmente del apartado 4.b) (donde se determinan legalmente los acreedores de la obligación, cuyo texto sigue idéntico en el proyecto de reforma)⁶⁵, así como de su desarrollo reglamentario, no parece factible su efectividad para los realizadores de meras fotografías. Pero teóricamente no se aprecian razones para no reconocérselo. Y, desde un punto de vista práctico, no faltan ocasiones en las fotocopias de libros que incluyen meras fotografías. En este supuesto se produciría la paradoja de que el editor de un libro que contuviera todo él o gran parte de su contenido meras fotografías sería acreedor de la remuneración por copia privada, mientras que el realizador de las fotografías no tendría derecho a ninguna remuneración, lo que sería un contrasentido insostenible. Asimismo hay que recordar que, con independencia del derecho de remuneración por copia privada, la reproducción permitida por el artículo 31.2.º sólo comprende al copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva o lucrativa. En consecuencia, cuando la copia de una mera fotografía se utiliza colectivamente no estaremos ante la excepción del artículo 31.2.º y será necesario obtener la autorización del titular del derecho de reproducción.

⁶⁴ Para VALERO MARTÍN (*Obras fotográficas y meras fotografías*, cit., p. 314) y los autores que allí cita, está claro que a los autores de las meras fotografías no se les reconoce el derecho del artículo 25.

⁶⁵ Se menciona como acreedores a «los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1, juntamente en sus respectivos casos y modalidades, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y...». El apartado 1, anteriormente transcrito, habla de reproducción de obras, pero también de fonogramas y videogramas, que pueden fijar tanto obras o creaciones protegibles por los derechos de autor, como otros sonidos o imágenes que no sean obras, cuyos productores serían también, podría sostenerse, acreedores de la remuneración. Si se acepta que dichos productores también tienen derecho a la remuneración por las reproducciones para uso privado de sus fonogramas y videogramas, aunque no contuvieran obras, podría sostenerse igualmente que no hay ninguna razón para excluir a otros titulares de derechos afines (los realizadores de las meras fotografías), cuyos objetos son más apetecibles o demandados, más susceptibles de reproducirse para uso privado, que las meras fijaciones de sonidos o imágenes que no constituyan obras.

Como ya apuntamos anteriormente⁶⁶, la cesión de los derechos que corresponden al realizador de la mera fotografía no está sometida a las normas contenidas en el Título V del Libro I, por lo que lo dispuesto en el antes visto artículo 56.2 respecto a la exposición pública de una obra fotográfica no tiene por qué ser de obligada aplicación a las meras fotografías, ni tampoco el artículo 51 relativo a los autores asalariados⁶⁷.

Finalmente, deberíamos preguntarnos si el realizador tiene derecho a que figure su nombre en la mera fotografía. En principio no, pues, a diferencia del autor de una obra fotográfica (art. 14.3.º), el realizador carece del derecho moral⁶⁸. No obstante, el hecho de que la ley atribuya a un determinado sujeto la realización de la mera fotografía induce a pensar que su labor, aunque no creativa, debe ser considerada y, por tanto, en los actos de explotación de la misma podría hacer valer que constase su condición de realizador, es decir, reivindicar su paternidad. Así, el artículo 6 del D 751/1966, de 31 de marzo, de desarrollo de la Ley de Prensa, exige hacer constar el nombre de quien hizo la fotografía, sin distinguir sobre el carácter o naturaleza de la misma. Por otra parte, hay que señalar que parece indispensable mencionar el nombre del fotógrafo para conocer la identidad de la persona a la que dirigirse a efectos de poder utilizar la fotografía mediante la solicitud de la correspondiente autorización⁶⁹.

⁶⁶ *Vid.* supra nota número 28.

⁶⁷ Ni tampoco el régimen de la obra por encargo, como ya se contempló anteriormente (*vid.* supra nota número 22), porque es de suponer que, en los supuestos más normales, el comitente habrá adquirido su plena propiedad como consecuencia o efecto normal del contrato de obra. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1996 deja entrever que la cesión de ejemplares o fotografías como consecuencia de un contrato de obra no supone que el realizador se desprenda de sus derechos en cualquier caso. Más ampliamente desarrolla estas cuestiones RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN (*op. cit.*, p. 538).

⁶⁸ VALERO MARTÍN (*op. cit.*, pp. 314-321) señala que la inexistencia de derechos morales de origen legal sobre las meras fotografías no impide que el realizador pueda hacer valer su reconocimiento por otros medios como, entre otros, la vía contractual. Pero, lógicamente, la diferencia del alcance de la protección en uno y otro caso es abismal, tanta como la que existe entre los derechos reales y los derechos de crédito.

⁶⁹ *Vid.* RUIZ-RICO (*op. cit.*, p. 535). Sin embargo, la ya citada STS de 31 de diciembre de 2002 no reconoce el derecho a que conste el nombre del realizador de la mera fotografía: «... entendemos que no hay violación de los núms. 3.º y 4.º del artículo 14 de la Ley 22/1987, por inaplicación de los mismos en la sentencia recurrida, ya que se refieren a derechos de los conocidos como morales, que se reconocen al autor de una obra fotográfica pero no a los de meras fotografías que exclusivamente se refieren a derechos de orden patrimonial, según se deduce de la literalidad del texto del artículo tantas veces citado, el 118 de la referida Ley (en la actualmente vigente el 128), no constando la existencia de pacto expreso entre las partes de que la publicación había de efectuarse con el nombre del fotógrafo, precepto que establece que quien realice una fotografía “goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública”, derechos estos todos de carácter exclusivamente patrimonial, de los que disfrutaban los fotógrafos en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas» (último párrafo del Fundamento de Derecho Segundo).

4.3 La duración de los derechos

Es distinta según se trate de obra fotográfica o mera fotografía. En el primer caso, se aplica el régimen ordinario propio de todas las obras intelectuales, según el cual los derechos de explotación duran toda la vida del autor y setenta años después de su muerte (art. 26), conteniéndose en la LPI reglas especiales en el caso de obras en colaboración, colectivas, póstumas, anónimas, seudónimas y publicadas por partes (estas últimas serían difícilmente aplicables a las fotografías). Este régimen ordinario es común para todos los países de la UE como consecuencia de la Directiva 93/98/CEE, pues en varios de ellos las obras fotográficas tenían una duración inferior que, sin embargo, sigue existiendo en los convenios internacionales⁷⁰. La duración de los derechos morales se corresponde con la vida del autor, pues son personalísimos. No obstante, como ya expusimos anteriormente⁷¹, algunos de ellos tienen un régimen particular, pues pueden ser ejercidos después de la muerte del autor por determinadas personas o instituciones.

Para las meras fotografías, el artículo 128 LPI establece un plazo de veinticinco años, sensiblemente inferior no sólo al de las obras fotográficas, sino también al de los otros derechos afines. La antes citada Directiva sobre la armonización del plazo de protección se limita a reconocer a los Estados miembros la posibilidad de proteger las demás fotografías que no sean originales (art. 6), pero guarda silencio sobre las duración de los derechos sobre las mismas⁷². El cómputo o *dies a quo* se inicia a partir de la realización

⁷⁰ El Convenio de Berna da una protección mínima de veinticinco años desde la realización de la obra fotográfica (art. 7.4), mientras que al resto de las obras se les otorga una protección de cincuenta años computados desde la muerte del autor. En la prácticamente periclitada Convención Universal sobre Derecho de Autor, la duración mínima es de diez años (art. IV.3), sin precisarse el momento del inicio del cómputo, mientras que para el resto de las obras intelectuales es de veinticinco años después de muerto el autor. Esta discriminación de las obras fotográficas en la protección internacional se sigue manteniendo en el Acuerdo sobre los aspectos de derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC, art. 12), que figura como anexo al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994. Por su parte, el artículo 9 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 impone a las Partes Contratantes la no aplicación del artículo 7.4 del Convenio de Berna. Todo ello es revelador de las reticencias a la hora de considerar la fotografía como obra intelectual o artística protegible por el derecho de autor.

⁷¹ *Vid. supra* apartado 4.1.1.

⁷² El plazo general de protección de los derechos afines que establece la Directiva es de cincuenta años. Sin embargo, para determinados derechos afines, en concreto el que recae sobre la divulgación de obras inéditas que estén en el dominio público (arts. 4 de la Directiva y 129.1 LPI), el plazo es de veinticinco años. Plazo que nuestro legislador ha marcado para las meras fotografías. Como se dice en el Considerando 20 de la Directiva, «los Estados miembros deben conservar la facultad de mantener o introducir derechos afines al derecho de autor no incluidos en la presente Directiva...», dejando entrever que en el supuesto en que hagan uso de dicha facultad, la duración de dichos derechos afines

de la fotografía o reproducción (no la reproducción de la fotografía, sino la de la realidad «obtenida por procedimiento análogo a la fotografía», a la que alude el primer inciso del art. 128 para referirse a otras formas diversas de las tradicionales de fijación química para la producción de la imagen⁷³). ¿Cuándo está «realizada» la fotografía? Pues cuando se capta o impresiona la imagen en la película sensible o en cualquier otro medio o soporte, es decir, cuando se obtiene la primera fijación. A partir de ese momento surgen los derechos del realizador, pues es entonces cuando se puede distribuir (el art. 19 alude al original o copias), comunicar públicamente (mediante, por ejemplo, diapositivas que no impliquen reproducción del negativo) e, incluso, también reproducir, pues parece que las modernas cámaras digitales permiten la obtención de copias sin previo revelado. Por tanto, la fotografía ya está realizada desde el momento en que se ha «encerrado la imagen en la cámara oculta», o, utilizando una terminología más abierta y apropiada a las nuevas tecnologías, desde el momento «de la fijación instantánea de la imagen, directa o indirectamente perceptible de algún modo por el hombre»⁷⁴. A partir de ese momento (1 de enero del año siguiente) se inicia el cómputo de los veinticinco años, no a partir del revelado⁷⁵.

5. LÍMITES

Como ya hemos indicado, la LPI recoge en sus artículos 31 a 40 bis una serie de límites a los derechos de autor⁷⁶ que son aplicables también a los derechos afines, en lo que aquí interesa, a las

deberá ser de veinticinco (el establecido para la divulgación de inéditos en el dominio público: art. 4) o de treinta años (el fijado para las ediciones críticas y científicas de obras en el dominio público: art. 5). Estos derechos conforman los llamados «derechos afines menores», sin que exista, a nuestro entender, razón alguna que ampare dicho calificativo, que no deja de tener cierto aire peyorativo. El hecho de que sean de más reciente reconocimiento en el ámbito del Derecho comparado, frente a los tradicionales que se regulan en los títulos anteriores del Libro II LPI, no significa que tengan menor importancia o que sean acreedores de una menor protección. Como apunta la propia Directiva, los derechos afines no constituyen una categoría unitaria ni cerrada, y nada impide que vaya aumentando con otros derechos en el futuro.

⁷³ Vid. SOLER MASOTA (*op. cit.*, pp. 103-106), quien desarrolla la noción de «procedimiento análogo» a la fotografía.

⁷⁴ R. BERCOVITZ, «Comentario al artículo 128», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 717.

⁷⁵ En contra, COCA y MUNAR «Comentario al artículo 128», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1.ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 1605.

⁷⁶ La mayoría de tales límites afectan a los derechos de explotación, pero el artículo 40 también recoge una importante limitación que afecta al derecho moral de divulgación una vez muerto el autor.

meras fotografías⁷⁷. Por tanto, salvo cuando sea necesario, no haremos distinción entre obra fotográfica y mera fotografía pues, con carácter general, la interpretación, alcance o extensión de las normas que los establecen es la misma en ambos casos, salvo en aquello que pueda afectar al derecho moral. Al comentario de algunas de tales normas nos referiremos más adelante. Pero antes es necesario también aludir a otros límites o restricciones que pueden afectar a los derechos que recaen sobre las fotografías en atención a la eventualidad de que la propia realización de la fotografía constituya una infracción o lesión a otros derechos, así como a la realidad o imagen fotografiada. En efecto, a través de la fotografía se pueden reproducir otras obras protegibles por la propiedad intelectual (como dibujos, pinturas, esculturas...) ⁷⁸, al igual que la imagen de las personas.

En relación con la fotografía de obras preexistentes (ya sean de dos dimensiones o tridimensionales), y con independencia de que la propia fotografía constituya también una obra, parece claro que se está llevando a cabo un acto de reproducción sobre las mismas ⁷⁹. Aunque por la ausencia de una total identidad entre el original y la fotografía se haya dudado sobre la existencia de una auténtica reproducción de la obra plástica, ya se lleve a cabo ésta manualmente o por medios audiovisuales o fotográficos, lo cierto es que en este último caso para la LPI se produce un acto de reproducción ⁸⁰. Salvo que se esté amparado por alguno de los límites

⁷⁷ Artículo 132. *Aplicación subsidiaria de disposiciones del Libro I.*

«Las disposiciones contenidas en la sección 2.^a del Capítulo III, Título II y en el Capítulo II del Título III, ambos del Libro I de la presente Ley, se aplicarán, con carácter subsidiario y en lo pertinente, a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en el presente Libro.»

⁷⁸ Normalmente, las obras que se suelen reproducir por fotografía suelen ser las obras plásticas. Pero como pone de relieve GENDREAU (*op. cit.*, pp. 273-296), la fotografía de obras esencialmente destinadas a la comunicación pública, como las obras audiovisuales, dramáticas o coreográficas, puede constituir una infracción al derecho de reproducción sobre tales obras, siendo abundante la jurisprudencia francesa que así lo establece.

⁷⁹ O, en su caso, un acto de transformación. Pero ya se trate de una reproducción o de una transformación, se requiere siempre la autorización del autor de la obra que se fotografíe.

⁸⁰ Tanto por la noción legal de reproducción que proporciona el artículo 18 como por lo dispuesto en el artículo 35.2. Como apunta RIVERO HERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 167), nuestra LPI, así como la mayoría de los ordenamientos y la mayor parte de la doctrina, consideran reproducción en sentido jurídico la fotografía de la obra plástica, «esa menguada representación en un soporte material de la obra plástica, aunque sea sólo aproximada y en tanto permita su percepción visual, aunque incompleta o cualitativamente parcial». *Vid.* la cuestión más extensamente en RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 185-195. Como sostiene esta autora (p. 193), analizando las distintas opiniones autorizadas que han tratado el tema (RAMS, ESPÍN CÁNOVAS, BERCOVITZ ALVÁREZ, ORTEGA DOMÉNECH, VALBUENA GUTIÉRREZ, por limitarnos a la moderna doctrina española), el legislador no atiende a los medios materiales idóneos para realizar la reproducción, bastando simplemente con que el medio empleado sirva para comunicar la obra y obtener copias de la totalidad o parte de ella.

existentes a los derechos de autor⁸¹ se debe contar con la pertinente autorización del titular de los derechos sobre la obra reproducida a través de la fotografía. El hecho de que el fotógrafo utilice una obra ajena para crear su obra fotográfica o su mera fotografía no puede servirle de coartada para eludir la correspondiente autorización⁸².

La fotografía de personas puede suponer atentado o intromisión ilegítima en sus derechos de la personalidad, en concreto al derecho sobre la intimidad o la propia imagen. La ya citada STS de 29 de marzo de 1996⁸³ trata de esta cuestión, la cual se presenta en prácticamente los mismos términos se trate de obra fotográfica o de mera fotografía. El supuesto parte del encargo a un fotógrafo por una modelo profesional de la realización de determinadas fotografías sobre su cuerpo, imagen o persona. Posteriormente, una de dichas fotografías fue publicada sin autorización de la modelo en la portada de un libro. El Tribunal Supremo, como no podía ser menos, aplica el artículo 7.6.º de la LO 1/1982, de 5 de mayo, al estimar con absoluta claridad intromisión ilegítima en la utilización de la imagen de la modelo, sin que concurrieran en el caso ninguna de las excepciones previstas en el artículo 8 de la citada Ley. Por tanto, se reserve o no se reserve el autor de la obra fotográfica o el realizador de la mera fotografía los derechos de explotación sobre la fotografía, para utilizar la imagen de la persona retratada tendrá que contar con su consentimiento, no porque pueda ser titular de los derechos de explotación sobre la fotografía, sino por el valor prevalente en este punto de la LO 1/1982. El respeto, pues, a la esfera íntima de la persona constituye un límite al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual sobre una fotografía⁸⁴.

Finalmente, deberíamos también preguntarnos si cuando se fotografían bienes u objetos propiedad de terceros éstos podrían oponerse al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual por

⁸¹ Más adelante aludiremos al límite consistente en la libre fotografía de las obras situadas en la vía pública.

⁸² Nos encontraríamos aquí ante una obra derivada (o también ante una obra compuesta si conceptuamos éstas como una categoría distinta de las obras derivadas), supuestos ambos que requieren la autorización del autor de la obra preexistente (arts. 9.1, 11 y 21.2). Si la fotografía de una obra preexistente tiene la consideración de obra fotográfica, tal obra necesariamente tiene que ser calificada como derivada. No es así, obviamente, en la mera fotografía.

⁸³ Comentada por R. BERCOVITZ en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 41. Vid. también CASAS VALLÉS y SOL MUNTAÑOLA, «Comentario a la SAP de Barcelona de 16 de diciembre de 1991», en *Poder Judicial*, núm. 30.

⁸⁴ Curiosamente, varias leyes de derecho de autor o propiedad intelectual de principios del siglo XX, a la hora de considerar la fotografía se centran básicamente en salvaguardar los derechos sobre la propia imagen de las persona fotografiadas. Así sucede en la Ley alemana de 1907 o en la suiza de 1922.

parte de su titular (autor o realizador o cesionario de los derechos de uno u otro). Aunque el tema requeriría muchas matizaciones dependiendo de las condiciones y circunstancias en que se realizara la fotografía, así como del objeto fotografiado y de su posterior utilización, en la medida en que no se atente contra la intimidad o vida privada del propietario (tanto en la obtención de la fotografía como en la posible identificación de su propietario por el objeto fotografiado), no parece que ello implique una lesión del derecho de propiedad⁸⁵. En especial, tratándose de la fotografía de inmuebles o edificios, si éstos constituyen obras arquitectónicas pueden ser libremente reproducidos, distribuidos o comunicados aunque todavía no hayan entrado en el dominio público, por permitirlo expresamente el artículo 35.2. Luego, con más razón podrá ser libremente explotada la fotografía si tales edificios no resultan protegidos por los derechos de autor, bien porque han caducado o bien porque no constituyen creaciones originales, sin que su propietario pueda, con carácter general, impedirlo⁸⁶.

5.1 Naturaleza y finalidad de los límites

Los límites establecidos por la propia LPI tienen una discutida naturaleza y aceptan distintas calificaciones⁸⁷. De cualquier manera,

⁸⁵ Por otra parte, difícilmente cabría considerar los objetos fotografiados como una proyección de la personalidad de sus propietarios. No obstante, como pone de relieve GENDREAU (*op. cit.*, pp. 297-303) con cita de abundantes sentencias, si bien la jurisprudencia francesa de principios del siglo XX negaba al propietario de un perro o de un inmueble la posibilidad de oponerse a la reproducción de sus fotografías con el simple argumento de que sólo el derecho de autor determina la legitimidad para reproducir un bien, posteriormente, y al amparo de los principios de responsabilidad civil, se viene a reconocer a los propietarios la posibilidad de controlar la reproducción fotográfica de lo que les pertenece. En el Derecho anglosajón –prosigue GENDREAU (p. 298)–, cuando el respeto a la vida privada no puede ser invocado y ha existido una relación contractual basada en el régimen de las obras hechas por encargo (*work-for-hire*), en las que los derechos de autor se atribuyen al comitente, los intereses del propietario quedarían protegidos. Así, recoge el supuesto litigioso relativo a una mujer que había encargado fotografías de su perro. El Tribunal niega expresamente la existencia de cualquier tipo de derecho a la intimidad (*right of privacy*) que pueda estar vinculado a la fotografía de un perro, pero teniendo en cuenta la relación contractual habida entre las partes, los derechos de autor nacen en la propiedad del perro.

⁸⁶ En este sentido se pronuncia la sentencia de la Corte de Apelación de París, de 31 de marzo de 2000 (4e Ch.), en un asunto relativo a los derechos de imagen sobre un castillo, no reconociendo ningún tipo de prerrogativas a su propietario en orden a impedir el dibujo del mismo o su fotografía. Pero el fotógrafo adquirirá derechos de propiedad intelectual sobre su fotografía. Así, por seguir con la jurisprudencia francesa, la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Beauvais (1ère Ch.), de 31 de octubre de 2005, condena a una sociedad por utilizar en una página web una fotografía del castillo de Chantilly sin autorización del fotógrafo.

⁸⁷ En las leyes, como en la doctrina y la jurisprudencia, se suele emplear indistintamente las palabras «límites» y «excepciones». Así, en la LPI a veces se utiliza la palabra «límites» (arts. 31 ss.) y otras la palabra «excepciones» (art. 135 en derecho sui generis).

y con independencia del alcance que eventualmente y en cada caso se pueda dar a la restricción del monopolio del autor según se califique ésta como límite o excepción, lo cierto es que los supuestos encuadrados por la LPI en los artículos 31 a 40 bis, agrupados bajo el epígrafe de «Límites» en el Capítulo II del Título III, permiten la libre utilización de las obras, aunque en algunos casos sometida a una remuneración. Como sostiene De Ángel Yágüez, en los distintos casos encuadrados dentro del capítulo dedicado a los límites, determinadas facultades integrantes del derecho de autor se sustraen a su monopolio permitiéndose su libre ejercicio para concretas finalidades⁸⁸. Es decir, en los derechos reales, como son los derechos de autor, razones de política jurídica aconsejan restringir (limitar, exceptuar) el ámbito de poder que representan para su titular en atención al sujeto pasivo de los mismos, o sea, atendiendo a los intereses de la colectividad. Son, pues, supuestos en los que el ámbito de poder que representa el derecho no es efectivo, configurándose así el contenido propio o institucional del mismo⁸⁹. La propiedad intelectual, desde sus orígenes más remotos de los privilegios hasta la actualidad, ha estado permanentemente vinculada a

En ocasiones, dentro de un mismo artículo se utilizan ambas palabras (por ejemplo, rótulo del art.100 y apartado 6 del mismo artículo). Las Directivas suelen emplear un lenguaje más versátil: unas veces «excepciones» (Directiva sobre bases de datos), otras «límites y excepciones» (DDASI); la Directiva sobre derechos de alquiler y préstamo habla de «excepciones» para los derechos de autor (art. 5) y de «limitaciones» para los derechos afines (art.10); la Directiva sobre programas de ordenador utiliza la expresión «excepciones a los actos sujetos a restricciones» (art. 5). Como se puede apreciar el lenguaje empleado es verdaderamente errático, sin que aparentemente haya razones que motiven el uso de una u otra terminología. Como sostiene BOUZA (*El derecho sui generis del fabricante de bases de datos*, Reus/Aisge, Madrid, 2001, p. 220), en los límites estamos ante supuestos en los que por existir intereses contrapuestos se restringen o se reducen los derechos de los titulares, pero no en supuestos en los que éstos no existan. Por el contrario, las excepciones abarcan supuestos de ineffectividad o ausencia del derecho, como es el caso de las obras excluidas de protección (art. 13 LPI) o casos en los que, como indica GÓMEZ SEGADÉ («El derecho de autor en el entorno digital», *RGLJ*, núm. 13, enero-febrero, 2001, p. 10) la propia ley, a la hora de definir un derecho, realiza una delimitación del contenido conceptual del mismo, excluyendo de su ámbito determinados hechos. GARROTE (*El derecho de autor en internet. Los Tratados OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*. Comares, 2.ª ed., Granada, 2003, p. 386) cree preferible hablar de excepciones en cuanto hay una derogación a la regla general de la exclusiva de explotación de la obra, reservando la palabra límites (límites naturales de los derechos subjetivos) a otros supuestos, como los relativos a la duración limitada del plazo de protección. Por su parte, SALELLES («La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y otros derechos afines en la sociedad de la información», *RGD*, núm. 675, diciembre 2000, p. 15096) entiende que bajo la rúbrica de límites y excepciones quedan comprendidos diversos supuestos de distinto alcance y motivación que tienen un diferente impacto en la posición jurídica que corresponden a los titulares de derechos de propiedad intelectual, en especial por lo que se refiere a la específica articulación en la participación de los resultados de la explotación de las obras.

⁸⁸ «Comentario a la rúbrica del Capítulo II, del Título III, del Libro II», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 1.ª ed., Madrid, 1989, p. 553.

⁸⁹ En el mismo sentido PÉREZ DE ONTIVEROS, «Comentario al artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 594.

consideraciones políticas de diversa índole en virtud de las cuales, tanto el objeto del derecho como su contenido se ha visto restringido o limitado de manera mucho más acusada y evidente que el dominio o la propiedad ordinaria. Resulta, pues, que la propiedad intelectual ha venido cumpliendo prácticamente desde sus inicios la función social que recientemente se exige para el derecho de propiedad⁹⁰. De modo semejante a lo que ocurre con los límites a éste, los de la propiedad intelectual no constituyen meras comprensiones exteriores del derecho, sino que puede sostenerse que delimitan su configuración normal marcando sus fronteras naturales y propias⁹¹.

5.2 Distintos supuestos

Veremos a continuación algunos límites susceptibles de aplicación a las fotografías, pero sin olvidar que el resto de las facultades que no se vean afectadas por ellos permanecen incólumes, de tal manera que los preceptos que los establecen han de entenderse siempre sin perjuicio del derecho de autor sobre su obra. En todo aquello que no esté excluido expresamente del monopolio del autor, éste conserva en su integridad todas las demás facultades. En consecuencia, todos los artículos que componen el capítulo de la LPI dedicado a los límites deben ser objeto de interpretación restrictiva y no suponer un perjuicio a la explotación normal de las obras⁹². Por otra parte, no parece que la auto-

⁹⁰ En la propiedad intelectual o derecho de autor los intereses generales de la sociedad o de la colectividad siempre han estado presentes. El propio reconocimiento del derecho se justifica, al margen de otras motivaciones, por razones sociales que reclaman estimular la creatividad y la difusión de los resultados del trabajo creador. De ahí la duración temporal de los derechos de explotación y la existencia de estos límites, que normalmente suelen responder a diversas manifestaciones del interés público que se concretan fundamentalmente en el ámbito de la investigación, la docencia y la información; en la promoción y desarrollo de la ciencia y la cultura. La propiedad intelectual representa desde sus inicios, cuando no había ni los más leves atisbos de la función social de la propiedad ni de su subordinación al interés común, la más evidente manifestación de esa función y sometimiento a los intereses sociales. Como ya hace tiempo aventuraba CARBONNIER (*Derecho flexible*, trad. de Díez-Picazo, Tecnos, Madrid, 1974, p. 220), la propiedad intelectual puede «prefigurar lo que todas las propiedades serán algún día, algo fundado sobre el trabajo creador, no absoluto ni perpetuo». Vid. más extensamente esta cuestión en mi libro *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, especialmente pp. 90-102.

⁹¹ Vid. Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, III, Tecnos, 7.ª ed., Madrid, p. 142.

⁹² Artículo 40 bis. *Disposición común a todas las del presente capítulo.*

«Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.»

nomía privada o la voluntad del autor o titular de los derechos afectados por estos límites los puedan dejar sin efecto. Como pone de relieve Garrote, las normas que recogen los límites son de carácter imperativo y, en consecuencia, cualquier cláusula o condición que contravenga las mismas debe ser considerada radicalmente nula por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.3 del CC⁹³.

En principio, todos los límites recogidos en el Capítulo II del Título III del Libro I de la LPI⁹⁴ (arts. 31 a 40 bis) son aplicables a las fotografías. Sin embargo alguno de ellos, por el propio texto del precepto que lo recoge, será de imposible aplicación a las fotografías, como sucede con el artículo 33.2, aplicable únicamente a las obras orales y públicas, o con el artículo 38 que lo remite exclusivamente a las obras musicales. De entre los diversos límites que recoge la LPI⁹⁵, los que parecen más directamente aplicables a las fotografías y ofrecen mayor relevancia práctica son los relativos a la copia privada (art. 31.2.º), a las citas (art. 32), a los trabajos sobre temas de actualidad (art. 33.1), a la utilización de obras por motivos de actualidad o situadas en la vía pública (art. 35) y a la parodia (art. 39)⁹⁶.

⁹³ *Op. cit.*, pp. 608-612. También en «Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información», en revista *pe.i.*, núm. 11, mayo-agosto 2002, pp. 60-63. Sin embargo, GARROTE excluye del carácter imperativo el límite de la copia privada.

⁹⁴ Así es como se expresa el artículo 132 LPI para aplicarlos también a los derechos afines u otros derechos de propiedad intelectual, es decir, entre otros, a las meras fotografías. Sin embargo, como veremos (*vid. infra* apartado 5.2.5), no todos ellos son aplicables a las meras fotografías, pues el realizador de la mera fotografía carece del derecho de transformación, que es el que se ve afectado o limitado por la parodia

⁹⁵ Los límites que recoge la ley afectan a supuestos muy variados, a diversos tipos de obras y a todos los derechos de explotación (también al derecho moral, art. 40). Así, por ejemplo, hay límites que afectan conjuntamente a varios derechos de explotación, como el que permite la libre utilización de trabajos o artículos sobre temas de actualidad, discursos o conferencias (art. 33), o la libre reproducción, distribución y comunicación de obras que se encuentran situadas en la vía pública (art. 35.2). Otros afectan exclusivamente a una modalidad de los derechos de explotación, como por ejemplo el derecho de comunicación pública mediante la radiodifusión (art. 36), o a través de la ejecución de obras musicales en ceremonias religiosas o actos oficiales de las administraciones públicas (art. 38). Igualmente ocurre con el derecho de transformación, respecto al cual el autor no puede impedir la parodia (art. 39), que es una forma de transformación de la obra.

⁹⁶ En el ámbito del Derecho comparado, las diferencias entre las legislaciones de los Estados en tema de límites a las fotografías es verdaderamente notoria. Como pone de relieve GENDREAU (*op. cit.* pp. 217-224), resulta difícil explicar tales divergencias, sobre todo cuando se compara la legislación francesa con la de los países anglosajones, donde curiosamente al amparo de la doctrina del *fair use* o *fair dealing* (uso leal o utilización justa) el juego de los límites en las fotografías es más amplio que en el Derecho francés, donde prácticamente no se admite ningún límite o excepción para las fotografías. Ello no deja de resultar paradójico, pues como señala la autora citada (p. 224), tradicionalmente en los países anglosajones suele primar, frente a consideraciones de otro tipo, el interés económico de los titulares de derechos en un contexto utilitario.

5.2.1 LA COPIA PRIVADA (REMISIÓN)

Ya hemos aludido anteriormente a la copia privada de la obra fotográfica y de la mera fotografía a propósito del derecho de remuneración por copia privada o compensación equitativa por copia privada⁹⁷. Con independencia de que se reconozca o no este derecho sobre las fotografías (sí para las obras fotográficas, con reticencias para las meras fotografías), lo que parece indudable es que si la fotografía ha sido lícitamente divulgada, es decir, con el permiso del autor, la misma podrá copiarse para uso privado del copista, siempre que no sea objeto de utilización colectiva o lucrativa. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, donde difícilmente se admite la copia privada de las fotografías⁹⁸, en el nuestro no existe ningún dato normativo que avale la exclusión de las fotografías de la citada copia, ya se realice la misma por medio de la reprografía o mediante técnicas digitales. Es más, con la nueva redacción que el Proyecto da al artículo 31.2, en la que se utiliza la expresión de «reproducción en cualquier soporte», viene a ser todavía más concluyente la posibilidad de la copia privada digital de fotografías. Otra cosa es que el juego de las medidas tecnológicas de protección de las obras difundidas por internet pueda hacer ilusoria la copia privada digital de la fotografía o de cualquier otra obra⁹⁹.

5.2.2 EL LLAMADO DERECHO DE CITA

5.2.2.1 En la LPI

El «derecho» de cita (o mejor, el límite genérico a los derechos de explotación –menos el de transformación– basado en la cita) aplicado a las obras fotográficas se admite expresamente por el texto del artículo 32. Veamos los distintos requisitos y parámetros fijados en dicho precepto, los cuales son susceptibles de proporcionarnos la medida de un ejercicio lícito y regular del derecho de cita

⁹⁷ Vid. supra apartados 4.1.4 y 4.2.

⁹⁸ Así en Francia, donde generalmente se estima que toda reproducción de una fotografía, cualquiera que sea su finalidad o medio empleado, necesita la autorización del autor, ya que el artículo L. 122-5, apartado 2.º, del Código de la propiedad intelectual de 1992, exceptúa de la copia privada «las obras de arte destinadas a ser utilizadas para fines idénticos a aquéllos para los cuales la obra original ha sido creada», como sucederá normalmente con la copia de la fotografía. En este sentido se pronuncia la generalidad de la jurisprudencia y doctrina francesa (vid. GENDREAU, *op. cit.*, pp. 210-217).

⁹⁹ Vid. supra notas 58 y 59.

tanto sobre las obras fotográficas como sobre las meras fotografías (art. 132). El artículo 32 contempla las siguientes exigencias ¹⁰⁰:

- a) *Inclusión en una obra propia de [...] obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo [...] ya divulgadas*

Tratándose de obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual sólo se permite la reproducción de partes o fragmentos de una obra ajena en una obra propia ¹⁰¹. Pero si se trata de obra fotográfica o de obras plásticas en general ¹⁰² se admite que se incluyan en su totalidad o íntegramente, siempre que sea una obra individualmente considerada («obras aisladas»). Si no fuera así, se atentaría al derecho moral del fotógrafo o artista de exigir el respeto a la integridad de su obra. La consideración de lo que sea obra aislada no está exenta de problemas. Señala Rivero que la determinación de lo que es obra aislada debe hacerse en relación con toda la producción del autor, lo que implica que el número de obras plásticas o de fotografías de un autor que se podrían reproducir libremente en virtud del derecho de cita se determinará en proporción con la totalidad de sus obras ¹⁰³. No obstante, pensamos que en el supuesto de

¹⁰⁰ Sigo, en general, las apreciaciones de ROGEL («La inclusión de las obras plásticas en las literarias y el derecho de cita», en *Estudios sobre...* cit.); LLEDÓ YAGÜE («Comentario al artículo 32», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 1.ª ed., Madrid, 1988); GÓMEZ LAPLAZA («Comentario al artículo 32», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 4-A, EDESA, Madrid, 1994), y PÉREZ DE ONTIVEROS («Comentario al artículo 32», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1997).

¹⁰¹ Aunque en otras legislaciones de nuestro entorno se menciona expresamente que la cita ha de ser corta [así por ejemplo en el art. L. 122-5, apartado 3.º, letra a) del Código de 1992], en la nuestra no se marca ningún límite a la extensión del fragmento reproducido. Lo cual resulta plausible, pues la mera utilización de un criterio cuantitativo resulta insuficiente en muchas ocasiones para medir la licitud de la cita (poesías, obras de escasa duración o extensión...) y se presenta excesivamente relativo (el término de comparación puede ser tanto la propia obra como la ajena). La doctrina acude más bien a criterios de orden cualitativo, fijándose en la naturaleza y el carácter sustancial o no de las secuencias o fragmentos extraídos y en su accesoriadad respecto a la propia obra en la que se incorpora.

¹⁰² Aunque tradicionalmente se ha discutido la posibilidad de aplicar el límite de la cita a las obras plásticas, actualmente se suele admitir de manera generalizada en los textos legales. Tanto la cita de una obra plástica o fotográfica dentro de una literaria como dentro de otra plástica o fotográfica. Para un desarrollo más amplio, *vid.* ORTEGA DOMENECH, *Obra plástica y derechos de autor*, Reus/Aisge, Madrid, 2000, pp. 251-256. Para un análisis de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia francesa, quizás la más relevante en este punto, *vid.* YVES GAUBIAC, «La libertad de citar una obra del espíritu», en *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, núm. 171, enero 1997.

¹⁰³ RIVERO HERNÁNDEZ, «Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas», en *Derechos del artista plástico*, Aranzadi, Pamplona, 1996 p. 186. Ya antes y en el mismo sentido se manifestaba ROGEL VIDE (*Estudios sobre Propiedad intelectual...*, cit., pp.198 y 199), advirtiendo de la dificultad de pronunciarse sobre el número de obras de un mismo autor que pueden citarse libremente. Con apoyo en la jurisprudencia y doctrina francesa, se inclina por un mínimo de dos o tres obras.

una única obra de un determinado autor también podría haber respecto a ella el derecho de cita, pues no se aprecian especiales motivos (pese a que lo aislado se refiere a lo que se separa de un conjunto) para excluirla del derecho de cita. Pero el carácter restrictivo de la interpretación del límite dificulta dicha aplicación. La exigencia, más que posibilidad, de utilizar la obra fotográfica en su integridad no es aplicable, sin embargo, a las meras fotografías, pues carecen de derecho moral, por lo que es de suponer que los recortes de fotografías sean perfectamente admisibles ¹⁰⁴.

b) *A título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico*

Así como la inclusión de la fotografía para su análisis, comentario o juicio no presenta especiales problemas, sí surgen éstos cuando la inclusión se hace «a título de cita». ¿Qué debemos entender por ello? Según el Diccionario de la Real Academia, la definición de «cita» es, entre otras que no vienen al caso: «nota de ley, doctrina o autoridad o cualquier otro texto que se alega para prueba de lo que se dice o refiere», lo que se corresponde con la acepción usual y su práctica en los distintos campos creativos en los que se utiliza. Es decir, apoyo, prueba o confirmación de algo que se dice en una obra propia ¹⁰⁵. Bien es verdad que la definición del diccionario está pensando en las citas literarias o escritas y que no parece que pueda prejuzgar su naturaleza ni alcance jurídico. En otro caso habría que entender que las obras plásticas en general y las fotografías en particular podrían ser citadas «a título de cita» en reducidas ocasiones. Más bien habrá que pensar, como sostiene algún sector doctrinal ¹⁰⁶, que con tal expresión se quiere hacer referencia, además de apoyo, confirmación o prueba de lo que se dice, a la finalidad de ilustrar, ejemplificar o adornar la propia obra. Sin embargo, lo cierto es que no encaja total y absolutamente con el requisito analizado y que con carácter general, insisto, las normas que establecen límites a los derechos de propiedad intelectual, como la que estamos analizando, deben interpretarse restrictivamente. Pese a ello, la muy interesante SAP de Madrid

¹⁰⁴ Cuestión distinta es la imposibilidad de que se pueda llegar a identificar, a partir de un fragmento de una fotografía, la fotografía de donde proviene, en cuyo caso no existiría ningún tipo de problema en la determinación del número de meras fotografías a citar. Lo mismo sucedería en el caso de que la obra fotográfica se hubiera divulgado anónimamente. Bastaría, simplemente, para ser especialmente rigurosos y escrupulosos con tener la precaución de no repetir varias fotografías de un mismo estilo o procedencia.

¹⁰⁵ En parecidos términos se manifiesta PÉREZ DE ONTIVEROS («Comentario al artículo 32», cit., p. 612), siguiendo a BAYLOS CORROZA. Cita ésta que estoy haciendo en el mismo sentido que el reflejado en el texto.

¹⁰⁶ Así, GÓMEZ LAPLAZA, cit., p. 553.

(Sección 14.^a), de 23 de diciembre de 2003, con argumentos muy atinados –que no compartimos– entiende que en el caso de las obras plásticas (ha de entenderse la fotografía de las mismas, aunque también cualquier otra fotografía) la cita puede ser lícita al amparo del artículo 32 a los solos efectos de ilustrar, aun cuando no se analice, comente o critique ¹⁰⁷.

- c) *Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación*

Se trata de un parámetro todavía más vago e impreciso que los anteriores, que trata para ponderar casuísticamente la licitud de una determinada cita. Ha de entenderse que el fin docente o de investigación debe comprender igualmente una finalidad informativa y complementaria de lo que se expone en la propia obra, en el sentido de dar a conocer el estado de una cosa o de una cuestión ¹⁰⁸. En

¹⁰⁷ Si la actual redacción del artículo 32 no parece permitir la finalidad ilustrativa, con más razón habría que mantener la misma postura a la vista de la nueva redacción tal como resulta del Proyecto (publicado en el BOCG de 2 de marzo de 2006). No se podría decir lo mismo si hubiera prosperado el primer borrador del Anteproyecto, como veremos más adelante. No obstante, como digo, la SAP citada contiene unos razonamientos muy ajustados y atendibles: «Conforme a lo anterior, la inclusión de una obra plástica ajena divulgada y aislada, recibe el nombre genérico de cita en sentido amplio, pero puede presentarse en diversas manifestaciones. El precepto se refiere a un análisis, un comentario, un juicio crítico, y además, a una mera cita (en sentido estricto), pudiéndose considerar que la finalidad perseguida al reproducir en los libros las obras plásticas ajenas es la de ilustrar, complementar, aleccionar o facilitar la explicación que contiene la obra principal a la que se incorpora la ilustración. Considerando a la ilustración como el adorno de un impreso mediante estampas, grabados o dibujos alusivos al texto, lo cierto es que una interpretación correcta del artículo 32 nos lleva a considerar que la ilustración en nuestro sistema constituye una modalidad de cita, admisible tratándose de obras plásticas y similares. En consecuencia, la cita, en sentido estricto, constituye una de las cuatro posibilidades que el artículo 32 del Texto Refundido legitima; se trata de una actividad distinta a las otras tres, por lo que, por exclusión, la reproducción de una obra plástica puede ser lícita aun cuando no se analice, comente o critique la obra plástica reproducida. Por otro lado, la licitud de la cita se justifica por la finalidad perseguida: la docencia o investigación. Es por ello que las inclusiones de ilustraciones relativas a obras plásticas ajenas en obras propias (como libros de texto) son lícitas siempre que se cumplan los requisitos que justifiquen dicha cita, como la causa de docencia o investigación y siempre que exista proporcionalidad del artículo 32 puesto en relación con el artículo 40 bis ambos del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual» (párrafos cuarto y quinto del Fundamento de Derecho Segundo).

¹⁰⁸ En este sentido se pronuncian, entre otros, LLEDÓ YAGÜE («Comentario al artículo 32», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 1.^a ed., Madrid, 1988, p. 526) y PÉREZ DE ONTIVEROS («Comentario al artículo 32», cit, p. 613), aunque esta última autora con reparos. La finalidad docente o investigadora se refiere fundamentalmente a la naturaleza de la obra en que se cita, pero también podría sostenerse que la propia cita, es decir, su contenido, debe tener una finalidad docente o investigadora. Aun así, no creo que ello pueda constituir un obstáculo para excluir dichas citas de la finalidad docente. En otro caso, las citas que aparecen al inicio de muchas novelas o capítulos de obras literarias, al igual que la cita de muchas fotografías, deberían considerarse ilícitas, ya

general, de acuerdo con los textos de las leyes de otros Estados y de los convenios internacionales sobre derecho de autor¹⁰⁹, se entiende que con ello debe valorarse una utilización correcta, leal u honrada de la cita. Es decir, debe tenerse en cuenta la buena fe y el respeto a los usos de cada sector en el ejercicio del derecho de cita para apreciar si se corresponden con los medios usualmente admitidos, con el fin de alcanzar las finalidades tenidas en cuenta por la ley para el ejercicio lícito de la cita¹¹⁰. Completando lo anterior, puede decirse que la frontera del derecho de cita se encuentra en el derecho de transformación que corresponde al autor de la obra fotográfica que se cita. Criterio que, por otra parte, difícilmente sería aplicable a las meras fotografías pues a su realizador no se le atribuye el derecho de transformación. Si la cita o citas llegan a adquirir tal entidad que la obra en la que se utilizan se transforma en obra compuesta (art. 9.1 LPI), aunque sirva para su comentario o juicio crítico y se haga con fines docentes o de investigación, la medida de su utilización ya no aparece justificada porque la obra citada no se está incluyendo o utilizando total o parcialmente a efectos de cita, sino que se está transformando¹¹¹.

d) *Indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada*

Hay que insistir y recordar que este requisito sólo se aplica a las obras intelectuales, es decir, a las obras fotográficas, pero no a las meras fotografías¹¹². Aun así, parece que la mención de la fuente

que ni la propia obra en la que se cita ni la propia cita tienen una finalidad estrictamente docente o investigadora, al menos tal como se entienden estas actividades en el ámbito académico, que es como debe entenderse en sentido propio. *Vid.* todo lo anterior con más detalle en la autora antes citada («Comentario...», cit., pp. 612-615).

¹⁰⁹ Fundamentalmente en las legislaciones anglosajonas. Por ejemplo, en el artículo 30.1 de la Ley británica de 1988. Por su parte, el artículo 10.1 del Convenio de Berna dispone que «son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga...».

¹¹⁰ *Vid.* ESPÍN CÁNOVAS (*Los derechos del autor de obras de arte*, Civitas/Aisge, Madrid, 1996, p. 124). Como pone de relieve este autor apelando al Convenio de Berna, que se remite a los «usos honrados», será la ponderación judicial la que precise si las citas se corresponden con los medios usualmente admitidos en la sociedad española para alcanzar las finalidades tenidas en cuenta por la ley para el ejercicio lícito de la cita. En cualquier caso, este parámetro para medir la licitud de la cita, como todos los que fija el artículo 32, se presenta excesivamente abstracto y de difícil determinación, por lo que requerirá una apreciación individualizada en cada caso. Como observa ROGEL (*Estudios sobre propiedad intelectual*, cit., p. 151), se trata de un paliativo o moderación al límite que comentamos y que exige un ejercicio en forma leal y conforme a las exigencias de la buena fe.

¹¹¹ Ello no quiere decir que las citas literarias deban ser necesariamente literales. Véanse si no la mayoría de las citas recogidas en este trabajo.

¹¹² No obstante, recordar lo dicho anteriormente respecto al nombre del realizador de la mera fotografía. *Vid.* supra apartado 4.2 in fine.

es aplicable también a estas últimas, pues se trata de una exigencia (la de mencionar la fuente) que no afecta al derecho moral. Con independencia pues, de que se trate de obras fotográficas que se divulgan con el nombre de su autor o en forma anónima, o de meras fotografías, creo que la fuente debería indicarse en cualquier caso ¹¹³.

5.2.2.2 En la DDASI y en el Proyecto de Ley de modificación LPI

Hasta ahora hemos realizado un somero análisis formal del párrafo primero del actualmente vigente artículo 32 LPI que precisa los requisitos necesarios para un ejercicio regular, correcto y lícito del derecho de cita ¹¹⁴. Faltando cualquiera de ellos se infringirían los derechos de propiedad intelectual del autor o realizador de la fotografía. Sin embargo, la DDASI contempla la excepción de la cita de manera diversa y el Proyecto de Ley por el que se modifica la actual LPI, fundamentalmente para incorporar la DDASI ¹¹⁵, introduce algunas novedades en el artículo 32.

La regulación que la Directiva hace del derecho de cita en su artículo 5.3.d) difiere del régimen establecido en nuestra LPI en que no requiere expresamente que se haga con finalidad docente o investigadora, sino simplemente con «fines de crítica o reseña», en que alude al «buen uso» de las citas «en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido», en vez de circunscribirlas a actividades concretas, y en que permite que no se indique la fuente y el nombre del autor «en los casos en que resulte imposible» ¹¹⁶.

¹¹³ Se apela a un testimonio ajeno y deben facilitarse todos los datos que permitan verificar la cita y su fidelidad. Por otra parte, a diferencia de lo que sucede con el nombre, no representa especial dificultad hacerlo, por lo que no se debería omitir, si es que resulta posible. Además, adquiere especial importancia en el material anónimo.

¹¹⁴ Como ya hemos apuntado, en el Derecho comparado la cita suele tener una regulación más flexible que la nuestra. Las diferentes legislaciones nacionales sobre derechos de autor no proporcionan bases suficientes que nos ayuden a precisar lo que debemos entender por «cita» o «a título de cita». La mayoría de los textos nacionales utilizan términos o expresiones muy abiertas, semejantes a las nuestras, aunque en algunos se incluyen expresamente, junto a la finalidad docente, fines de «ilustración» o «informativos». El panorama es muy diverso. Existen legislaciones que, como algunas de origen anglosajón, admiten la cita sin ceñirla a singulares requisitos, al amparo de un límite general basado en el denominado *fair use* (uso leal, honrado o justo), y otras que, tratándose de citas de fotografías u obras plásticas en general, no parece que admitan la reproducción en ningún caso, como la francesa, salvo para anunciar su venta en un catálogo (art. L. 122-5).

¹¹⁵ Vid. supra notas 4 y 5 para las referencias precisas de la DDASI y del Proyecto de Ley.

¹¹⁶ Como indica GARROTE (*op. cit.*, p. 451), con esta expresión parece que se impone a la persona que utiliza la obra una mínima diligencia en investigar la fuente y autoría de la obra hasta el límite de lo razonablemente exigible. En algunas legislaciones como la británica se permite que las obras anónimas o seudónimas, en las que no es posible determinar la identidad del autor a pesar de haberlo intentado suficientemente o es razonable pensar que los derechos han expirado, puedan ser utilizadas libremente (art. 57 *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988).

Es, pues, un régimen bastante más flexible, abierto y tolerante que el nuestro ¹¹⁷. Pero además de la contemplación específica del derecho de cita en el artículo mencionado, en otro artículo también dedicado a los límites se permite la libre utilización de obras «cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida» [art. 5.3.a)]. Se separa pues lo que es estrictamente cita de lo que es uso con fines ilustrativos. Distinción que en el Proyecto de Ley se recoge plenamente, pues se añade un nuevo apartado al artículo 32 donde se viene a incorporar el artículo 5.3.a) de la DDASI antes transcrito, si bien sometiéndolo a unos requisitos que lo hacen verdaderamente impracticable ¹¹⁸, respondiendo, a lo que parece, a una postura meramente testimonial. Aunque no era esa la inicial intención de la Administración si tenemos en cuenta el primer borrador del Anteproyecto de reforma ¹¹⁹.

¹¹⁷ No obstante, exige que la «obra o prestación» (palabra esta última alusiva, en el tema que nos ocupa, a la mera fotografía) que se cite «se haya puesto ya legalmente a disposición del público», expresión ésta que tiene un alcance bastante más amplio que la exigencia de previa divulgación que recoge el artículo 32 LPI.

¹¹⁸ El nuevo artículo 32.2 del Proyecto dispone lo siguiente: «No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente». *Vid.* un amplio estudio de la libre utilización con finalidad ilustrativa, tal como se contempla en la DDASI, en ORTEGA DÍAZ, «Las excepciones de cita e ilustración en el entorno tradicional y digital. A propósito de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la adaptación de los derechos de autor y derecho afines en la sociedad de la información», *Revista pe.i*, núm. 19, 2005, pp. 71-97.

¹¹⁹ En efecto, en el primer borrador de reforma de la LPI para incorporar la DDASI a nuestro ordenamiento, elaborado por el Ministerio de Cultura y divulgado con fecha de noviembre de 2002, se incorporaba en un nuevo apartado del artículo 32 la finalidad ilustrativa tal como se recogía en la DDASI, si bien remitiendo las condiciones de su ejercicio a un futuro reglamento. Mantenía la regulación del derecho de cita en los mismos términos que el artículo 32 de la actual LPI, salvo en una cuestión sustancial, pues excluía de su texto el «a título de cita». Exclusión que, sin duda, obedecía a la ambigüedad que presenta y a las dificultades que encierra su concreción o delimitación, como hemos visto anteriormente. Por tanto, podía entenderse que el «a título de cita» o bien venía a identificarse con el «análisis, comentario o juicio crítico», o bien se incluía dentro de la finalidad ilustrativa o, en último término, desaparecía del derecho de cita. Esta última posibilidad debía descartarse, pues en otro caso el derecho de cita quedaría privado de toda virtualidad y eficacia. Con lo que parece que se venía a confirmar que el «a título de cita» del actual artículo 32 se correspondía, entre otras cosas, con finalidad ilustrativa. Finalidad que en la DDASI y en el citado borrador aparecía desgajada del derecho de cita. Sin embargo, en el borrador hecho público en noviembre de 2004 se deja inalterado el texto del primer apartado del artículo 32 y se incluye un segundo apartado con un texto parecido al que se recoge en el Proyecto, aunque no tan restrictivo. Para un desarrollo más amplio de las diferencias entre

Aunque el límite de la cita y de la finalidad ilustrativa, como casi todos los demás regulados en la DDASI, es meramente potestativo para los Estados miembros de la UE y no de obligada incorporación a los ordenamientos nacionales, no deja de constituir un objetivo deseable o desiderátum a conseguir por toda la UE. Objetivo que se presenta como meta inexcusable para la educación y, por ende, para el progreso cultural y social, además de representar, desde un punto de vista práctico, la única manera posible de crear o editar (incluyendo la edición electrónica) con cierta seguridad jurídica libros de texto, manuales, revistas científicas y doctrinales, monografías, obras multimedia o, genéricamente, obras de naturaleza didáctica.

Finalmente, nos deberíamos preguntar si en el entorno digital la actividad de los buscadores de internet puede tener encaje dentro del derecho de cita, pues también existen buscadores de imágenes o los resultados de la búsqueda incluyen páginas web o resúmenes de las mismas con fotografías. Pregunta que merece una respuesta clara, contundente y rotunda en sentido negativo. Según Garrote, más moderado, al margen de la aplicación de otras posibles restricciones que eventualmente den cabida a tal actividad (reproducción en memoria RAM o derecho a establecer enlaces), a la vista de lo dispuesto en el artículo 32 LPI, resulta muy forzado amparar la práctica de los buscadores dentro del derecho de cita ¹²⁰.

5.2.3 LOS TRABAJOS SOBRE TEMAS DE ACTUALIDAD

La aplicación a las fotografías del límite relativo a la libre explotación de los trabajos y artículos sobre temas de actualidad ¹²¹ no deja de plantear algunos interrogantes. Una de las formas más habituales de explotar las fotografías, con independencia del carácter o

ambos borradores, *vid.* CASAS VALLÉS, «La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España», en el sitio web <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf> correspondiente a la Universitat Oberta de Catalunya.

¹²⁰ Como apunta el citado autor (*op. cit.*, pp. 459 y 484), un buscador lo que hace es investigar la localización de páginas web en la red, por lo que a falta de una precisión legal o doctrinal de lo que sea «fines de investigación» podría entenderse, aunque un poco forzadamente, que se soslayaría tal exigencia legal. Pero, continúa GARROTE, lo que ya no sería justificable es entender que un buscador está incluyendo obras (fotografías) ajenas para su «cita, análisis, comentario o juicio crítico».

¹²¹ Artículo 33. *Trabajos sobre temas de actualidad.*

1. «Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente y el autor si el trabajo apareció con firma y siempre que no se hubiese hecho constar en origen la reserva de derechos. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa.»

naturaleza de éstas, es precisamente mediante su difusión a través de los medios de comunicación social. Pero esta especie de licencia legal que se concede a los medios de comunicación para incorporar en sus propias publicaciones o emisiones las fotografías previamente difundidas por otros, siempre que se cumplan los requisitos señalados en el artículo 33.1¹²², viene a representar la práctica supresión para los fotógrafos de su derecho de monopolio o *ius prohibendi* (aunque bien es verdad que lo pueden impedir haciendo constar la reserva de derechos¹²³). Quizás por ello, el artículo 19 del Reglamento de 1880 [vigente por disponerlo así el apartado 2.b) de la disposición derogatoria única de la LPI] excluye de la excepción del artículo 31 de la Ley de 1879 (que desarrolla el art.18 del Reglamento, que tiene un contenido muy semejante al actual 33.1 LPI que estamos considerando) los dibujos, grabados, litografías y demás trabajos artísticos que se contuvieran en las publicaciones periódicas. Si no alude a las fotografías es por la fecha del mismo (pese a que el art. 1 del citado Reglamento menciona expresamente a las obras que se producen por el procedimiento de la fotografía). Creo, sin lugar a muchas dudas y de acuerdo con la doctrina clásica española¹²⁴, que si en el año 1880 la fotografía hubiera sido de general utilización, también habría sido mencionada en el Reglamento, pues su exclusión de la libre reproducción respondería a la misma justificación que las otras obras plásticas o gráficas mencionadas en el Reglamento o las colaboraciones literarias que menciona el artículo 33.1, párrafo segundo. Sin embargo, como recuerda Pérez de Ontiveros, la tramitación parlamentaria del precepto da a entender que se incluyen en él a los informadores gráficos, pues los

¹²² En especial, como señala SOLER (*op. cit.*, p. 151), además de que sea de «actualidad», que exista una efectiva vinculación temática entre el contenido de la imagen y la información que se transmite, es decir, que sirva de instrumento para documentar gráficamente una información.

¹²³ Se suele admitir (así, ROJO AJURIA, «Comentario al artículo 33», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 1.ª edición, Madrid, 1988, p. 536) que la reserva de derechos pueda ser tanto genérica para toda la publicación o medio de comunicación social como específica para el trabajo o artículo de actualidad (o para la fotografía, si admitimos que también a ella se le aplica el límite). Sin embargo, en mi opinión, no parece que sea posible la reserva de derechos recogida en general para todo el contenido que aparezca en un medio de comunicación, ya sea éste escrito o de otra naturaleza. Si se admitiera lo anterior quedaría privado de toda virtualidad el límite analizado. La reserva, pues, ha de ser individualizada para cada trabajo. De conformidad con el artículo 141, basta con que se utilicen los símbolos de reserva de derechos claramente en los medios de comunicación escritos y audiovisuales. El vigente artículo 18 del Reglamento de la LPI de 1879 (siempre que no se oponga a la LPI) admite, sin embargo que la reserva pueda hacerse «en general o al pie de cada trabajo».

¹²⁴ Para GIMÉNEZ BAYO y RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE (*La propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 1949, p. 167) no ofrece duda que el artículo 19 del Reglamento de 1880 incluye dentro de la expresión «y demás trabajos artísticos» a las fotografías. También parece, según los citados autores, que esa era la opinión de LÓPEZ QUIROGA.

requisitos de la remuneración (acordada o equitativa) y de la fuente y nombre del autor parece que se incorporaron precisamente en atención a ellos ¹²⁵. Aun así, deben tenerse en cuenta en este tema dos cuestiones que basculan a favor y en contra de las anteriores apreciaciones. Primera, que un Reglamento no puede condicionar de manera decisiva la aplicación de una Ley, y, segunda, que los antecedentes legislativos o la tramitación parlamentaria de una Ley o la presumible voluntad del legislador plasmada en los trabajos parlamentarios, no es más que uno de los posibles criterios hermenéuticos a considerar ¹²⁶.

Por tanto, con independencia de las prácticas existentes en el sector, no me parece que sea indubitada la aplicación del límite establecido en el artículo 33.1 a las fotografías, ya sean éstas obras u objeto de derecho afín. En el Derecho comparado, algunos ordenamientos excluyen las fotografías de dicho límite ¹²⁷. No obstante, los escasos pronunciamientos judiciales habidos en la jurisprudencia española sobre la cuestión parece que se pronuncian en sentido afirmativo. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.^a), de 31 de julio de 2002, aplica el artículo 33.1 sobre algunas fotografías publicadas por una revista literaria pese a que, en mi opinión, debería haberse aplicado el límite considerado en el artículo 33.5 ¹²⁸, que es el que pasamos a considerar a continuación.

¹²⁵ *Op. cit.*, p. 619.

¹²⁶ La ley se «objetiviza», se emancipa del legislador y adquiere autonomía propia. Es más bien, o también, la voluntad de la ley que la del legislador la que conviene indagar, pues no siempre son coincidentes.

¹²⁷ Así, el artículo 30.2) de la Ley británica de 1988 excluye expresamente las fotografías del límite de «rendir cuenta de acontecimientos de actualidad».

¹²⁸ Los hechos aparecen algo confusos y no se recogen con precisión, pero parece que, resumidamente, consisten en lo siguiente: *Clarín*, una revista literaria, reproduce dentro de su contenido portadas o contraportadas en las que aparecen fotografías de sus autores. Tales libros fueron enviados a la revista por su editor (Fundación Municipal de Cultura) para su promoción y difusión. El fotógrafo demanda a la revista y el tribunal acoge sus pretensiones respecto a dos fotografías que la revista no obtuvo de los libros enviados por la editorial y sobre la lesión del derecho moral en otras, al no constar el nombre de su autor en algunas fotografías (no se duda sobre el carácter original de las fotografías). Pero en relación con las fotografías que son reproducción de las publicadas por la Fundación Municipal se encuadran dentro del artículo 33.1, pues no se había hecho constar la reserva de derechos; ello, sin perjuicio del derecho del fotógrafo a percibir la remuneración acordada o, en su defecto, la que se estime equitativa. Dando por buena la aplicación del 33.1 a las fotografías, resulta discutible que un libro tenga la consideración de «medio de comunicación social». También que la fotografía sea por sí un tema de actualidad. Más bien es el propio libro lo que sería de actualidad, siendo entonces la fotografía de su autor una «obra susceptible de ser vista [...] con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de actualidad» (art. 35.1). Por otra parte, con independencia de lo anterior y sin necesidad de acudir a los límites de los artículos 33.1 ó 35.1, es de suponer que habría un contrato de edición entre el autor de la fotografía y la editorial que publica el libro con la fotografía de su autor, por lo que si la cesión fue en exclusiva (nada se dice en la sentencia sobre ello) sería cuestión de preguntarse por la legitimación activa del fotógrafo para la interposición de la demanda. Además, desde otro punto de vista, el envío por la editorial a

5.2.4 LA UTILIZACIÓN DE LA FOTOGRAFÍA CON OCASIÓN DE INFORMACIONES DE ACTUALIDAD Y PARA REPRODUCIR OBRAS SITUADAS EN VÍAS PÚBLICAS

Según el artículo 35.1, una fotografía que se vea con ocasión de informar sobre un acontecimiento de actualidad puede ser reproducida, distribuida o comunicada públicamente en la medida en que lo justifique dicha finalidad informativa, sin exigirse más requisitos. En este límite, quizás con mayor claridad que en el anterior, resulta evidente que la justificación se encuentra en el derecho a la información y el acceso a la cultura. Por tanto, si una fotografía aparece dentro de un reportaje televisivo o dentro de otra fotografía como mero factor incidental de una información de actualidad, no se infringen los derechos de dicha fotografía, pese a que se hubiera hecho constar la reserva de derechos y aunque no se mencione el nombre de su autor en determinados supuestos (parece que así lo exige la naturaleza del límite y el sentido común en aquellos casos en que la fotografía sea objeto de comunicación pública), ni se satisfaga ninguna remuneración. Otra cosa distinta es que la fotografía no sea susceptible de ser vista con ocasión de un acontecimiento de actualidad y sí lo sea la realidad fotografiada¹²⁹. El supuesto de la fotografía de una escultura, de un cuadro o de otra fotografía obtenida en la inauguración de su exposición, determina que se pueda reproducir y distribuir la obra en ella recogida (con independencia de que la misma fotografía constituya o no obra fotográfica)¹³⁰. Pero no su explotación fuera de la estricta finalidad

la revista de los libros que contienen las fotografías objeto de la litis constituye una de las obligaciones legalmente impuestas al editor, cual es la de asegurar a la obra una difusión y promoción suficiente para asegurar su explotación continua (art. 64.4.º), por lo que no deja de resultar paradójico que el autor de la fotografía demande a quien favorece dicha explotación en su beneficio, dejando al margen el hecho de que se hubiera pactado entre la editorial y el fotógrafo una remuneración a tanto alzado (art. 46.2).

¹²⁹ La SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 2 de julio de 2001 distingue claramente lo anterior. Frente a la reproducción incontestada de una fotografía de una pareja de famosos en una revista (no se ventilaba nada en relación con el derecho a la intimidad y a la propia imagen), alega ésta frente a la demanda del fotógrafo, y acepta el Juzgado, que tal reproducción está amparada por el artículo 35.1. Sin embargo, la Audiencia revoca acertadamente la sentencia del Juzgado, pues no se trata de que la fotografía, que se califica como mera fotografía (por lo que resultan improcedentes la invocación que en la sentencia se hace a los arts. 2 y 10 LPI), sea una obra o prestación que se ve con ocasión de un acontecimiento de actualidad, sino de que la pareja fotografiada era el acontecimiento de actualidad.

¹³⁰ Aunque el artículo 10 bis.2 del Convenio de Berna parece que refiere este límite únicamente a aquellas obras que hayan de ser vistas u oídas en el curso de un acontecimiento de actualidad (fotografía que se ve en la sala donde tiene lugar una reunión política, por ejemplo), nada impide que el acontecimiento de actualidad consista precisamente en las propias obras que se ven o que se oyen. En este sentido, resulta interesante la SAP de Madrid (Sección 13.ª), de 17 de julio de 1997, en la que se aplica el límite del artículo 35.1 a una revista que publica las fotografías de ocho cuadros de una exposición dedicada al

informativa¹³¹ que marca el artículo 35.1. Así, por ejemplo, no estaría amparada por el límite considerado su posterior conversión en una postal y subsiguiente comercialización, pues ya no habría finalidad informativa. Salvo que la obra fotografiada se hallare situada permanentemente en la vía pública.

En el anterior supuesto nos encontraríamos ante el límite establecido en el artículo 35.2¹³², donde habitualmente la fotografía, más que una obra limitada, viene a ser un instrumento para la limitación de otras. En principio, la permisividad que parece desprenderse del tenor de dicho precepto es total. Se ha optado por no someter a restricción alguna la utilización de las obras situadas en lugares públicos. Da igual que la utilización sea individual o colectiva, privada o pública, con fines comerciales o benéficos, lucrativos o gratuitos¹³³. Por tanto, parece que la fotografía de dichas

pintor Paul Klee para dar cuenta de su celebración. Aunque no deja de resultar discutible dicha sentencia, pues no parece que la finalidad informativa requiera reproducir un número tan elevado de cuadros, aunque la exposición constara de 57, pese al carácter gratuito, la tirada limitada y la circulación restringida de la revista. Más ajustada resulta la SAP de Madrid (Sección 18.ª), de 30 de octubre de 2000, en la que se exculpa de reproducción incoherente, al amparo del artículo 35.1, a un periódico por reproducir una de las fotografías que integraban una exposición colectiva que se anunciaba en la sección llamada «Agenda Cultural».

¹³¹ La SAP de Barcelona (Sección 15.ª), de 10 de noviembre de 2003, entiende que la publicación incoherente de varias fotografías subacuáticas en el suplemento dominical de un periódico no viene estrictamente justificada por la finalidad informativa ni por la actualidad de la noticia a cuya publicación coadyuvan. «No toda utilización informativa de obras protegidas por el derecho de autor debe de participar de esta excepción, por cuanto, debiéndose interpretar los preceptos reguladores de los límites a los derechos de autor de manera restrictiva y entendiendo que las excepciones que se consignan en las Leyes lo son en atención a la existencia de otros intereses superiores que vienen a fundamentarlas, solamente tendrá cabida en esta norma la reproducción de una creación ajena en la medida que esté justificada por el fin de la información y cuando ésta gire sobre temas de actualidad (...) Pero dicha conducta ha de ser eminentemente proporcionada al fin que la justifica, no cabiendo encubrir bajo la misma la indiscriminada incorporación al reportaje de una pluralidad de fotografías, ni ello le da derecho a la publicación para modificar a su antojo el diseño o la configuración que proyectó el autor de las mismas». Se aprecia, pues, también lesión del derecho moral, al considerar el tribunal que las fotografías son originales atendiendo a criterios subjetivos. Por otra parte, aunque no se trate de una sentencia del Tribunal Supremo y dicho sea de paso como un dato más a añadir al debate doctrinal sobre el carácter de derecho fundamental del derecho de autor [según se considere que está integrado o no en el art. 20.1.b) de la Constitución española], se viene a decir que el derecho de autor es un derecho de igual rango que el derecho a la información, es decir, un derecho fundamental, como ya antes dijo la STS de 19 de marzo de 1996 (*vid. supra*, apartado 5 de este trabajo y nota 83).

¹³² «Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales.»

¹³³ Así, en esta línea, la sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 9 de septiembre de 1995 (Sección 3.ª) considera que no hay infracción a los derechos de autor en las reproducciones fotográficas de una escultura situada en una plaza pública, destinadas a su distribución mediante venta como postales. Más recientemente, la SAP-Barcelona (Sección 15.ª), de 4 de mayo de 2004, contempla un interesante supuesto de reproducción fotográfica de obra arquitectónica en una revista de decoración, realizada por la propietaria de la vivienda sin permiso del autor o arquitecto, lo que se estima lícito al amparo del

obras puede ser libremente utilizada o explotada por el autor o realizador de la fotografía sin que los autores de las obras fotografiadas puedan impedirlo. Sin embargo, deben hacerse algunas precisiones.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la fotografía, en cuanto medio a través del cual se puede reproducir, distribuir y comunicar las obras de referencia, puede constituir una obra protegible o, si carece de originalidad, constituirá un objeto de los llamados doctrinalmente «derechos vecinos» y legalmente «otros derechos de propiedad intelectual». En segundo lugar, la distribución y comunicación ha de referirse a las reproducciones de las obras obtenidas por la fotografía¹³⁴. Se distribuye o comunica, pues, algo que no es lo mismo a la obra situada en el lugar público, y ese algo, es decir, la fotografía, constituye un nuevo objeto de propiedad intelectual. En el supuesto de que ese nuevo objeto fuera una obra fotográfica nos encontraríamos ante la transformación de una obra preexistente (art. 21) que daría lugar o bien a una obra derivada (art. 11) o bien a una obra compuesta (art. 9). En ambas hipótesis se requiere la autorización del autor de la obra preexistente (arts. 17 y 21), es decir, del autor o titular del derecho de transformación de la obra situada en un lugar público. Autorización o permiso que se requiere no para transformar o fotografiar la obra, sino para explotar los resultados de la transformación. Y tal actividad no está liberalizada por el artículo 35, a menos que se considere que la distribución y comunicación por los medios señalados incluye también la transformación de la obra. En el supuesto de que ese nuevo objeto fuera una mera fotografía parece que podría distribuirse y comunicarse libremente pues no se estaría transformando la obra «meramente fotografiada», con lo que se produciría la paradoja de que se penalizaría a quienes con la fotografía realizaran

artículo 35.2. En esta sentencia se analizan otras cuestiones interesantes como la reproducción de espacios interiores de la vivienda, la novedad objetiva como requisito de protección o dudas sobre si es protegible la obra de arquitectura además del proyecto. Se dice en la sentencia que «si lo que se entiende objeto de protección es la obra arquitectónica en sí, sentada la independencia entre el derecho de autor y la propiedad ordinaria del soporte material en el que se plasma la obra (*corpus mechanicum*, ex art. 3.1 TRPLI), el artículo 56.2 concede al propietario del original de la obra plástica el derecho de exposición pública de la misma (excepto cuando concurren determinadas circunstancias, inoperantes o ausentes en este caso)». No concurre, pues, o no se acredita por el arquitecto que se hubiera reservado el derecho de exposición sobre la obra, o sea, sobre la casa.

¹³⁴ Reproducciones o copias que no son exactamente tales, pues como advierte RIVERO en otro contexto («Reproducción de la obra plástica...», cit. p. 167), falla en buena medida el requisito de la fidelidad al modelo o a la obra original. Se trata de una representación aproximada en dos dimensiones que no proporciona la misma homogeneidad física del original (general y normalmente una escultura) y que permite una percepción visual incompleta o cualitativamente parcial. Pero, en cualquier caso, la distribución y comunicación a ellas se refiere.

una labor creativa, frente a aquellos que se limitasen a realizar una reproducción tosca y elemental (mera fotografía) ¹³⁵.

5.2.5 LA PARODIA

Aunque tradicionalmente no haya sido tan generalizada como en otros ámbitos creativos, es perfectamente admisible la parodia de la fotografía lo mismo que, en general, de las artes plásticas. El artículo 39 ¹³⁶ no discrimina entre distintos tipos o géneros de obras. Es más, con la tecnología digital las posibilidades de explotación ilícita de la fotografía o de las obras plásticas se amplía considerablemente. En particular, la transformación incontestada de las mismas sin cumplir los requisitos de la parodia. La crítica social o la libertad de expresión que normalmente son mencionadas como fundamento o justificación de este límite son igualmente aplicables a las fotografías. La parodia de una obra fotográfica no requiere el consentimiento de su autor. Se trata de un límite que afecta al derecho de transformación y también, se quiera o no, al derecho moral del respeto a la integridad de la obra. Por tanto, aplicable a las obras fotográficas y no a las meras fotografías. Éstas, en principio, pueden transformarse libremente sin sujeción a los requisitos que marca el artículo 39, pues su realizador no ostenta ningún derecho de transformación ni tampoco ninguna de las manifestaciones del derecho moral.

No toda imitación y modificación crítica, cómica, irónica o satírica de la fotografía podrá incluirse bajo el límite de la parodia. La propia transformación de la fotografía parodiada debe ser original, es decir, una obra diferente pero derivada. Aunque se discuta la exigencia de una actividad creativa en el parodista ¹³⁷ estamos de acuerdo con Sol Muntañola en exigir tal actividad a la labor del parodiador. Como señala este autor, es precisamente la aportación

¹³⁵ Lo que debería llevarnos a concluir que, con independencia de la calificación que merezca la reproducción de la obra, la distribución y comunicación libre que permite el artículo 35 es aquella que no persiga fines lucrativos o comerciales. Las consideraciones anteriores son aplicables no sólo a las fotografías sino también a cualquiera de los otros medios que menciona el artículo 35.2, es decir, a las pinturas, dibujos y procedimientos audiovisuales. *Vid.* más extensamente la cuestión en mi «Comentario al artículo 35» en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 182 a 184.

¹³⁶ «No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor».

¹³⁷ Parece que no la exigen Germán BERCOVITZ (cit. p. 422) y DÍAZ ALABART («Comentario al artículo 39», en Albaladejo y Díaz Alabart (directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4-A, EDERSA, Madrid, 1994, p. 632), para quien la parodia no es ni obra original ni obra derivada, sino un *tertium genus*.

creativa del autor de la parodia otra justificación más del límite ¹³⁸, la contraprestación que se pide al parodiador para enriquecer con una obra original más el acervo común. Es decir, la parodia debe llevar implícito el requisito de la originalidad, ha de producirse una transformación creativa. La transformación de una obra ha de dar lugar a una obra derivada (art. 21), o sea, a una obra original protegida por los derechos de autor. Precisamente la parodia es una transformación que no requiere el consentimiento del autor de la obra transformada-parodiada ¹³⁹.

Pese a la extraordinaria ductilidad existente a la hora de determinar lo que sea paródico o no (tanto en el lenguaje convencional como en el jurídico), sobre todo como consecuencia del necesario grado de identificación entre la obra original y la obra parodiada para que se produzca el subsiguiente juego referencial o de contraste entre una y otra, no debe confundirse lo que constituye parodiar una determinada obra con utilizarla para ridiculizar elementos extraños o ajenos a la obra que se pretende parodiar. En este supuesto, no estaríamos ante una parodia, sino ante la explotación in consentida de una obra para parodiar algo externo a la misma, generalmente algún personaje público ¹⁴⁰. Ni tampoco

¹³⁸ También viene a manifestarse así PERDICES HUETOS («La muerte juega al gin rummy. Las parodia en el derecho de autor y de marcas», en Revista «*pe.i*», núm. 3, 1999, pp. 16 y 17), aunque incide más en el interés público por divulgar las parodias para «hacer llegar al público el mayor número posible de críticas u opiniones sobre una obra artística».

¹³⁹ Vid. el clarificador y completo estudio de SOL MUNTAÑOLA (*El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 164 a 188), quien recoge un amplio elenco de opiniones. Coincido con el autor citado en que el artículo 39 viene a decir que «la parodia será considerada transformación que no exige consentimiento del autor. Por lo tanto, es transformación» (p. 178). Es concluyente, en mi opinión, esta argumentación, entre otras: «La actividad paródica que transforma la obra protegida de un autor, en teoría no tiene por qué originar otra obra. Si no alcanza los requisitos de creatividad y originalidad establecidos en el artículo 10 TRLPI no será obra protegida. En tal caso ¿podríamos considerar tal acto como una parodia capaz de ampararse en el límite? Reproducir la foto de una belleza famosa que anuncia dentífrico y pintarle de negro varios dientes podría ser considerado una parodia desde una óptica extrajurídica. Pero en su caso el resultado no podría ser considerado como obra producto de la transformación, pues simplemente no sería una obra protegida más allá de lo protegida que estuviera la fotografía originaria» (p. 176). Sin embargo, por paradójico que pueda parecer, a partir de una mera fotografía se podría crear una obra fotográfica y no aprecio razones para privar a su autor de todos los derechos de explotación y los morales sobre la misma.

¹⁴⁰ En este sentido resulta ilustrativa la SAP de Barcelona (Sección 15.ª) de 10 de octubre de 2003 relativa a la inserción de una fotografía de un zorro en la revista «El Jueves», sin el consentimiento del fotógrafo, para ilustrar la parodia de un personaje público. Frente a la argumentación de la revista que pretendía ampararse en el límite de la parodia, el Tribunal estima que la utilización que se hace de la obra fotográfica «no tiene como fin parodiar a ésta, como permite en determinadas circunstancias el artículo 39 TRLPI, sino ridiculizar algo ajeno a la misma (en este caso, a una Ministra del Gobierno de España o una conducta protagonizada por ésta), bien que utilizando la fotografía en que consistía aquélla para conseguirlo o para dar una mayor fuerza a la pretendida ironía» (fundamento de Derecho tercero). Fuera del campo fotográfico y en sentido distinto al reflejado en la anterior sentencia, la SAP de

parece que haya parodia por el mero hecho de utilizar determinadas partes o elementos de una obra para aplicarlos a otra en un contexto distinto ¹⁴¹.

Finalmente, debe señalarse que la fotografía puede ser tanto medio como objeto de la parodia. Es decir, puede ser el medio expresivo a través del cual se presenta la creación paródica como el objeto, pretexto u obra sobre la que se proyecta la actividad paródica ¹⁴².

Madrid (Sección 13.^a) de 2 de febrero de 2000 (asunto programa televisivo «La parodia nacional»), en un fallo y argumentación claramente erróneos en mi opinión, aplica la parodia al cambio de letra de una composición musical para ridiculizar a famosos.

¹⁴¹ Así, la SAP de Barcelona (Sección 15.^a) de 28 de mayo de 2003 sobre inclusión en revista de imágenes alteradas del personaje Lara Croft de la obra audiovisual o videojuego «Tom Raider».

¹⁴² *Vid.* SOL MUNTAÑOLA (cit., pp. 205 a 220), quien distingue entre distintos tipos de parodia según el medio de expresión utilizado y el objeto que persiguen, ilustrándolos con abundante jurisprudencia extranjera.

Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual.

(A propósito de alguna jurisprudencia reciente)

ANTONIA NIETO ALONSO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

Con este estudio se trata de destacar la relevancia actual de la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual, para evitar la falta de respuesta jurídica a tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al socaire de la masificación de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales. Se realiza un recorrido por diferentes tipos contractuales respecto de los cuales la jurisprudencia, de forma reiterada y sin fisuras, ha estimado la indemnización del daño no patrimonial.

SUMARIO: I. *Proemio.*—II. *Los daños morales derivados de los vicios, defectos y ruina de edificios.*—III. *La reparación del daño moral por «pérdida indebida de oportunidad procesal» —de la defensa— o privación del derecho a la tutela judicial efectiva.*—IV. *El contrato de asistencia médica o de servicios médicos y la reparación de los daños morales.*—V. *El derecho del consumidor a la reparación del daño moral derivado del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones que constituyen un viaje combinado.*—VI. *Daños morales derivados del incumplimiento de los deberes conyugales —¿contractuales?— inherentes a un contrato tan peculiar como el matrimonio.*—VII. *Otros supuestos relevantes de reparación de daño moral por incumplimiento o defectuoso cumplimiento en diversos tipos de contratos:* 1. *El daño moral en el contrato de arrendamiento.* 2. *Daños morales derivados del contrato de compraventa.* 3. *Daños morales resultantes de la contravención por la compañía telefónica de un contrato de publicidad.* 4. *Contratos bancarios: «contrato de cambio de moneda». Indemnización por daños morales como consecuencia de la entrega de billetes falsos.*

I. PROEMIO

En orden al daño moral las sentencias del Tribunal Supremo han reconocido que constituye una noción dificultosa [STS de 22 de mayo de 1995 (RJA 1995/4089)], relativa e imprecisa [SSTS de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8970) y 5 de octubre de 1998 (RJ 1998/8367)]. Incluso lo han calificado como «vaporoso y discutible daño» [STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001/2242)]. Y han admitido que iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual [SSTS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403), 27 de julio de 1994 (RJ 1994/6787), 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8097), 14 de mayo de 1999 (RJ 1999/3106) y 12 de julio de 1999 (RJ 1999/4770), 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089), entre otras], adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y a los ataques a los derechos de la personalidad.

Se define el daño moral por importantes voces doctrinales desde un punto de vista negativo, por oposición al daño patrimonial, como «aquel perjuicio que no implica una pérdida de dinero, que no entraña para la víctima ninguna consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio»¹. Sin embargo, Álvarez Vigaray² reprocha a esta definición el inconveniente de que el carácter patrimonial o no patrimonial del derecho lesionado no implica que sea de igual naturaleza el daño que se produzca, y así, la lesión de un derecho no patrimonial puede llevar consigo que se produzcan daños patrimoniales, como ocurre, por ejemplo, en las lesiones a la salud e integridad física que impidan a la víctima que efectúe su trabajo y actividades habituales³.

¹ MAZEAUD-TUNC, *Traité de la responsabilité civile*, 1957, t. I, pp. 268 y 337.

² Cfr. el interesante estudio, en relación con estas cuestiones, de ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 81 ss.

³ En este sentido, la STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001/2242) estima los daños morales, en un caso de responsabilidad extracontractual, y la responsabilidad de la propietaria de un hotel motivada por la caída desde una terraza del hotel del perjudicado que le produce lesiones que lo dejan postrado en silla de ruedas y con necesidad de auxilio de por vida de una tercera persona.

Y la sentencia con la que se ha iniciado la tesis favorable a la reparación del daño moral contractual —a la que me referiré en su momento—, STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403) en la que se condena a la compañía telefónica a indemnizar los daños morales derivados de un contrato de publicidad celebrado con la compañía como consecuencia de haberse omitido en la guía telefónica la inserción en letra negrilla del nombre, apellidos, profesión de abogado, dirección y número de teléfono del actor, que tiene traducción económica o patrimonial, por ejemplo, en la minoración de la clientela —cfr. sexto considerando—.

Ha sido la jurisprudencia casacional civil la que ha ido elaborando una doctrina continuada y progresiva sobre la procedencia de indemnizar los daños morales ya desde la antigua STS de 6 de diciembre de 1912 [*Jurisprudencia Civil*, 1912, núm. 95 (Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Bermejo)], fallo que hizo época –cfr. también STS de 9 de diciembre de 1949 (RJ 1949/1463)–, y que constituye la base de toda la doctrina posterior en la admisión de la reparación del daño moral. Veamos el caso que se plantea: en noticia publicada por el periódico *El Liberal* se da cuenta en primera plana y con gran alarde tipográfico de la noticia de la pretendida fuga del fraile capuchino Fray Fulgencio Novelda con la joven de 15 años María Josefa Mussó Garrigues, de la que había tenido «escandalosa» sucesión tres meses antes. Resultando falsa la noticia y pese a desmentirla *El Liberal*, de modo espontáneo y a grandes titulares, el padre de la ofendida, que era a la sazón Alcalde de Totana, demanda al director del periódico y a la entidad editora, solicitando una cantidad no menor de 150.000 pesetas como indemnización por los daños y perjuicios causados al honor y buena fama de su hija. Se acude por el Tribunal a las «reglas de equidad que son máximas elementales de justicia universal» y busca apoyo en el criterio «tan sabiamente manifestado» en la Ley 21, título 9.º, Partida 7.ª: «... cualquier que reciba tuerto, o deshonra, que pueda demandar emienda della...» –2.º Considerando–, se hace referencia a «perjuicios evidentes de orden moral, social y hasta material, pues el honor de una doncella ha de conservarse inmaculado para aspirar al matrimonio» –5.º Resultando–⁴.

Por otra parte, la función de la reparación del daño moral la explica, con claridad, la STS de 9 de diciembre de 2003 (RJ 2003/8643) al señalar que «... no es un medio de reparación patrimonial, sino un modo de contribuir a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro» –cfr. FD segundo–⁵.

Adviértase que aunque nuestro Código Civil no contemple la indemnización por daños morales, su artículo 1107 impone el resarcimiento de «todos» los daños, de donde podría inferirse también la del daño moral –cfr. STS 9 de diciembre de 2003

⁴ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., «Los llamados derechos de la personalidad», *Anuario de Derecho Civil*, t. XII, 1959, pp. 1268-1275.

⁵ En el caso de autos se indemnizaron los daños morales por la zozobra y desasosiego de un alumno y sus padres por la expulsión de aquél de un colegio. Se trataba de un alumno de BUP y se consideró que se había producido descrédito de la imagen social por sospecha de consumo de drogas en el centro. Se indemnizaron dichos daños por la falta de información del instructor y de los cargos imputados, de audiencia y de pruebas sobre los hechos determinantes de la expulsión.

(RJ 2003/8643) y SAP-Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994)⁶-. Y, como admite la doctrina, por ejemplo Lacruz Berdejo, el artículo 1106 CC no excluye la indemnización del daño moral, con independencia de las consecuencias patrimoniales que deriven del mismo incumplimiento⁷. En otro orden de consideraciones, ya se ha señalado que iniciada la indemnización del daño moral en el campo de la culpa extracontractual, se amplió luego al ámbito contractual –cfr. FD segundo STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089)–. Pues bien, en el ámbito extracontractual se fundamentó normativamente la indemnización del daño moral en el artículo 1902 CC, como ha ocurrido en la paradigmática STS de 6 de diciembre de 1912, ya citada. En ese sentido la STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999/5721) reconoce que «... los supuestos

⁶ En este sentido, la STS de 27 de julio de 1994 (RJ 1994/6787) reconoce que: «Si bien el Código Civil no contiene referencia normativa alguna respecto a los daños morales, salvo la genérica y que no conviene marginar, del párrafo segundo del artículo 1107 del Código Civil, al imponer el resarcimiento de “todos”, es la jurisprudencia a la que corresponde ir completando el vacío legal...» –cfr. FD tercero–. Con este criterio, la STS de 18 de febrero de 1999 (RJ 1999/660) reconoce que la reparación del daño moral «no está huérfana de amparo legal, ya que el artículo 1107 del Código Civil se refiere a todos los daños...». Cfr., también, SSTS de 9 de diciembre de 1949 (RJ 1949/1463) y 3 de junio de 1991 (RJ 1991/4407). Y como declara la STS de 18 de febrero de 1999 (RJ 1999/660): «Los daños morales proceden cuando se da causación voluntaria y el restablecimiento económico no resulta suficientemente cumplido con la indemnización de los materiales, al afectar a parcelas íntimas del ser humano, como son sus sentimientos y propia estima, afectados por el sufrimiento, desasosiego e intranquilidad derivados de la situación creada y que se les impone, *la que no está huérfana de amparo legal, ya que el artículo 1107 del Código Civil se refiere a todos los daños...*» (la cursiva es mía) –cfr. FD tercero–.

Delante a la reticencia del legislador español a plasmar en el Código Civil la reparación del daño moral, veamos lo que ocurre en otros Ordenamientos: el CC francés, artículo 266.1, se refiere a la reparación del perjuicio moral; de reparación moral hablan los artículos: 47, 49 y el artículo 151.2 del CC suizo; el CC portugués prevé, en su artículo 496, la reparación de los daños no patrimoniales, ya como principio general, en el citado artículo, cuando dispone que en la fijación de la indemnización debe atenderse a los daños no patrimoniales que, por su gravedad, merezcan tutela del derecho ya, en concreto, al regular los efectos del divorcio, artículo 1792; el BGB, § 826, ha reconocido el derecho a ser indemnizado por causación dolosa de daños contra *bonos mores*, daños que atenten contra las buenas costumbres. La Ley núm. 59: Código Civil de la República de Cuba, en su artículo 83 al determinar el contenido de la responsabilidad civil, incluye «la reparación del daño moral», además de la restitución del bien; la reparación del daño material; y la indemnización del perjuicio. Si bien sólo se refiere a un tipo concreto de daño moral que podría ser el que afecta al honor o a la imagen, ya que el artículo 88 dispone que: «La reparación del daño moral comprende la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor».

⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II*, vol. Primero –edición revisada por Rivero Hernández, F.–, Dykinson, Madrid, 2000, p. 209.

Para CARRASCO PERERA, A. –en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, EDESA, Madrid, 1989, pp. 699-703–, en nuestro Derecho no se puede deducir del artículo 1106 CC una prohibición de indemnización del daño no patrimonial. En cualquier caso, opina que no es en el artículo 1106 CC donde se debe localizar la cuestión, sino en el artículo 1107 CC, de tal manera que «la indemnizabilidad del daño moral está en función de que se satisfaga en el caso el test del artículo 1107 CC». Así, no será indemnizable el daño no patrimonial que no es consecuencia inmediata del incumplimiento y, si el deudor no está en dolo, siempre que al deudor no le fuere exigible prevenir semejante daño.

que comportan la aplicación del artículo 1902 del texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral» –cfr. FD sexto⁸-. Aclara el profesor Albaladejo⁹, al estudiar la compensación del daño moral, que tal compensación en vez de reparación no se recoge ni en la letra ni en el espíritu del artículo 1902 CC (que sólo obliga a «reparar el daño causado»), si bien entiende que se apoya en los principios generales del derecho, en cuanto cabe pensar que se fundamenta en la idea de justicia que inspira dicho artículo. Y ya que hablamos de reparación, a mi juicio el daño moral es susceptible de ser reparado específicamente, por ejemplo, mediante una rectificación de una información deshonrosa y también, y es muy habitual, mediante una reparación pecuniaria¹⁰.

A mayor abundamiento, el artículo 1101 CC que proporciona al acreedor una acción para ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato le ha causado –responsabilidad contractual– se refiere *in genere*, a la «indemnización de daños y perjuicios», por lo que, en principio, no deberían excluirse los daños morales. Por lo menos eso parece inferirse de la reciente STS de 28 de marzo de 2005 (RJ 2005/2614) –que se analizará en un apartado de este estudio– destaca que esa Sala –Civil– «parte del incumplimiento contractual y la responsabilidad que se deriva

⁸ Si bien en esta sentencia del Tribunal Supremo el meritado precepto no se aplicó al caso enjuiciado al no apreciarse conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la demandada, por lo tanto no se indemnizaron los daños morales, sin embargo, sí se acudió como referente a esta sentencia y al artículo 1902 CC, para estimar los daños morales en la SAP-Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994) –cfr. FD duodécimo–. Advierto que a estos fallos jurisprudenciales me referiré al tratar el daño moral derivado del incumplimiento de los deberes dimanantes del «contrato» de matrimonio.

Como ha declarado la STS de 25 de junio de 1984 (RJ 1986/1145), al referirse al daño moral: «Aunque dicha figura no se encuentre específicamente nominada en el Código Civil, tiene adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo “reparar el daño causado” que emplea en su artículo 1902...» –cfr. séptimo considerando–.

⁹ Vid., ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1997, p. 534.

¹⁰ En relación con la reparación específica, destaco el intento del periódico «El Liberal» que, al haber publicado falsas noticias, intentó reparar ese mal desmintiendo la noticia de modo espontáneo y a grandes titulares: «bajo el epígrafe, también en gruesos caracteres: “una falsedad”...». Así resulta de la sentencia que inició el camino hacia la reparación del daño moral y, sin duda, la más conocida y popular, como resulta de cualquier buen libro de texto que trate de la indemnización del daño moral, me refiero a la STS de 6 de diciembre de 1912 (*Jurisprudencia Civil* 1912, núm. 95). Se refiere a la rectificación el resultando tercero.

Por otra parte, en la SAP-Badajoz de 24 de enero de 1997 (AC 1997/28) se ha llegado a obligar al demandado a la publicación de la sentencia como una forma de indemnizar al demandante por los perjuicios morales causados por una publicidad engañosa. Así, en el FD noveno estima que: «La existencia de un perjuicio inmaterial obliga a acoger también la acción de resarcimiento, la cual se concretará en la publicación de esta sentencia de segunda instancia, en el diario *Hoy*, con igual formato de página, a costa de los demandados».

(art. 1101 CC) *que comprende la indemnización por los daños morales*» (la cursiva es mía) –cfr. FD quinto–.

Con posterioridad al Código Civil, el legislador penal de 1973 ha tomado posición abiertamente en torno a la procedencia de la reparación del daño moral, admitiéndola expresamente en el artículo 104. En el nuevo Código Penal de 1995, con casi idéntica redacción, el artículo 113 –título V: de la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales– dispone que: «La indemnización de los perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros»¹¹. Obsérvese que con arreglo a esta norma, es indudable que procede la indemnización del daño moral causado por el delito o la falta, sin necesidad de que a consecuencia del daño moral se hayan producido daños patrimoniales¹².

En cuanto a la protección constitucional del daño moral, Reglero Campos diferencia entre los distintos tipos de daños: los daños biológicos o psicofísicos (incluyendo los daños morales), y los daños materiales y/o patrimoniales. Así lo hace la STC 181/2000, de 29 de junio (RTC 2000/181), que en relación a los criterios que han de seguirse para establecer la compensación, sin entrar en detalles, sólo exige que las pautas indemnizatorias garanticen una indemnización suficiente, en el sentido de respetuosa con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE), y que atienda a

¹¹ Este artículo 113 CP desarrolla el apartado 3.º del artículo 110 CP que dispone que la responsabilidad establecida en el artículo anterior –que se refiere a la extensión de la responsabilidad civil– comprende: 1.º La restitución. 2.º La reparación del daño. 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales. Este artículo 110 CP mantiene sustancialmente el texto del artículo 101 ACP, con la sola salvedad de que el número 3 especifica que la indemnización de perjuicios alcanza a los *materiales y morales*, y el 101 ACP se refería, en el núm. 3, *in genere*, a la «indemnización de perjuicios».

Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. y VALLE MUÑOZ, J. M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 549-569.

¹² En efecto, GÓMEZ ORBANEJA, E., «La acción civil de delito», *Revista de Derecho Privado*, 1949, pp.199-204, declara que condicionar la resarcibilidad del daño moral a su repercusión sobre el patrimonio equivale a limitar el resarcimiento al daño material o patrimonial.

La STS (Penal) de 18 de febrero de 2003 (RJ 2003/7168) ha reconocido, en un supuesto de lesiones, que: «Nunca es tarea sencilla determinar el *quantum* de las indemnizaciones por los daños y perjuicios derivados de los hechos delictivos, especialmente cuando de los daños morales se trata...» –cfr. FD séptimo–. Aclara la STS (Sala de lo Militar) de 27 de octubre de 2004 (RJ 2005/1152) en un supuesto de abuso de autoridad por evidente vejación que sufrió un guardia civil por la acción de un teniente, y al apreciarse que dicho superior trata al inferior de manera degradante e inhumana, se indemniza el daño moral. Sentencia que se remite a la STS (Sala II) de 5 de marzo de 1991 (RJ 1991/1908) para declarar que «la determinación del daño moral ha de ser establecida mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva». También se indemnizó el daño moral en un supuesto de delito de agresión sexual a niña de 10 años de edad en la STS (Penal) de 25 de febrero de 2005 (RJ 2005/3400).

la integridad –según la expresión literal del art. 15 CE– de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas –cfr. fundamento jurídico 9¹³–.

Sí se ocupa de la cuestión la LO 1/1982, de 5 de mayo, Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que desarrolla el artículo 18.1 CE, Ley Orgánica que en su artículo 9.3 preceptúa 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...».

También el legislador ha previsto expresamente la indemnización del daño moral en el artículo 140 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que con la rúbrica *Indemnización* dispone en su párrafo segundo que: «En caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra»¹⁴.

¹³ También sigue esta misma doctrina la STC 134/2003, de 30 de junio (RTC 2003/134). En consecuencia, sería inconstitucional una norma que previendo la indemnizabilidad de este tipo de daños, la limitara a cuantías irrisorias o manifiestamente insuficientes.

Vid., REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 94-97.

¹⁴ Destaco algunos pronunciamientos jurisprudenciales: en la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8098), se indemnizan los daños y perjuicios materiales y morales, con fundamento en la actuación de la entidad demandada –Excmo. Ayuntamiento de Arcos de la Frontera– que editó y distribuyó unos folletos sobre la localidad de Arcos de la Frontera que transcriben parte del trabajo realizado por el actor en tres guías turísticas de esta ciudad monumental. En la STS de 1 de febrero de 2005 (RJ 2005/1749), se indemnizan, además de los daños y perjuicios materiales, los daños morales en un caso de contrato de edición, por falta de reconocimiento de la paternidad de la obra. También se han indemnizado daños morales en un caso de plagio en la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8098).

En el campo del Derecho de marcas, la STS de 18 de febrero de 1999 (RJ 1999/660) reconoce, en relación con la reparación de daños morales, que si bien la Ley de Marcas –Ley 17/2001 [*vid.*, art. 41.1 b)]– no la contempla, tampoco la prohíbe expresamente. En el caso enjuiciado, la recurrente doña Antonia M. P., con el nombre artístico «Antoñita de Linares» ha venido a resultar afectada en su actividad artística-comercial y sobre todo en su prestigio y sensibilidad de artista, al comprobar que su nombre, ganado con un trabajo continuado y que gozó del favor del público, reconocedor de sus condiciones de intérprete de la canción española, se vio utilizado a sus espaldas en una propaganda muy poco elogiosa de sus méritos y que más bien se aprovecha de su fama, dando una versión que se acerca a lo grotesco y ridículo. Todo esto ocasionado porque la RENFE, en concierto con la compañía mercantil «El Viso Publicidad, S. A.» (partes demandadas), había llevado a cabo, un verano, una campaña de promoción de la denominada Tarjeta Joven, para fomentar el viaje por ferrocarril, utilizando a uno de sus protagonistas publicitarios con el nombre «Antoñita Linares», sin haber obtenido consentimiento ni autorización alguna de la recurrente –cfr. FFD segundo y tercero y comentario a esta sentencia por CURTO POLO, M., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 50, 1999, núm. 1375, en particular, *vid.*, pp. 882 y 883.

Adviértase que también se ha interpretado el artículo 18.5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en el sentido de incluir el resarcimiento del daño moral –cfr.

Por otra parte, el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, si bien, en una primera redacción no contempló la posibilidad de indemnizar el daño moral sí la ha admitido con posterioridad. En concreto destaco la modificación de la citada Ley por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que en su disposición adicional octava modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, que pasa a denominarse: «Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor», y que en el artículo 1.2 –modificado– dispone que «Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley»¹⁵.

VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 411; MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, com. artículos 18, pp. 546 y 547; MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 61, 2003, núm. 1653, pp. 261 y 262, y lo han ratificado los Tribunales, destaco la paradigmática SJPI-Villafranca del Penedés, de 20 de julio de 1999 (AC 1999/1216), que condena a «Freixenet, S. A.», a indemnizar a «Codorníu, S. A.», en concepto de daños patrimoniales y morales derivados de la competencia desleal. Cfr., también en este sentido SAP-Barcelona de 26 de enero de 2000 (AC 2000/688).

¹⁵ Anexo de esta Ley comprensivo del «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación». Este anexo, al que se alude, de modo simplificado, como «baremo» incluye seis tablas de valoración, entre ellas, y para lo que a este estudio importa, las que fijan la «indemnización básica», bien por muerte o bien por lesiones permanentes incluidos los daños morales (tablas I y III). Cfr. STC 181/2000, de 29 de junio (RTC 2000/181), en relación a una cuestión de inconstitucionalidad del apartado B) de la tabla V del anexo de la Ley 30/1995. Esta sentencia del Tribunal Constitucional estima en sus antecedentes –apartado 20– que: «La indemnización de daños morales difícilmente puede asociarse a la idea resarcitoria: se trata más bien de dar una compensación patrimonial por un daño no patrimonial, lo que justifica, si cabe más, un modelo como el del “Baremo” que pretende dar un tratamiento normativo igualitario». Cfr., en relación a estas cuestiones: la STC 134/2003, de 30 de junio (RTC 2003/134).

Obsérvese que son muchos los fallos jurisprudenciales en los que se acude analógicamente a los baremos establecidos por el citado anexo, aunque, como indica la SAP-Barcelona de 2 de marzo de 2005 (RJ 2005/117231), en un supuesto de responsabilidad de profesionales sanitarios: «La aplicación analógica del baremo existente para los accidentes de tráfico a la pretensión formulada debe realizarse con las lógicas cautelas, siempre con carácter orientativo y no de forma automática, y exige una adaptación al supuesto enjuiciado» –cfr. FD quinto–, adaptación que a criterio de la Sala no se produjo en el caso de autos. Sí se estimó oportuna la aplicación analógica del baremo en un supuesto, también de responsabilidad de profesionales sanitarios, se trata del caso resuelto por la SAP-Madrid de 30 de marzo de 2005 (AC 2005/390), en este caso, se declaró la responsabilidad de la clínica por el contagio de hepatitis C por la praxis hospitalaria durante un autotransplante, se admiten los daños personales o corporales, pues el contagio del virus de la hepatitis C le ha hecho desarrollar una hepatitis crónica de tipo C, que le produce astenia, cuyo pronóstico resulta incierto y que deberá ser tratado de forma indefinida. Y por otro lado, se reconoce la producción de unos innegables daños morales, pues resulta notoriamente evidente e

Tampoco se puede obviar que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio, dispone en su artículo 2.1, entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios y en el apartado c) «La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos» –sin distinguir ni especificar– y, a mayor abundamiento, en el elenco de cláusulas abusivas que ofrece la disposición adicional primera de la citada Ley y dentro del epígrafe general II: *Privación de derechos básicos del consumidor*, el núm. 10 se refiere a «la exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato...»¹⁶.

Observemos ahora, puede ser útil, la posición mantenida por los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (*Principles of European Contract Law, PECL*) –también reconocidos como «Principios Lando»¹⁷–: que dedican el capítulo 9 a estudiar los *Remedios específicos en caso de incumplimiento* y disponen en el artículo 9:501: «(1) La parte perjudicada está facultada para reclamar la indemnización de daños y perjuicios por la pérdida que le hubiera causado el incumplimiento de la otra parte si ésta no se encuentra exonerada de acuerdo con el artículo 8:108. (2) La pérdida respecto a la cual se puede reclamar indemnización incluye: a) Pérdida no pecuniaria; y b) Pérdida futura que razonablemente

incuestionable el impacto emocional, la angustia, zozobra, inquietud, temor, ansiedad, impotencia e incertidumbre generados por el contagio y por el padecimiento de la enfermedad crónica –cfr. FD séptimo–.

En relación a los fallos, recientes, recaídos atinentes a estas cuestiones destaco los siguientes: la SAP-Tarragona de 11 de enero de 2005 (AC 2005/410), en la que procedió la indemnización de los daños morales por fallecimiento de una hija en accidente de circulación y se aplicaron las tablas de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; por su parte, la SAP-Castellón de 26 de enero de 2005 (JUR 2005/104721) indemniza el daño moral complementario por las secuelas totales, incluidas las de perjuicio estético. Se ponderan los daños morales «por no ser escasos los susceptibles de ser ocasionados por el perjuicio estético dada la afectación del sujeto afectado (*sic*) por el cambio que se produce en su percepción subjetiva de cómo es visto y valorado por los demás» –cfr. FD tercero–. En relación con las «reglas de utilización del perjuicio estético», cfr. las contenidas en el artículo 3 de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, Seguros Privados (modificación y adaptación a la normativa comunitaria de seguros privados). Además, se ha apreciado la culpa extracontractual y el daño moral derivados de accidentes de circulación, con aplicación consiguiente del artículo 1902 CC en: SSTS de 17 de abril de 1995 (RJ 1995/3393), 3 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8353), 24 de marzo de 1997 (RJ 1997/4323), 15 de marzo de 2001 (RJ 2001/5979), entre otras varias.

¹⁶ Obsérvese que la STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001/2242), si bien en un caso de daño moral derivado de culpa extracontractual, en el FD quinto trae a colación el artículo 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para justificar la indemnización del daño moral, como apoyo a la Jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en esta materia.

¹⁷ Recuérdesse que los «Principios de Derecho Contractual Europeo (Parte I y II)» han sido presentados con los ilustres nombres de los profesores Ole Lando y Hugo Beale. Aun cuando con anterioridad los trabajos realizados por la *Comisión o Grupo de Trabajo* que presidió el profesor Lando habían recibido ya alguna difusión.

se prevea que puede ocurrir». Nótese que en todos los comentarios que acompañan al precepto se identifica esa «pérdida no pecuniaria» con el «dolor y sufrimiento, los inconvenientes y la aflicción psíquica que derivan del incumplimiento»¹⁸. De igual forma, con parecida *ratio*, se pronuncian los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales –conocidos como «Principios UNIDROIT»– que admiten la plena indemnización del daño que deriva del incumplimiento y al regular la *Reparación integral* señala en el artículo 7.4.2 (2) que «Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional»¹⁹.

En este trabajo estudio una perspectiva del daño moral, el que se produce como consecuencia del incumplimiento contractual. Como reconoce, al referirse a un caso de reparación del daño moral, la STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089): «Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual..., adoptándose una orientación cada vez más amplia...» –cfr. FD segundo²⁰–.

¹⁸ Cfr. MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., en el comentario a la STS de 31 de octubre de 2002, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61/2003, pp. 257 y 258.

Vid., la obra de Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E. y MORALES, A. M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, que, al comentar el artículo 9:501 en lo relacionado con la denominada por el citado artículo «pérdida no pecuniaria» –pp. 372 y 373– reconocen que el incumplimiento contractual puede causar daños no sólo pecuniarios, sino también no pecuniarios o morales.

¹⁹ Cfr. http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles_1994/fulltext.pdf (fecha de consulta: 14 de julio de 2005). He consultado los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales –Roma 2001–. 2.ª impresión corregida y editada por el Instituto Internacional para la Unificación del derecho Privado (UNIDROIT). Al comentar el artículo 7.4.2, parágrafo 2, reconoce que dispone expresamente la reparación de daños no pecuniarios y aclara que puede tratarse de un dolor físico y sufrimiento emocional, la pérdida de ciertos placeres, el daño estético, etc., así como el daño ocasionado por ataques al honor o a la reputación. Además, se afirma que la reparación del daño moral puede asumir diferentes formas y toca a los tribunales resolver cuál de ellas, ya sea sola o acompañada de la reparación del daño material, garantiza mejor los efectos de la reparación integral. Los tribunales no sólo pueden reclamar el pago de una compensación monetaria, sino también otras formas de reparación, tales como la publicación de un aviso o noticia en un periódico determinado (*v. gr.*, en el caso de violar la cláusula que prohíba la competencia o la reapertura de un negocio, la difamación, etc.).

²⁰ En el caso de autos se indemnizaron los daños morales debido al injustificado retraso de vuelo: «Y así, a la tensión, incertidumbre, incomodidad... inquietud por regresar al domicilio después de un viaje de novios, preocupación por la pérdida de un día de trabajo... hay que añadir el haberse producido el hecho en un país extranjero y lejano... y la situación de preponderancia, e incluso prepotencia, contractual de la compañía» –FD segundo–.

Más reticente a la indemnización del daño moral contractual se manifiesta la STS de 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7447), daños morales «... cuya procedencia de mera infracción contractual es dudosa» –cfr. FD tercero–, aunque a la postre se indemnizasen los daños morales a una arrendataria de vivienda, como consecuencia del hundimiento de la techumbre de la vivienda arrendada, debido al trastorno y angustia ocasionados a la familia de los actores; pero se recurre a la responsabilidad extracontractual, al artículo 1902 CC, a pesar de que se está ante un contrato, el de arrendamiento.

La STS de 10 de julio de 2003 (RJ 2003/4622) admite la posible derivación de los daños morales tanto de la culpa extracontractual como de la contractual.

En relación con el daño moral y su aplicación a la esfera de la responsabilidad contractual, como reconoce Parra Lucán, su evolución ha sido más tímida; pero en la actualidad la mayoría de los autores no tiene inconveniente en admitir la indemnización de los daños morales contractuales²¹. Dice el profesor Castán «con razón», admitido el daño moral como susceptible de indemnización en el campo extracontractual, no se ve razón por la que haya de ser excluido del campo de las obligaciones contractuales²². Y Álvarez Vigaray al clasificar los daños morales distingue: según resulte o no del incumplimiento de un contrato, o en términos más amplios, de una obligación o relación jurídica preexistente, el daño moral es contractual o extracontractual²³.

Entiende Díez-Picazo que no hay, en línea de principio daño indemnizable por perturbaciones psicofísicas que una persona pueda experimentar como consecuencia de incumplimientos contractuales salvo en aquellos casos en que la prestación contractual comprometida por el incumplidor afectara a derechos subjetivos de la personalidad del acreedor. Pienso que con esa salvedad tan amplia, a la postre admite el Profesor la indemnizabilidad del daño moral contractual²⁴.

Se define el daño moral contractual, esto es, el daño en el que la agresión a los bienes de la persona tiene lugar por el incumplimiento de una relación obligatoria, cuando sobreviene la inexecución de la obligación y es imputable al deudor la causa que determinó la imposibilidad prestacional, es lícito preguntarse si el resarcimiento que incumbe a dicho deudor deberá comprender tanto los daños materiales cuanto los daños morales, hasta el punto de que el acreedor deba ser indemnizado también por los quebrantos y afecciones que haya sufrido en sus bienes ideales (honor, fama, buen nombre, salud, tranquilidad de espíritu, equilibrio emocional, etc.)²⁵. Creo

²¹ Vid., PARRA LUCÁN, M.^a A., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 5, núm. 136, p. 584.

²² Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, Reus, 1978, pp. 234-236. Por su parte DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1975 –al estudiar: «El daño contractual no patrimonial», pp. 173-181–, admite que puede hallarse tanto un daño contractual patrimonial o no patrimonial como un daño extracontractual patrimonial o no patrimonial.

²³ Vid., ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 86-90.

²⁴ Vid., Díez-Picazo, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 329.

Adviértase que Díez-Picazo, L. y Gullón, A., subrayan, en materia de daños indemnizables, el inicio de una línea jurisprudencial favorable a la indemnización del daño moral que pudiera producirse por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual. Vid., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2003, p. 210.

²⁵ CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño moral contractual», *Revista de Derecho Privado*, 1990, pp. 3 ss. Considera el autor que tal vez sea incluso más justo que tenga lugar la indemnización del daño moral contractual, por haber tenido el damnificado el cuidado de

que la respuesta es positiva porque tan agresivo puede ser para una persona un ataque a su patrimonio, por ejemplo, como el que afecte a aspectos de su persona, ajenos a ese ámbito patrimonial; pero, en cierto modo, relacionados por la conexión frecuente entre los distintos tipos de daños: uno moral puede incidir negativamente en la vida activa, de trabajo y rendimiento de una persona y viceversa.

Considero que puede resultar más adecuado reparar el daño moral derivado de un incumplimiento contractual que reconocerlo en el campo de la responsabilidad extracontractual, para evitar así, como ha dicho la jurisprudencia, la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al abrigo de la masificación de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales. En este sentido se pronunció la STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403), que, precisamente, es la que por primera vez acepta, de modo explícito, la tesis favorable a la reparación del daño moral derivado del contrato –y que se estudiará²⁶–.

Es más, a nadie le puede ser ajeno el mandato del artículo 1091 CC, que redunda en la importancia de sancionar en toda su extensión –incluyendo no solo a los daños patrimoniales sino también a los no patrimoniales o morales– el incumplimiento de las convenciones que, precisamente, las partes contratantes han tenido a bien celebrar. Adviértase la importancia de la norma citada en la STS de 6 de diciembre de 1968 (RJ 1968/5743) que en el primer considerando reconoce que «... una de las fuentes de las obligaciones y sin duda alguna la de mayor importancia es la que tiene su origen en la voluntad humana de los particulares, que para satisfacer sus necesidades recíprocas establecen pactos y condiciones, los cuales hay que respetar llevándolos a ejecución»²⁷. En este sentido la SAP-

celebrar una convención para asegurarse la satisfacción del propio interés extrapatrimonial, realizando, en la mayoría de los casos, una contraprestación de carácter pecuniario.

²⁶ En efecto, en el 5.º considerando de la primera sentencia se estima que «... la relatividad e imprecisión forzosa del daño moral... exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa, paso que, si filosóficamente es tenido por imposible... jurídicamente ha de ser resuelto por aproximación y necesidad pragmática de resolver el conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir para evitar la injusticia y cumplir el principio del *alterum non laedere* y con ello la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al abrigo de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales...».

²⁷ Continúa afirmando esta sentencia, siguiendo el mandato del artículo 1091 CC, que el contrato tiene fuerza y eficacia legal desde el momento en que se otorgó con los requisitos esenciales, por imperio del principio de autonomía de la voluntad, pudiendo exigirse mutuamente los contratantes ciertos requisitos accidentales que se expresan en forma de pactos, siendo conformes al artículo 1255 CC, que hay que cumplir, por formar parte integrante del contrato, en la forma y manera en que fueron pactados (SSTS de 26 de septiembre de 1927 y 7 de mayo de 1965). Como declara LUNA SERRANO al comentar el

Valladolid de 29 de octubre de 2004 (JUR 2004/291314) advierte que la jurisprudencia del Tribunal Supremo proclama que el solo incumplimiento contractual no genera de suyo una obligación de indemnizar, lo que no excluye sin embargo la idea de que el incumplimiento no constituya *per se* un perjuicio o daño, una frustración en la economía o interés de la parte, material o moral, pues lo contrario, de entenderse en términos absolutos, equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que con ello sus vicisitudes y en concreto las contravenciones de las partes no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y sus consecuencias –cfr. FD segundo²⁸–.

Resulta necesario hacer una precisión y es que trasladando este argumento al ámbito del daño moral derivado del incumplimiento contractual la jurisprudencia se encarga de poner de relieve que aunque en materia de daño moral se tiende a evolucionar hacia concepciones amplias (como la del «placer frustrado» «ideeller schaden»), no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual, ni es subsumible, en principio, en la previsión general de evitar que «el contrato opere en el vacío». En este sentido se pronuncia la STS de 26 de julio de 2000 (RJ 2000/9177) –FD quinto– que aclara: sin embargo sí opera cuando se da una situación que revela por sí misma la singular afección (*res ipsa loquitur*)²⁹.

Clarificadoras, por evidentes que puedan parecer, resultan las consideraciones de Espiau Espiau cuando afirma que hay responsabilidad contractual si, existiendo entre las partes un contrato, los daños son consecuencia de un incumplimiento o de un cum-

artículo 1091 CC –*Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 12– la trascendencia del contrato como fuente de las vinculaciones obligatorias deriva directamente de su acogimiento como tal en las previsiones del ordenamiento y, en concreto, de las contenidas en el artículo 1089 CC y en este mismo precepto, luego reiteradas en los artículos 1254, 1258 y 1278 CC.

²⁸ Así se pronunciaron ya sentencias del Tribunal Supremo de fechas 9 de mayo de 1984 (RJ 2403) –considerando 4.º–, 27 de junio de 1984 (RJ 1984/3438) –considerando 3.º–, 5 de junio de 1985 (RJ 1985/3094) –considerando 1.º– 30 de junio de 1989 (RJ 1989/6393) –FD cuarto–, por citar algunos importantes fallos.

²⁹ Sentencia que enjuiciaba la procedencia o no del daño moral en un caso de nulidad radical de un contrato. En el mismo sentido, y ya en un supuesto de daño moral derivado de un incumplimiento contractual, se pronuncia la SAP-Barcelona de 12 de febrero de 2004 (AC 2004/528) que estimó que cuando el daño moral emana de un daño material o resulta de datos de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor (como es el caso que enjuicia la sentencia: retraso en la entrega de una vivienda de recreo) una consecuencia de la propia realidad litigiosa, se justifica la operatividad de la doctrina *in re ipsa loquitur* («la cosa habla por sí misma» [Ter. Eun. 705]) y la concesión de indemnización por la situación de notoriedad –cfr. FD segundo, al enjuiciar el daño moral y su cuantificación–.

plimiento defectuoso de lo que constituye materia del contrato en sentido estricto, mientras que la responsabilidad extracontractual se produce cuando, con independencia de las posibles relaciones que existen entre las partes, los daños son consecuencia de la infracción de deberes generales de conducta o de la regla general *alterum non laedere*. Reconducido a este ámbito el daño moral o no patrimonial, sus vicisitudes se regirán, pues, por las normas de la responsabilidad extracontractual; en cambio, las consecuencias patrimoniales del incumplimiento se regirán por las de la responsabilidad contractual³⁰.

Finalmente, adviértase, a mayor abundamiento, que los supuestos que se analizan en este estudio posiblemente deriven de un hecho dañoso con violación de determinadas obligaciones contractuales que no empece que, el hecho causante del daño implique, al mismo tiempo, la violación del deber general de no causar daño a otro: *alterum non laedere* o *neminem laedere*. Por lo tanto se puede acudir a la yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, de tal manera que nos encontramos con acciones que pueden ejercitarse alternativamente o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concreto de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos, y todo ello a favor de la víctima, para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible.

Recuérdese que la moderna jurisprudencia ha acuñado la doctrina de la «unidad de la culpa civil», sin que ello suponga una incongruencia de la resolución ni indefensión en la demanda. Como estima la STS de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005/82) desde los principios de la unidad de la culpa civil y la yuxtaposición de las responsabilidades contractual y extracontractual, ha venido declarando la Sala Primera –Civil– del Tribunal Supremo que lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando en cambio de libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o en la extracontractual por corresponder a sus facultades de aplicación de la norma pertinente conforme al principio *iura novit curia* –cfr. FD segundo³¹–.

³⁰ Cfr. ESPIAU ESPIAU, S., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 54, núm. 1481, p. 1287.

³¹ En el caso de autos se indemnizó por RENFE a los cónyuges que con ella contrataron un viaje con el tren Talgo, pagando sus respectivos billetes, indemnización de los daños y perjuicios derivados de la caída de la esposa en las escaleras mecánicas de la estación cuando ambos las utilizaban para subir al andén en que debían tomar el tren, siendo fundamento de la condena el incumplimiento del contrato de transporte de viajeros por el

Considero que acudiendo a esta doctrina se protege todavía más el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 CE, pues en definitiva no cabe eludir el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento, aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de extracontractual o viceversa. Precisamente, se ha dado cumplimiento a dicho mandato constitucional en la STS de 8 de abril de 1999 (RJ 1999/2660), que da por definitivamente asentada la doctrina de la unidad de la culpa civil y la integración de la causa de pedir únicamente por los hechos de la demanda³². En esta línea de preocupaciones, a mi juicio, se evitaría la indefensión –proscrita por el artículo 24 CE–. Indefensión, que como señala la STS de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005/82) –FD segundo– podría darse sobre todo si, fundada la acción en el artículo 1902 CC y siendo por tanto aplicable el plazo

transportista. Se ha acudido a esta doctrina en la STS de 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7447) en un supuesto de estimación del daño moral derivado de la culpa extracontractual; pero en un caso de contrato de arrendamiento, como consecuencia del hundimiento de la techumbre de la vivienda arrendada. En el caso de autos recordó el Tribunal Supremo que la jurisprudencia casacional de Italia, en supuestos como el que es objeto de este recurso admite la acumulación de la acción contractual y la extracontractual, al permitir al locatario obtener el pleno resarcimiento de daños por ruina del inmueble arrendado, criterio que viene a coincidir con el seguido en esta resolución, en la que se trata sobre todo de que el locatario perjudicado obtenga un equitativo resarcimiento por los daños sufridos, previa invocación en primer lugar de la normativa extracontractual y seguidamente también de la contractual –cfr. FD tercero–.

También se ha acudido a esta doctrina de la «unidad de la culpa civil» por la SAP-León de 30 de junio de 2004 (AC 2005/64), en el caso enjuiciado se apreció la conducta negligente o poco previsoras en la vigilancia y consecuente fallecimiento de un enfermo de alzheimer por hipotermia al escapar del control de la residencia en la que estaba ingresado. Se estimaron, además, los daños morales. Cfr., también, la SAP-Asturias de 27 de enero de 2005 (JUR 2005/61466) que apreció la culpa contractual como consecuencia de la caída por el patio de luces sufrida por empleada del hogar cuando se encontraba limpiando las ventanas en casa de la demandada, por falta de adopción de las precauciones exigibles al ordenar a la empleada la realización de una tarea que resultaba peligrosa. Admite este fallo que una pacífica doctrina jurisprudencial en los supuestos en que concurra o pueda concurrir culpa contractual o extracontractual ha venido patrocinando soluciones flexibles, al admitir que el perjudicado pueda optar por una u otra acción o ejercitarlas acumuladamente, sobre la base del principio de unidad de la culpa civil, de modo que facilitados los hechos al juzgador éste aplique la norma más adecuada –cfr. FD segundo–.

³² En la presente litis el Tribunal estimó que no hay duda alguna que hubo una omisión culposa en la seguridad del hotel al ser sustraído un vehículo de la zona de aparcamiento específica del mismo, sin que se haya logrado su recuperación. Y para lo que aquí importa, centra la cuestión al núcleo de la presente contienda y afirma que la parte recurrente en casación –antes demandante y apelante– estaba legitimada *ad causam* para iniciar el presente proceso, aun a pesar de haber fundamentado *ab initio* su pretensión desde el punto de vista jurídico en el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual ya que, con base al principio *alterum non laedere* la posible existencia simple de un perjuicio sobre el que se reclama, al desarrollar el principio *iura novit curia* el juzgador debe entrar en el fondo del asunto, si la petición, como en el presente caso, se determina en un resarcimiento de dicho perjuicio, aunque el fundamento jurídico de la pretensión al caso, se base en el área de la responsabilidad contractual en vez de la extracontractual o viceversa –cfr. FD primero–.

de un año conforme al artículo 1968-2 CC, el demandado se defendiera únicamente de su culpa extracontractual oponiendo dicho plazo de prescripción y, sin embargo, se viera luego sorprendido por una sentencia que rechazase su aplicabilidad para, en cambio, considerar aplicable el de quince años del artículo 1964 CC por encuadrar el caso en la responsabilidad contractual. Y todo «a favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible» –STS de 8 de abril de 1999 (RJ 1999/2660) [FD primero]–.

A continuación me fijaré en los casos que por su relevancia, frecuencia o posible interés merecen ser destacados como supuestos concretos en los que ha procedido la indemnización del daño moral como consecuencia de un incumplimiento o defectuoso cumplimiento contractual.

II. LOS DAÑOS MORALES DERIVADOS DE LOS VICIOS, DEFECTOS Y RUINA DE EDIFICIOS

El mismo tono que se observa en los casos de incumplimiento contractual, en el sentido de que la legislación no se muestra proclive al reconocimiento expreso del remedio que supone la reparación de los daños morales, se infiere de una lectura rápida del Código Civil y de la legislación *ad hoc* en materia de responsabilidad derivada de los vicios, defectos y ruina de edificios. Es más, de esa misma lectura parece deducirse que en lugar de avanzar, en este campo del reconocimiento del daño moral indemnizable, se retrocede³³.

³³ Adviértase con SALVADOR CODERCH que la doctrina discute si el fundamento de la responsabilidad que reconoce el artículo 1591 CC es contractual o no. Cfr. Pablo SALVADOR CODERCH, com. artículo 1591 CC, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1189 y 1190.

También en caso de producción de daños en edificios nos podemos encontrar con supuestos de responsabilidad extracontractual y la aplicación consiguiente del artículos 1902 CC. Así, si falta la conexión contractual o estamos ante perjudicados distintos del propietario o del comitente de la obra, el régimen será entonces el de los artículos 1902 ss. CC y así se indemnizarían no sólo los perjuicios económicos, además de los causados en el edificio (lucro cesante, gastos de traslado, arrendamiento de nueva vivienda, etc.), sino también, por ejemplo, el daño moral que consiste en la frustración, molestias y malestar varios que se derivan del vicio constructivo. Cfr., en este sentido: MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 61, 2003, núm. 1653, pp. 268 y 269. Destaco, en este sentido, la STS de 4 de febrero de 2005 (RJ 2005/915) que apreció los daños morales en un caso de responsabilidad extracontractual debido a la ruina de un edificio por obras de excavación en el solar contiguo. Se declaró la responsabilidad civil por negligencia de la empresa contratista en el vaciado del solar y la ejecución del muro pantalla y la procedencia de la indemnización de los daños morales por el desalojo de la arrendataria de la vivienda por ruina del edificio en que se alojaba, con anticipación de su

En efecto, aunque si bien no reconoce expresamente tal indemnización el artículo 1591 CC³⁴, sí puede intuirse que al admitir *in genere* la responsabilidad por «daños y perjuicios», sin distinguir ni especificar, luego abarcará el daño emergente, el lucro cesante y, para lo que aquí importa, el daño moral. Sin embargo la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación –en adelante LOE–, a mi juicio, no ha aprovechado la ocasión para ampliar y pergeñar la responsabilidad en un ámbito tan delicado y conflictivo como es el de la responsabilidad por vicios y defectos constructivos en la edificación³⁵.

Veamos, pues, el *statu quo* de esta cuestión en la Ley de Ordenación de la Edificación. Lo más reseñable es que esta Ley únicamente se refiere a los «daños materiales», tanto que en el artículo 17 LOE, que inicia el elenco de artículos destinados a regular las *Responsabilidades y garantías* –capítulo IV– utiliza dicha expresión «daños materiales» hasta nueve veces, al referirse a la *Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación*; el artículo 18 LOE al determinar los *Plazos de prescripción de las acciones*, también acude a la citada expresión, y la emplea hasta cuatro veces el artículo 19 LOE, en relación al seguro de caución, al establecer la regulación jurídica de las *Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción*³⁶.

La doctrina no ha permanecido ajena al cambio que la LOE ha supuesto, en relación a la regulación establecida en el artículo 1591 CC. Así, Bercovitz Rodríguez-Cano, al comentar el artículo 1591 CC y confrontarlo con el artículo 17 LOE, ha estimado que el artículo 17 LOE, por el contrario, únicamente se refiere a la responsabilidad por daños materiales causados en el edificio por los vicios o defectos que se especifican en él (ruina estructural; ruina funcional y vicios o defectos que afecten a elementos de terminación o acabado). Concluye el autor que «no se alude, pues, a

salida al momento determinado, debido a la situación en que se encontraba el inmueble –cfr. FD segundo–.

³⁴ Dispone el artículo 1591 CC que: «El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que se concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección.

Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años».

³⁵ Vid., NIETO ALONSO, A., «La responsabilidad por vicios y defectos constructivos en la edificación», *El Consultor Inmobiliario* –Ed. La Ley-Actualidad–, núm. 43, 2004, pp. 2-22.

³⁶ Cfr., CORDERO LOBATO, E., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, AA.VV. Pamplona, 2000, p. 300.

los daños y perjuicios causados por la ruina (daños indirectos, daños secuenciales y daños morales), restringiéndose el alcance que hasta hoy ha tenido el régimen de responsabilidad por ruina *ex* artículo 1591³⁷. En el mismo sentido se pronuncia Mesa Marrero al señalar que el artículo 1591 CC contrasta con el limitado contenido de la responsabilidad establecido en el artículo 17.1 LOE, porque en este último los agentes que intervienen en el proceso constructivo sólo responden de unos daños muy concretos: los daños materiales ocasionados en el edificio³⁸.

De dar prioridad a una interpretación excesivamente rigurosa de la LOE no se resarcirían sino los daños materiales; pero supondría esa apreciación una lectura demasiado superficial de la normativa dispuesta por la LOE, no es posible olvidar algunas puntualizaciones que la propia Ley realiza. Me refiero a importantes apartados de determinados artículos de la Ley de Ordenación de la Edificación: en concreto, del artículo 17, al regular la *Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación*, destaco los siguientes apartados: artículo 17.1, al principio: «Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales...»; artículo 17.9: «Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa»; artículo 18.1 *in fine*, artículo que determina los *Plazos de prescripción de las acciones*, cuando aclara que se entiende el plazo de dos años para el ejercicio de las acciones: «... sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual».

De tal manera que puede concluirse la posibilidad de resarcir el daño moral derivado de un contrato de obra del que deriven vicios o defectos constructivos, no sólo porque en este punto todavía resulta aplicable el artículo 1591 CC –no derogado expresamente

³⁷ Vid., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., com. art. 1591, en *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1830, con cita de CORDERO LOBATO, *op. cit.*, p. 300.

³⁸ Vid., MESA MARRERO, C., «El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos», *Aranzadi Civil*, núm. 13/2001 (BIB 2001/1229). Se insiste en estas consideraciones en LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones II*, vol. segundo –edición revisada por RIVERO HERNÁNDEZ–, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 192-198, al estimar aplicable el artículo 1591 CC para la reclamación de daños que no regula la Ley de Ordenación de la Edificación y sí el citado artículo y cita como ejemplos: los daños morales, los indirectos (vivienda de reemplazo), los secuenciales (en muebles que había en el edificio)... –cfr., además: disposiciones transitorias primera y segunda y art. 2 de la LOE–.

por la disposición derogatoria primera LOE y por la amplitud de la expresión «daños y perjuicios» que utiliza el citado artículo, frente a la limitación de la LOE a los «daños materiales»— sino también porque la LOE deja a salvo las normas generales de la responsabilidad contractual y, recordemos, los artículos 1101, 1106 y 1107 CC no excluyen la reparación de los daños no patrimoniales o morales —consideración que se infiere de este estudio, en particular, del primer epígrafe—.

La Jurisprudencia admite en numerosas sentencias no sólo la indemnización de los daños materiales sino también de los daños morales que la destrucción o ruina de un edificio causa a quienes lo habitan y se indemnizan bien mediante la aplicación de las reglas del artículo 1591 CC o bien acudiendo a las normas generales de responsabilidad contractual (arts. 1101 ss. CC) o extracontractual (arts. 1902 y ss. CC, en especial, el art. 1907 CC)³⁹.

Tampoco es infrecuente el rechazo de la estimación del daño moral como se aprecia en la que puede resultar polémica STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002/9736). Se plantea la reclamación con base en el artículo 1591 CC —porque el supuesto se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación—.

La narración fáctica que hace la sentencia es la siguiente: se interpone la demanda por la empresa de actividades turísticas sita en Canarias «Hervideros, S. A.», que alegó la producción de ruina funcional⁴⁰: filtraciones y humedades causadas por la mala impermeabilización de la edificación consistente en apartamentos turísticos y reclamó, contra la demandada «Yuco Construcciones, S. A.», que se realizaran tales obras de impermeabilización, que se le

³⁹ Incluso, en alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha llamado la atención por no pedirse o no concederse la indemnización de los daños morales, me refiero, por ejemplo, a la STS de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/3018): «... con olvido de otros conceptos, como... el daño moral...» —cfr. FD cuarto—. Se trataba de una compraventa civil y se declaró la improcedencia de la resolución del contrato porque los vicios son subsanables, sin entidad suficiente para impedir el fin del contrato. Se trató de un supuesto de saneamiento por vicios ocultos: acción *quantum minoris*. Comenta esta sentencia RUBIO GARRIDO, T., en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 67, 2005, núm. 1794, p. 192. Autor que declara en este comentario que aunque en puridad dogmática no ve inconveniente en que de un incumplimiento contractual pueda seguirse un daño moral resarcible (la pérdida de la «alegría de vivir», desazón, disgustos, angustia), señala, en relación al caso de autos, que pedir la indemnización por daño moral, en concreto, por una sustitución de instalación eléctrica y haber de gestionar una licencia municipal le parece excesivo «todos hemos comprobado que son vicisitudes que entran dentro de las incomodidades ordinarias de la vida». Estoy completamente de acuerdo...

⁴⁰ Utiliza esta sentencia el concepto amplio de ruina reiterado por la jurisprudencia, como «desperfectos que vengán a hacer inútil la cosa para la finalidad que le es propia», en el caso de autos, las humedades en apartamentos que componen un complejo residencial —cfr. FD segundo—.

indemnizara por los daños y perjuicios materiales y se le indemnizara también por lucro cesante y daños morales.

En el fallo de la sentencia de la Audiencia se condena, a la Sociedad demandada, y ahora recurrente en casación, al abono «de 5.480.000 pesetas en concepto, en concepto de lucro cesante y daños morales sufridos por la actora»⁴¹. La sentencia del Tribunal Supremo 31 de octubre de 2002 casa y anula la sentencia de la Audiencia en el único sentido de eliminar la condena «de 5.480.000 ptas. (cinco millones cuatrocientas ochenta mil pesetas) en concepto de lucro cesante y daños morales sufridos por la actora» y sustituye dicha condena por la de 1.980.000 ptas. (un millón novecientas ochenta mil pesetas) como lucro cesante, absolviéndole en cuanto al alegado daño moral.

Lo más sobresaliente de la sentencia, al menos por su interés para este trabajo, es lo que se proclama en el FD quinto que es la justificación para el rechazo, en el caso de autos, de la reparación del daño moral, así, después de declarar que no es correcta la apreciación del daño moral estimó que «El concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo..., es el caso también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del *pretium doloris*. Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial»⁴².

⁴¹ Además la Audiencia condenó a la demandada a que realice a su costa las obras de impermeabilización aún pendientes de realizar.

⁴² Cita y aplica esta sentencia, en el mismo sentido y en relación a los daños morales la STS de 24 de marzo de 2004 (RJ 2004/1951). No observa el Tribunal la «impotencia, zozobra, ansiedad, angustia» —estados de ánimo a los que se refiere, para apreciar el daño moral, la STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089)— y señala, FD quinto, que «... estados de ánimo permanentes o de una cierta intensidad que no necesariamente se identifican con la carga derivada de acudir a un procedimiento jurisdiccional para obtener la anulación de un acto administrativo contrario a la solicitud formulada...» —supuesto al que se refiere el caso de autos—. También se remite a la STS de 31 de octubre de 2002 la STS de 7 de marzo de 2005 (RJ 2005/2214). Sentencia que aplica al caso enjuiciado la doctrina de la citada STS de 2002, caso en que, según su FD cuarto, los demandantes no se han visto privados del uso de sus viviendas ni de los cuartos de baño en que aparecieron los defectos denunciados; «las molestias causadas por esta situación no pueden ser consideradas como constitutivas de un daño moral, en los términos en que éste es concebido por la doctrina de esta Sala».

Entre la jurisprudencia «menor» destaco la SAP-Girona de 10 de marzo de 2004 (AC 2004/679). Se habían reclamado por el recurrente los daños morales al tener que alquilar otra vivienda durante la reparación de su casa por los defectos que presentaba. Sí

Se consideró por un sector doctrinal que el rechazo del Tribunal Supremo a indemnizar el daño moral en esta concreta sentencia es perfectamente comprensible y justificable «sencillamente porque en el presente caso no se produjo daño moral alguno»; pero no manifiestan estos autores su acuerdo con el razonamiento de la sentencia «a todas luces excesivo... al limitar de forma exclusiva el daño moral a los casos en que se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona»⁴³.

A mi juicio el fallo de la sentencia (STS 31 de octubre de 2002) ha sido, a la postre, acertado, al no estimar, en el concreto caso enjuiciado, los daños morales; pero no comparto la justificación, sobre todo cuando declara que el concepto de daño moral «no comprende aspectos del daño material» o cuando señala que «si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual» –cfr. FD quinto–. Cuando es reiterada la jurisprudencia, y destaco por su interés la STS de 25 de junio de 1984 (RJ 1986/1145) al entender que nada obstaculiza a que, bajo el principio que late en toda culpa civil de reparar el daño causado, encuentre fundamento el deber de indemnizar los daños morales derivados de aquella culpa, y entendidos como «el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades, o incluso resultados, *tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, como si el ataque afecta al acerbo extramatrimonial o de la personalidad*» (la cursiva es mía) –cfr. séptimo considerando⁴⁴–.

A mayor abundamiento, recurro a la paradigmática STS que ha abierto el camino a la indemnización del daño moral contractual, me refiero a la STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403) –que se estudia en el último epígrafe de este trabajo–, fallo en el que el daño sí ha afectado a la esfera patrimonial del sujeto y, sin embargo, procedió la reparación de los daños morales⁴⁵.

se estimaron los daños y perjuicios derivados de la culpa contractual; pero se desestima la reclamación de los daños morales con base a ese concreto concepto que proporciona la STS de 31 de octubre de 2002.

⁴³ Estas consideraciones las realizan MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., al comentar la STS de 31 de octubre de 2002, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 61, 2003, núm. 1653, p. 267.

⁴⁴ Se trataba de un caso de culpa extracontractual derivada de la ruina de un edificio causada por excavaciones en la finca colindante. Se han utilizado las mismas argumentaciones de esta sentencia, pero no en un caso de culpa extracontractual, sino en un supuesto de responsabilidad por vicios constructivos por ruina, se exige responsabilidad al promotor por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales *ex* artículo 1101 CC y se han estimado los daños morales, en la SAP-Granada de 19 de julio de 2004 (JUR 2004/256352) –cfr. FD segundo, *in fine*–.

⁴⁵ Y ha sido así como consecuencia de la omisión por la Compañía Telefónica Nacional de España en las guías telefónicas, del nombre, apellidos, profesión de abogado,

Entre las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en relación con el daño moral derivado de los vicios, defectos o ruina de edificios, merece especial mención la STS de 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8097), que en un caso de contrato de obra con vicios constructivos que provocan el desalojo judicial de los propietarios ocupantes de los pisos, aumenta la cuantía de la indemnización concedida por daños morales en 450.000 pesetas a cada uno de los propietarios –el Juzgado había concedido 250.000 pesetas a los propietarios que hubieran tenido graves desperfectos en sus viviendas–. El Tribunal Supremo confirma la decisión de la sentencia recurrida, al afirmar que los acontecimientos posteriores, como bien explica el Tribunal de Instancia, lo justifican cumplidamente, «pues hubo de procederse, consecuencia del incremento de los vicios constructivos que afectaban al edificio, a su desalojo, con los consiguientes quebrantos no sólo económicos, sino morales, para los propietarios ocupantes, que adquirieron los pisos para que les sirvieran de morada segura y no sometida a las contingencias negativas de una defectuosa construcción» –cfr. FD tercero del recurso I⁴⁶–.

Daño moral, por haber afectado el daño a la imagen empresarial, también como consecuencia de una responsabilidad contractual por defectos de la construcción, se apreció en la STS de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005/2806), debido al funcionamiento defectuoso de la instalación de una estructura metálica con techo retráctil en la terraza de un restaurante, con imposibilidad de explotar la terraza en período coincidente con la Exposición Universal celebrada en Sevilla, se reclama el daño moral causado en la «imagen empresarial» de la demandante, por haber tenido que cancelar numerosos contratos con agencias de viaje y empresas turísticas para ese mismo período⁴⁷.

dirección y número de teléfono de aquél: «... traducible lógicamente en minoración de clientela y otros efectos... en que la permanencia del anuncio convierte en necesidad inexcusable para la persistencia del tráfico mercantil, industrial o profesional» –cfr. sexto considerando de la primera sentencia–.

⁴⁶ Se insiste en el FD tercero, *in fine*, del recurso III en que «... La situación angustiosa de las familias que se vieron obligadas a abandonar sus viviendas, por unas obras defectuosas graves, en las que no tuvieron participación alguna y han de sufrir una grave frustración y anormalidad en el desarrollo de sus actividades de moradores ocupacionales de los pisos». De todo lo anterior, MESA MARRERO, C., *El alcance del resarcimiento en la responsabilidad por vicios constructivos*, Aranzadi Civil, núm. 13/2001 [BIB 2001/1229], al analizar esta sentencia, colige que la reparación íntegra de los daños causados como consecuencia de una construcción defectuosa, no siempre se limita al resarcimiento de los perjuicios económicos; por el contrario –advierte– habrá que valorar las circunstancias concretas de cada caso para determinar si procede igualmente una compensación económica por los daños morales que también haya generado el hecho dañoso.

⁴⁷ También ha procedido la indemnización de los daños morales derivados del incumplimiento del contrato de obra, en el caso resuelto por la SAP-Las Palmas de 11 de

La indemnización de daños morales alcanza, como no podía ser de otro modo, a defectos de la construcción en elementos accesorios como, por ejemplo, la piscina. En este sentido, la SAP-Murcia de 4 de marzo de 2005 (JUR 2005/76291) acude a la vía del artículo 1591 CC, por tratarse de vicios ruinógenos en la construcción de una piscina, para condenar a la constructora y, además de imponerle la indemnización por los gastos notariales y del informe del arquitecto técnico (2.260, 46 euros) y por reparaciones y construcción de nueva piscina (29.632, 56 euros) procede la reparación de los daños morales en la cuantía de 6.000 euros.

También puede proceder la indemnización de daños morales por ruina cuando el perjudicado es el arrendatario, así ha ocurrido en el caso resuelto por la STS de 11 de marzo de 2002 (RJ 2002/5691) –que se estudiará cuando se trate de los daños morales en el contrato de arrendamiento–.

En fin, se puede apreciar el daño moral contractual derivado de la ruina de edificios o defectos en la edificación, bien mediante la aplicación del artículo 1591 CC, gracias a su amplia expresión «daños y perjuicios», bien acudiendo a las acciones generales de responsabilidad contractual, ex artículo 1101 CC; sin perjuicio de estimar, también los daños morales en casos derivados de la responsabilidad extracontractual –arts. 1902 y ss. CC–, si así procediere. Incluso remitiéndonos a la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, que, como he señalado, deja a salvo las «responsabilidades por incumplimiento contractual» –cfr. arts. 17.1 y 9 y 18.1 LOE–. Así que considero que se puede hablar de una compatibilidad entre esas las acciones que derivan de la aplicación de los mencionados preceptos, con la exigencia de una reparación del daño moral, en los casos que procediere dicha indemnización ⁴⁸.

mayo de 2005 (JUR 2005/166532). De la prueba practicada se infiere que se produjo un incumplimiento contractual de tal entidad (pésimas condiciones de habitabilidad, emanaciones continuas de malos olores por el deficiente sistema de saneamiento en el baño y una inundación por lluvias dada la pésima ejecución de la impermeabilización de la terraza...) que determinó la resolución del contrato: «Fácil es deducir la angustia a que se ha visto sometida la demandante, así como el malestar general obvio que la actuación del demandado ha generado en la vida de la familia; entiende esta Sala que todo ello es suficiente para acreditar la existencia de un daño moral que justamente debe ser resarcido» –cfr. FD segundo–.

⁴⁸ Recordemos la copiosa jurisprudencia que admite la compatibilidad del artículo 1591 CC con las acciones generales, en este sentido, destaco la STS de 13 de julio de 1987 (RJ 1987/5461) que, ante un caso de responsabilidad de la promotora, ha señalado que la Sala Civil del Tribunal Supremo ha manifestado que «al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1591 del Código Civil sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le correspondan...» –cfr. FD sexto–. Apodíctica resulta la SAP-Cantabria de 23 de enero de 2001 (AC 2001/132613) que reconoce «el solapamiento del artículo 1591 del Código Civil y su carácter no excluyente con el régimen general de la responsabilidad contractual» –cfr. FD tercero–.

III. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL POR «PÉRDIDA INDEBIDA DE OPORTUNIDAD PROCESAL» –DE LA DEFENSA– O PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Jurisprudencia reiterada concede indemnización por el daño moral que resulta de un concreto incumplimiento contractual. Me refiero a los casos conocidos como «pérdida de oportunidad» o «pérdida de oportunidad procesal» que sancionan supuestos en los que debido a la negligencia de un abogado o de un procurador, se interpone un recurso fuera de plazo o deja de interponerse, con la consiguiente pérdida para el cliente de la posibilidad de obtener una sentencia favorable⁴⁹.

⁴⁹ Adviértase que también en otros ámbitos –distintos de los de servicios de abogados y procuradores– se acude a la doctrina de la «pérdida de oportunidad», y se aprecian los daños morales por dicha pérdida, ya que la pérdida de oportunidad, de la *chance*, es un criterio que se ha ido extendiendo, como veremos, desde el que le era propio y originario, derivado de la actuación de abogados y procuradores, a otros campos, también a la responsabilidad médico sanitaria. Confróntese, en este sentido, la STS de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998/8371), aunque no reconoció la existencia de daño moral y se trató de un caso de responsabilidad extracontractual. En concreto, se juzga la actuación de una enfermera y se habla de la pérdida de oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Sólo se le ha imputado a la enfermera esa pérdida de oportunidad «Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas» –cfr. FD segundo, *in fine*–. Así ha ocurrido, también, en el caso resuelto por la SAP-Cantabria de 19 de noviembre de 2004 (AC 2005/84) en el caso de autos se produjeron secuelas inesperadas después de una operación, se deduce responsabilidad contra el cirujano por ausencia de consentimiento informado y se sostiene que «la omisión de este deber de información no puede relacionarse causalmente con la materialización del daño dimanante de una operación correcta con arreglo a la *lex artis* sino con la pérdida de la oportunidad de decidir entre varias opciones...». Y que «... esta privación de la facultad de decidir en cuestiones atinentes a la salud personal genera, por sí sola, unos daños morales que deben ser resarcidos, ya que el derecho a la dignidad exige que nadie pueda ser ignorado y preterido en el acto de tomar decisiones que afectan a su esfera más íntima y personal, por incidir en el derecho de autodisposición sobre el propio cuerpo» –cfr. FD cuarto–. Otro supuesto, en el que se aplica la citada doctrina y no en su campo propio –de abogados y procuradores– se infiere de la SAP-Albacete de 18 de octubre de 2004 (JUR 2005/12851). A través de su demanda la actora pretende ser indemnizada como consecuencia de la póliza de seguros que su hija, fallecida en accidente de tráfico, tenía concertado con la aseguradora y si ella elige a los profesionales, su «error» al escoger conlleva su obligación indemnizatoria frente al asegurado, que es quien a la aseguradora paga la prima. Entiende el Tribunal que deben compaginarse los conceptos de «probabilidades de triunfo» para el supuesto de haberse ejercitado la acción, y de daño moral, por esa «pérdida de oportunidad» –cfr. FJ cuarto–. También se ha hablado de «pérdida de expectativas», en un supuesto distinto de los de contrato de arrendamiento de servicios de abogados y procuradores, en la SAP-Barcelona de 12 de febrero de 2004 (AC 2004/528) en un caso de incumplimiento en un contrato de compraventa de vivienda por retraso en la entrega y se estimaron los daños morales no sólo por la zozobra sino también por la «pérdida de expectativas» de arrendamiento –cfr. FD segundo, con el íntitulo: «El daño moral y su cuantificación».

Vid., PLAZA PENADÉS, J., *El Nuevo Marco de la Responsabilidad Médica y Hospitalaria*, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2002, que, al referirse a la valoración del daño, estudia la «pérdida de la oportunidad», pp. 86-88. También GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 211-228.

Otro ejemplo de interés en relación a la denominada «pérdida de oportunidad» es el que nos suministra el comentario al artículo 7.4.2 (2) de los Principios UNIDROIT (cuan-

Un adecuado concepto que resume la posición jurisprudencial de lo que esta doctrina significa lo proporciona la SAP-Asturias de 19 de enero de 2004 (AC 2004/9) cuando en el FD cuarto declara que «la doctrina y la jurisprudencia valora como “pérdida de oportunidad” subsumible en la noción de daño moral que se ocasiona a quien por la impericia o falta de diligencia del Abogado cuyos servicios profesionales solicita no ha podido acceder a los Tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos, tanto sea esta una persona física como jurídica»⁵⁰.

En definitiva el contrato que se está incumpliendo o cumpliendo defectuosamente es, en los casos que se analizan, el de prestación de servicios, definido en el artículo 1544 CC conjuntamente con el de obra, a los que llama «arrendamiento», como el contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto; está pobrísimamente contemplado en los artículos 1583 a 1587 CC, la mayoría de ellos derogados tácitamente, por lo que se regula por lo pactado y por lo previsto reglamentariamente, y dado que la mayoría de los casos que se analizan en este epígrafe se refieren a abogados, se estará, para los contratos celebrados con un abogado, al Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, del que se desprende que «son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que deriven de la relación contractual que entre ellos existe, la del cumplimiento con el máximo celo y diligencia y guardando secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada», añadiendo que «en el desempeño de esta función se atenderá el abogado a las exigencias técnicas, deontoló-

do al regular la reparación del daño integral, admite que el daño puede no ser pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional –con lo que reconoce la indemnización del daño moral derivada del incumplimiento–): «A», un joven arquitecto que ha comenzado a crearse cierto prestigio, firma un contrato para la modernización de un museo municipal de bellas artes. El nombramiento recibe amplia difusión por la prensa. Las autoridades municipales deciden posteriormente contratar los servicios de un arquitecto más experimentado y resolver el contrato con «A». «A» puede obtener el resarcimiento, pero no sólo por las pérdidas materiales sino también por el daño a la reputación y la pérdida de oportunidad para «A» de alcanzar la mayor celebridad que le hubiera otorgado la realización del encargo. Cfr.: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf> (fecha de consulta: 14 de julio de 2005). Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2.ª impresión corregida y editada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)).

⁵⁰ Sin acudir a la doctrina de la «pérdida de oportunidad»; pero sí en relación a los profesionales de la Justicia, en la STS de 23 de enero de 2004 (RJ 2004/1) ha procedido la indemnización de daños morales, como consecuencia de la responsabilidad civil de Magistrados del Tribunal Constitucional, por su conducta antijurídica ante la negativa lisa y llana a entrar a resolver una petición de amparo y la consiguiente frustración de las creencias del peticionario de amparo, como ciudadano de un Estado social y democrático de Derecho –cfr. FD cuarto–.

gicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto» (art. 53) y, según el artículo 102, «los abogados en su ejercicio profesional están sujetos a la responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les ha sido confiada» –obsérvese que este último precepto nos sirve para justificar sea responsabilidad del abogado que con su actuar negligente produce la denominada «pérdida de oportunidad»⁵¹–.

En el sentido apuntado, la STS de 28 de abril de 2005 (RJ 2005/3646) recuerda que esta Sala –Civil– tiene declarado que los artículos 53 y 54 del Estatuto General de la Abogacía –RD 2090/1982– imponen al abogado una actuación con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia, dados los cánones profesionales recogidos en el Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su proceder. En el caso enjuiciado por esta Sentencia se aprecian los daños morales derivados de la clara insatisfacción producida por la negligencia del abogado que provoca la «pérdida de las correspondientes expectativas procesales», también se refiere a la «pérdida o sensible disminución de las opciones procesales» –cfr. FD segundo⁵²–.

Por regla general, la jurisprudencia ha reconocido la indemnización del daño moral SSTS de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996/3793) –por privación del derecho al recurso que tenía a su favor la demandante–; 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7871) –por verse privado del derecho a que las demandas fueran estudiadas por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo–; 25 de junio de 1998 (RJ 1998/5013) –derivado del derecho a acceder a los recursos, o a la tutela judicial efectiva–; 14 de mayo de 1999 (RJ 1999/3106); 26 de enero de 1999 (RJ 1999/323), 8 de febrero de 2000 (RJ 2000/842), 8 de abril de 2003 (RJ 2003/2956), entre otras, que se refieren a la pérdida indebida de oportunidades procesales⁵³. Y como señala la SAP-Barcelona de 21 de marzo de 2005

⁵¹ Cfr. SAP-Madrid de 29 de marzo de 2005 (JUR 2005/107234) que declara la responsabilidad de un abogado por negligencia profesional. La indemnización se ha circunscrito al daño moral causado por la falta de acceso a la vía contencioso-administrativa y se acude a la doctrina de la «pérdida de la oportunidad» –cfr. FD tercero–.

⁵² En el caso de autos, en atención a la relación contractual de servicios entre abogado y cliente, el daño moral del actor deriva de la inactividad del letrado en la defensa de los intereses que le fueron encomendados, que ha frustrado los derechos de defensa de aquél en el juicio en su contra deducido sobre resolución del contrato de arrendamiento rústico, así como provocado la pérdida de las correspondientes expectativas procesales –cfr. FD segundo–.

⁵³ Cfr. FD tercero SAP-Navarra de 2 de febrero de 2004 (JUR 2004/184816) que apreció actuación negligente del abogado al interponer el recurso de suplicación, acompañando resguardo del depósito, pero no así el resguardo del aval que se presenta extemporáneamente, viéndose la actora privada de la «oportunidad procesal» de recurrir la sentencia del Juzgado de lo Social. Los conceptos indemnizatorios son, en concreto: 1.º El importe de la cantidad a cuyo pago fue condenada la actora. 2.º El importe de los daños morales y

(JUR 2005/115444) los autores que sustentan la teoría de la pérdida de oportunidad parten de que no es posible entrar en juicios de valor sobre las posibilidades de éxito porque no puede preverse el resultado del litigio si se hubiese planteado correctamente, amén de que se desconocen los medios de defensa que podría haber utilizado la otra parte, y en consecuencia lo que debe indemnizarse es la pérdida de oportunidad de la defensa, o la privación del derecho a la tutela judicial efectiva –FD tercero⁵⁴–.

En otras ocasiones esa jurisprudencia ha reconocido la indemnización del daño real SSTS de 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8735) –negligencia profesional del abogado por no solicitar la prórroga de la anotación preventiva del embargo trabado sobre fincas–; 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8971) –negligencia del abogado que dejó transcurrir el plazo de un año sin efectuar el requerimiento que habría interrumpido la prescripción de la acción por culpa extracontractual, viéndose truncadas las posibilidades de éxito de la demanda; 28 de enero de 1998 (RJ 1998/357) –abogado que deja transcurrir el plazo de reclamación al Fondo de Garantía Salarial de las indemnizaciones debidas a sus clientes–; 24 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7436) –responsabilidad del procurador por presentación extemporánea de la demanda de retracto–; 3 de octubre de 1998 (RJ 1998/8587) –conducta negli-

de imagen –a tal fin alega la actora que es una mercantil dedicada a impartir cursos homologados por el Gobierno de Navarra, entre los que se encuentra el de técnico de Riesgos Laborales, habiendo sido conocida la sentencia en ámbitos de formación jurídico laboral y empresariales– [cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, p. 83, al referirse a los daños morales causados a personas jurídicas y afirma que «es también daño moral la disminución o pérdida del prestigio de una persona jurídica»]. 3.º El importe de la minuta de honorarios abonada a la parte demandada.

La STS de 18 de junio de 2004 (RJ 2004/3629) declara que procede la responsabilidad de la procuradora al haber dejado vencer el plazo para interponer el recurso de apelación. Se estiman acreditados unos daños derivados del incumplimiento contractual y se aprecia el daño moral acudiendo a la doctrina de la pérdida de oportunidad procesal –cfr. FD segundo–. En este sentido: SSTS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7871) y de 26 de enero de 1999 (RJ 1999/323).

⁵⁴ En dicha sentencia se estima la responsabilidad civil por pérdida de oportunidad procesal. Al actor que venía desempeñando dos trabajos a tiempo parcial, para el Institut Català de la Salut y el Ayuntamiento de Barcelona, respectivamente, le fue negada la compatibilidad por este último organismo, lo que dio lugar a que se recurriera la resolución en vía administrativa por medio del letrado demandado, y desestimada esta vía, se promoviese recurso contencioso-administrativo. Señalada la celebración del juicio por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo a quien correspondió conocer del asunto, el demandado no compareció y se dictó auto de desistimiento, el cual fue confirmado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJC.

Nótese que al apreciar la pérdida de oportunidades la jurisprudencia valora unas veces el daño material (SSTS de 28 de enero de 1998 [RJ 1998/357], 26 de enero de 1999 [RJ 1999/323], 8 de febrero de 2000 [RJ 2000/842], entre otras), y otras sólo el daño moral (SSTS de 25 de junio de 1998 [RJ 1998/5013], 14 de mayo de 1999 [RJ 1999/3106], por ejemplo).

gente del abogado en reclamación de cantidad al Fondo de Garantía Salarial–; 18 de febrero de 2005 (RJ 2005/1682) –resultan codemandados y responsables abogado y procurador por negligencia al omitir advertencia al cliente sobre el plazo a partir de la firmeza de la sentencia para pagar el precio aplazado evitando la resolución de la venta y la pérdida del inmueble–, entre otros fallos, permitiendo tomar en cuenta para su fijación la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado⁵⁵. En este sentido, la STS de 28 de enero de 2005 (RJ 2005/1830) al tratar del alcance de la responsabilidad civil del abogado, admite, en el caso enjuiciado, el daño moral por privación del derecho al recurso y declara que cabe fijar la cuantía atendiendo a la posibilidad de éxito del recurso frustrado, pero también admite, y es lo que interesa para este punto aquí tratado, que dicho criterio indemnizatorio no es el único ni necesario sino que existe la posibilidad de fundar la reparación del daño acudiendo a la doctrina denominada «pérdida de oportunidad» –cfr. FD segundo–.

A juicio de Martín Casals y Solé Feliu⁵⁶, las soluciones aportadas por la jurisprudencia se basan en una comprensión errónea de la doctrina francesa de la «perte d'une chance en matière contentieuse». Cuando los tribunales franceses aplican esa doctrina en el área procesal no parecen indemnizar un daño moral, ni la frustración que experimenta el cliente ante la pérdida de sus expectativas procesales, sino una «chance» económica que consiste en la probabilidad que tenía el cliente –valorada en términos económicos–, de obtener una sentencia favorable en caso de que el abogado hubiese actuado de forma diligente⁵⁷.

Más que nada, a mi juicio, esta doctrina de la «pérdida de oportunidad» donde realmente incide es en el respeto a un derecho fundamental: el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en

⁵⁵ La SAP-Barcelona de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005/115444), a la que ya he hecho referencia, dispone que también se acude a la doctrina del daño real, a la hora de fijar la indemnización por el daño causado como consecuencia de la negligencia imputable a un abogado o a un procurador, según la cual no cabe equiparar el daño producido a la pretensión deducida en la demanda, porque la obligación del abogado no es de resultado, sino de medios, se le exige que emplee su esfuerzo, conocimientos técnicos y diligencia necesarios para obtener ese resultado pretendido, y por ello el daño tendrá que acreditarse mediante el examen del asunto de que se trate, para ver las posibilidades de éxito que tenía –cfr. FD tercero–.

⁵⁶ Cfr. MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61/2003 –comentario a la STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002/9736)–, pp. 264 y 265.

⁵⁷ Como explican LE TOURNEAU, P. y CADIET, L.: *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, Dalloz, París, 2002, núm. 1423, p. 373, la cuantía de la indemnización no consiste en la suma que habría recibido si el recurso interpuesto se hubiera acogido favorablemente, porque no se puede reconstruir el pasado; no son las sumas codiciadas las que constituyen el daño sino únicamente la esperanza de ganarlas.

nuestra Constitución de 1978 –art. 24.1–, proscriptivo de la indefensión, que tendría la persona a la que la negligencia de su abogado o del procurador le impidiese obtener una resolución determinada y fundada en Derecho. No puede desconocerse que el acceso a la justicia es elemento esencial del contenido de la tutela judicial, consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desemboca en la decisión de un Juez⁵⁸.

Así la jurisprudencia al ocuparse de la doctrina de la «pérdida de oportunidad procesal» y la indemnización del daño moral ha prestado atención a este derecho fundamental. Resulta paradigmática la STS de 28 de enero de 1998 (RJ 1998/357) que admite que nadie puede prever con absoluta seguridad que una reclamación va a ser obtenida (*sic*), pero el profesional, con el incumplimiento culpable de su obligación, ha impedido la posibilidad de conseguirla, con lo que, además, ha vulnerado el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE –cfr. FD tercero⁵⁹–.

IV. EL CONTRATO DE ASISTENCIA MÉDICA O DE SERVICIOS MÉDICOS Y LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES

Es doctrina reiterada y sin fisuras del Tribunal Supremo –por todas, *vid.* FD primero de la STS de 27 de mayo de 2003 (RJ 2003/3929)– que la actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateo de medios ni esfuerzos. Como dice la STS de 22 de mayo de 1995 (RJ 1995/4089), que cita la de 16 de febrero de 1995 (RJ 1995/844), dado que la importancia de la salud humana así lo requiere y también lo impone, por lo que se incurre en responsabilidad, tanto contractual del artículo 1101 CC, como extracontractual del artículo 1902 CC.

Son no demasiado numerosas las sentencias que reconocen la posibilidad de indemnizar los daños morales derivados de este tipo de contrato de servicios médicos. A mi juicio, el «consumidor o

⁵⁸ Acceso o entrada en el que funciona con toda su intensidad el principio *pro actione*. Cfr. STC 37/1995, de 7 de febrero (RTC 1995/37) y STC 107/2005, de 9 de mayo (RTC 2005/107).

⁵⁹ Tesis suscrita por la STS de 28 de enero de 2005 (RJ 2005/1830) –FD segundo–. Equiparan la privación del derecho a acceder a los recursos y la pérdida de oportunidad de la defensa a la privación del derecho a la tutela judicial efectiva, por ejemplo, la STS de 25 de junio de 1998 (RJ 1998/5013) –FD primero–, y también insiste en esta tesis la SAP-Barcelona de 21 de marzo de 2005 (JUR 2005/115444) –FD tercero–.

usuario» debería reclamar, al mismo tiempo que demanda la reparación del perjuicio patrimonial, el daño no patrimonial, inmaterial o moral, porque, precisamente en este ámbito, sanitario, es donde mayor justificación puede tener ese tipo de reparación. Además, la tendencia debe ser el logro de «un resarcimiento del daño lo más completo posible», como ha venido reconociendo la Jurisprudencia reiteradamente⁶⁰.

El remedio consistente en la reparación del daño moral debería ser habitual, siempre que resulte suficientemente justificado, en los supuestos de apreciación de la responsabilidad de los profesionales sanitarios. No en vano su actuación debe regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, que, como explican las SSTS de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990/668) y 29 de junio de 1990 (RJ 1990/4945), indica que los médicos deben actuar «en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional»⁶¹. No se puede ignorar que la extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de la «reparación integral» de ahí que ésta afecte con carácter general a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente evaluables, como el daño emergente o el lucro cesante, sino también a aquellos perjuicios de otra índole como son las secuelas, el daño moral y con carácter más general el *pretium doloris* que comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos sufridos por los perjudicados⁶². *Lex artis ad hoc* que

⁶⁰ Cfr. SSTS de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997/1240) –FD segundo– y STS de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993/771) –FD segundo, *in fine*–, por poner algunos ejemplos

⁶¹ Las notas que caracterizan esta *lex artis ad hoc*, según la Jurisprudencia, son las siguientes: 1) como tal *lex* implica una regla de medición a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto a ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la *lex* es un profesional de la medicina; 4) el objeto sobre el que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); y 5): corrección de cada acto médico o presupuesto *ad hoc*: tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha *lex artis*; así como en toda profesión rige una *lex artis* que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa *lex*, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán, en un sentido o en otro, los factores antes vistos. Cfr. SSTS de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991/2209) y de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004/1668).

⁶² Cfr. SAP-Barcelona de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/117231) –FD quinto– que defiende esa doctrina en un supuesto, precisamente, de responsabilidad de profesionales sanitarios.

sobrepasa la medida o patrón de la culpa como delimitada por la diligencia de un «buen padre de familia» –STS de 6 de junio de 1997 (RJ 1997/4610)–.

Considero que el recurso a la responsabilidad extracontractual como consecuencia de fallos, incumplimientos o defectuosos cumplimientos médicos resulta excesivo toda vez que estamos ante una clase de contrato, por muy especial que éste sea, que es el de servicios, obligación de actividad, o, en su caso, de obra, obligación de resultado, por lo que sería conveniente que los Tribunales recurriesen más a menudo a la responsabilidad contractual⁶³. Tal vez por eso se acude con frecuencia a la consideración de que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y al mismo tiempo del deber general de no dañar a otro –*alterum non laedere* o *neminem laedere*– hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concreto de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos, y todo ello a favor de la víctima, y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible –cfr. SSTs de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7307), de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997/1240), de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998/2934), y, entre la Jurisprudencia «menor», destaco la SAP-León de 30 de junio de 2004 (AC 2005/64)⁶⁴–. Aunque, como observa Asua González, estableciéndose en nuestro ordenamiento dos regímenes de responsabilidad cuya intervención viene determinada por el hecho de que la conducta dañosa se configure o no como defectuoso cumplimiento de una relación obligatoria previa, parece, según la autora, difícilmente admisible que si el daño es contractual pueda serlo a la vez extracontractual o viceversa. Estaría de acuerdo con esta fundada opinión si la determinación por los Tribunales del tipo de responsabilidad fuese más clara y precisa, sobre todo, en estas cuestiones relacionadas con la calificación

⁶³ Adviértase que la consideración de la responsabilidad como contractual o extracontractual no resulta irrelevante, sobre todo si recordamos el diferente plazo de prescripción de las respectivas acciones, catorce años separan uno y otro plazo: quinquenal para la responsabilidad contractual –art. 1964 CC– anual para la extracontractual –art. 1968.2 CC–. Más acorde a una mejor «tutela judicial efectiva», sin duda el plazo de quince años de la responsabilidad contractual –cfr. at. 24 CE, proscriptivo de la indefensión–.

⁶⁴ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., se refiere a la «progresiva difuminación de los criterios de distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual», en: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 25-29.

de la responsabilidad derivada de las actuaciones de los profesionales sanitarios⁶⁵.

En ocasiones se discute si la responsabilidad médica es, en un caso determinado, contractual o extracontractual. En este sentido, destaco la STS de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003/914). Que terminó por reconocer la responsabilidad del médico, médica ginecóloga, en el caso de autos, por la parálisis cerebral en un recién nacido provocada por sufrimiento fetal agudo. También se han indemnizado los daños morales. Se infiere del FD cuarto que la responsabilidad civil debe ser la contractual del arrendamiento de servicios, y no se estimó por parte del centro médico una hipotética culpa *in vigilando* o *in eligendo*⁶⁶.

⁶⁵ Vid., ASUA GONZÁLEZ, C. I., al estudiar la «Responsabilidad civil médica», en el *Tratado de Responsabilidad Civil* (COORD. REGLERO CAMPOS, L. F., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p. 1048).

Obsérvese la declaración de la STS de 27 de mayo de 2003 (RJ 2003/3929): «La actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa... dado que la salud humana así lo requiere y también lo impone, por lo que se incurre en responsabilidad, tanto contractual del artículo 1101 CC, como extracontractual del 1902» –cfr. FD primero–.

⁶⁶ Obsérvese que cuando estamos ante supuestos de responsabilidad médica y es extracontractual, se pone a cargo de los centros hospitalarios (o de sus propietarios) o del Estado, del INSALUD, por ejemplo, la responsabilidad dimanante de la defectuosa prestación de los servicios sanitarios. Se trata de la responsabilidad del empresario –art. 1903, párrafo 4.º, CC–, de marcado carácter objetivo, y fundada en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, esto es, negligencia en el control y elección de los dependientes, la cual, como regla general, es directa y solidaria con la del propio causante del daño –cfr. SAP-Guipúzcoa de 4 de mayo de 2005–. Aunque no referida a un caso de responsabilidad médica, la STS de 21 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6188) ha reconocido que la obligación de reparar el daño, en los supuestos de responsabilidad del empresario –piénsese en los casos que se analizan, en los centros médicos, el INSALUD...– se basa en una presunción de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, o incluso en la creación de un riesgo, requiriendo solamente que exista una relación jerárquica o de dependencia, más o menos intensa, entre el ejecutor causante del daño –en los supuestos analizados, del médico o profesional sanitario– y la empresa o entidad a quien se exige la responsabilidad, porque el que recibe la utilidad de la gestión tiene que responder civilmente de la acción u omisión en que el agente pueda incurrir –cfr. FD segundo–. En este mismo sentido: cfr. STS de 10 de mayo de 1986 (RJ 1986/2678).

En relación a las posturas adoptadas por la jurisprudencia, *vid.*, DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Últimos criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil derivada de la asistencia médico-sanitaria», *Aranzadi Civil*, 1996, vol. III, pp. 161 ss. (BIB 1996/52).

Nótese que el Tribunal Supremo viene declarando reiteradamente que la circunstancia de que el perjudicado pueda entablar su reclamación directamente contra el empresario no significa que no esté en libertad de demandar únicamente, si lo desea, al empleado causante del daño. Así, la STS de 1 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9170) que recayó como consecuencia de la demanda formulada por un paciente contra un médico de la Seguridad Social –por lesiones consecuencia de las dosis excesivas de radioterapia–, alegándose la negligencia del médico en su actuación profesional. La sentencia proclama que el artículo 1903 CC no es incompatible con el artículo 1902 CC, de modo que la actora pudo haberse dirigido también contra la Seguridad Social, como personalidad que usaba los servicios del médico, pero nada le impedía que se dirigiera únicamente contra éste, como uno de los responsables solidarios –(SSTS de 30 de enero de 1986 [RJ 1986/339], 7 de febrero de 1986 [RJ 1986/446], 17 de febrero de 1986 [RJ 1986/685], 2 de abril de 1986 [RJ 1986/1788] y 2 de febrero de 1987 [RJ 1987/673]), entre otras–, porque fue él quien, con su conducta negligente en la aplicación de sesiones radioterápicas, incurrió en la base de la culpa extracontractual, al omitir un deber general y especial de cuidado que le afecta-

Adviértase que la protección al «consumidor o usuario» de los servicios sanitarios se observa con claridad en la STS de 18 de junio de 1998 (RJ 1998/5290), en un caso de culpa contractual, con condena al Institut Català de la Salut con base en el artículo 1101 CC, sentencia que declara aplicables a este supuesto los artículos 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, «en cuanto el paciente era consumidor (art. 1), utilizó unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (arts. 25 y ss.)» –cfr. FD tercero, *in fine*⁶⁷–. Como reconoce Asua González el fin de la conspiración de silencio en nuestros tribunales ha existido en torno a la inclusión de los servicios sanitarios en el régimen, considerado objetivo, del artículo 28.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y concluye que esta circunstancia determina una cada vez más frecuente invocación de este precepto junto o en lugar de los tradicionales fundamentos de responsabilidad contractual y extracontractual del Código Civil⁶⁸.

ba y que concurrió decisivamente al resultado –cfr. FD tercero–. En suma, como concluye De Ángel YAGÜEZ, el perjudicado puede demandar sólo al empresario, sólo al empleado causante del daño o a ambos a la vez.

Vid., Ángel YAGÜEZ, R. De, comentario al artículo 1903 CC, en: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2003-2034.

Nótese que la STS de 22 de junio de 1988 (RJ 1988/5124) falla contra el INSALUD, siendo demandada asimismo una enfermera; si bien ésta fue absuelta a pesar de ser la autora material del hecho dañoso y la STS de 12 de julio de 1988 (RJ 1988/5991) también se demandó al INSALUD, por asistencia médica defectuosa, pero se aplicó el párrafo 4 y no el párrafo 5 –referido a la responsabilidad del Estado, antes de la reforma operada por la Ley 1/1991, de 7 de enero–, del artículo 1903 CC. Esto es, se puso en juego la doctrina de la responsabilidad del empresario.

⁶⁷ Es importante para este trabajo, relacionado con la responsabilidad contractual, destacar que esta sentencia asumiendo, a la postre, la siguiente advertencia del Juzgado: el «ensanchamiento de la fuente de la responsabilidad contractual» –cfr. FD segundo–.

La sentencia se remite, en el caso de autos, a la legislación protectora de los consumidores y usuarios que, insisto, se ocupa, aunque con generalidad, de esta cuestión, así, el artículo 28.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al regular las *Garantías y Responsabilidades* en el capítulo VIII, reconoce sometidos a este régimen de responsabilidad los «servicios sanitarios». No podemos olvidar, tampoco, que la disposición adicional primera de la citada Ley, en relación con las cláusulas abusivas y en el apartado II, dedicado a la enumeración de cláusulas que pueden implicar una «privación de los derechos básicos del consumidor», se refiere, núm. 10, a «La exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato por los daños o por la muerte o lesiones causadas al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél...». Lo que perfectamente es trasladable a los daños derivados de un mal o defectuoso cumplimiento de las obligaciones de los profesionales sanitarios. Y entre esos «daños» se podrían incluir los morales.

Se remite a los indicados preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, la STS de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004/1668), en un supuesto, también de responsabilidad sanitaria –cfr. FD cuarto–.

⁶⁸ *Vid.*, ASUA GONZÁLEZ, C. I., *op. cit.*, p. 1032.

En efecto, la aplicación de la normativa de defensa de los consumidores en cuestiones de servicios sanitarios resulta procedente, y así lo ha entendido la Sala de Casación Civil y

En este trabajo estudio el daño moral derivado del contrato. Entonces, el primer inconveniente que se plantea es la localización de dicho daño moral en los fallos que se refieran únicamente a la responsabilidad contractual derivada del contrato de servicios médicos o, en su caso, de obra, y esto es así debido a la cantidad de resoluciones que aprecian la responsabilidad contractual, extracontractual o bien se refieren al supuesto mixto de la unidad de la culpa civil o la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual. Así, si entre el dañado y el responsable existe una relación obligatoria es posible plantear la reclamación con fundamento contractual y el fundamento será necesariamente extracontractual cuando se pretenda la reparación de quien no es parte de la relación obligatoria cuyo objeto es la prestación de servicios sanitarios. Ahora bien, son muchos los casos resueltos acudiendo a la yuxtaposición de responsabilidades⁶⁹. En este sentido, destaco la STS de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8057). En el caso enjuiciado resultó que el facultativo al no advertir la existencia de un cuerpo extraño intraocular y hacer así imposible el tratamiento adecuado provoca la pérdida de la visión del paciente, se responsabiliza, entonces, al médico solidariamente con la entidad aseguradora para la que trabajaba. Se trató, en el caso de autos, de un supuesto de yuxtaposición de culpas: la contractual (referida a la relación aseguradora-asegurado) y la extracontractual, en relación a la actuación del médico en su tratamiento al enfermo, habida cuenta de que «en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada a un paciente concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual (SSTS de 7 de febrero de 1990 [RJ 1990/668] y 22 de febrero de 1991 [RJ 1991/1587]) actuando la extracontractual para completar la contractual (SSTS de 11 de

con especial referencia al artículo 28.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y, además de la ya citada STS de 18 de junio de 1998 (RJ 1998/5290), pueden confrontarse: SSTS de 1 de julio de 1997 (RJ 1997/5471), de 21 de julio de 1997 (RJ 1997/5523), de 9 de junio de 1998 (RJ 1998/3717), de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9427), de 24 de noviembre de 1999 (RJ 1999/7272), 19 de junio de 2001 (RJ 2001/4974), de 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10404), de 30 de enero de 2003 (RJ 2003/931), de 31 de enero de 2003 (RJ 2003/646), de 18 de marzo de 2004 (RJ 2004/1823), de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7238), entre otras.

⁶⁹ La determinación de cuándo y respecto de quién existe la aludida relación obligatoria es algo que se habrá de realizar a la vista del caso concreto –como estima ASUA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 1040 y 1041–: Si una persona contrata con el titular de un centro hospitalario, la eventual reclamación contra el mismo podría ser contractual, pero tendría obviamente que ser extracontractual la que se dirigiera contra el profesional sanitario al servicio del centro y causante del daño. Si, por el contrario, se contrata con el médico que conduce al paciente a una clínica, la fundamentación de la demanda contra el médico causante del daño podría ser contractual mientras que, si procediera, tendría que ser extracontractual la reclamación contra la clínica.

marzo y 8 de julio de 1996 [RJ 1996/2415 y RJ 1996/5663])» –cfr. FD quinto–.

He defendido la importancia de la reparación del daño moral que puede resultar del contrato de servicios médicos; tal vez, precisando un poco más, aún se justificaría más cuando estamos ante lo que la jurisprudencia ha venido conceptuando como medicina voluntaria, que hace que lo que habitualmente es una obligación de medios, de actividad, un contrato de arrendamiento de servicios se transforme en una obligación de resultado, en un contrato de obra o de arrendamiento de obra, sin perjuicio de defender también la exigencia de reparación de los daños morales en los supuestos de obligación de medios; pero, insisto, con mayor razón en el caso de la medicina voluntaria, que puede enmarcarse en el contrato de obra más que en el de servicios. No en vano, los Tribunales insisten en que dicho arrendamiento de obra «propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que si no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada» (cfr. SSTS de 25 de abril de 1994 [RJ 1994/3073] –FD tercero–, 2 de diciembre de 1997 [RJ 1997/8964] –FD tercero *in fine*⁷⁰–, de 11 de mayo de 2001 [RJ 2001/6197] –FD sexto–, entre otras)⁷¹.

⁷⁰ El supuesto de autos –STS de 2 de diciembre de 1997– se calificó de perteneciente a la medicina «voluntaria», en efecto, lo solicitado por la paciente era un alargamiento de piernas «alargamiento tibial» ya que la paciente, por entonces de 16 años de edad, «deseaba alcanzar, cuando menos la estatura de su madre». Se estima la responsabilidad médica y se condena, solidariamente al INSALUD y al Hospital General de Asturias. Considero que, en este caso, se ha perdido la ocasión de reclamar los daños morales.

⁷¹ En relación con la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, destaco el importante estudio realizado por JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios y de resultados», *Anuario de Derecho Civil*, 1991-I, pp. 5 ss.

Nótese que la sentencia que marcó el comienzo de considerar generalizada la obligación de medios y no de resultado en cuanto a la actividad derivada de la prestación médica y sanitaria en general ha sido la STS de 26 de mayo de 1986 (RJ 1986/2824) que, en relación con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, estimó que «no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado) sino una “obligación de medios”, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica» –cfr. FD tercero–. Con gran precisión realiza la distinción, y reconduce la obligación de actividad o de medios, a la medicina «curativa» al contrato de servicios y la obligación de resultado, en la medicina «voluntaria» o «satisfactiva», al contrato de obra, la STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197) de la que se infiere que si las obligaciones médicas se encuadran en una medicina curativa, es decir, en los supuestos en los que una persona acude al facultativo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en cuyo caso, el contrato que lo liga con el paciente cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios –contrato de servicios médicos, diría yo–; en aquellos otros supuestos en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, se acude al médico para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como el supuesto que estudia el caso de autos –concepción de hijo tras operación de vasectomía–, para la transformación de una actividad biológica –la actividad sexual–, de forma tal que permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de

Nótese que últimamente la jurisprudencia ha venido calificando la obligación del médico en la medicina voluntaria de obligación de medio acentuada o intensificada, por cuanto si bien no se garantiza el resultado, por el componente aleatorio inherente a toda actuación médica, debe partirse de una «cierta garantía» en su obtención, pues de lo contrario el «cliente», que ya no paciente, no se sometería a la actuación médica, siendo especialmente relevante en estos casos la exigencia de una información rigurosa y exhaustiva sobre todos los riesgos y alternativas de la intervención e incluso de la eventualidad de un mal resultado –en este sentido se ha pronunciado la STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197) –FD sexto⁷²–. Esa exigencia de una información rigurosa se realiza a través del denominado «consentimiento informado» que, como reconoce la STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197), constituye un derecho humano fundamental reconocido en los textos internacionales de derechos humanos y en el Derecho interno español, en concreto en el artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que declara que: «Todos tienen los siguientes derechos respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: ... 5. A que se le dé en términos comprensibles a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal

arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue –cfr. FD sexto–. Distingue entre las categorías de obligación de medios y de resultado y la obligación de eficacia, FERNÁNDEZ COSTALES, J., en: *La Responsabilidad Civil Sanitaria (Médica y de Enfermería)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1995, pp. 69 ss. Ya que me he referido a las dos primeras, veamos lo que califica este autor como «obligación de eficacia»: la considera derivada de la *lex artis ad hoc* y que está compuesta por los deberes profesionales de poseer los conocimientos técnicos necesarios en función de la especialidad que desarrolla el médico, así como el deber de continuidad del tratamiento, es decir, la vigilancia posterior al mismo derivada de la evolución del paciente. Cfr., el artículo 7 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, que somete el funcionamiento del Sistema de Salud, entre otros, al principio de eficacia. A mi juicio, pueden encuadrarse dentro de este supuesto, por ejemplo, los casos resueltos por las siguientes sentencias: STS de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994/7465), si bien en un caso de responsabilidad extracontractual de la clínica y del INSALUD, por resultar acreditado la «escasez de medios» que de hecho obligó al traslado del menor intervenido a otro centro médico-quirúrgico y ello «evidentemente supone la falta de adecuación del establecimiento para esta clase de operaciones»; por otra parte, la STS de 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004/5890) en un caso de responsabilidad de profesionales sanitarios, estimó la existencia de responsabilidad con error en el diagnóstico por la *no realización de todas las comprobaciones necesarias, atendiendo al estado de la técnica*.

⁷² Cfr., en este sentido, la SAP-Barcelona de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/117231) –FD tercero–.

En esta línea, de asociar la medicina «voluntaria», con un mayor rigor en la exigencia de consentimiento informado, se pronuncia la SAP-Valencia de 27 de diciembre de 2004 (AC 2005/288) cuando concluye, haciendo suya la doctrina de la STS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10164), que en los casos próximos a la medicina «voluntaria», el deber de información es inexcusable como comprendido en las reglas de la *lex artis ad hoc* –cfr. FD tercero–.

y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento»⁷³.

Adviértase que, la posible indemnización del daño moral derivado de esa falta de consentimiento informado adquiere en la medicina voluntaria mayor relevancia que en la medicina curativa. Así ha manifestado la Jurisprudencia, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que: «En el caso de la medicina satisfactiva, la obligación de informar y el consentimiento del paciente adquieren perfiles propios» –STS de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/7799)– y que «... esta Sala observa que en la medicina satisfactiva los perfiles con que se presenta la prueba del consentimiento adquieren peculiar relieve en la medida en que esta medicina es por definición voluntaria» –STS de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005/4902)–.

Destaco los supuestos en que la falta de una adecuada información o la falta del mencionado consentimiento informado pueden, o deberían, ocasionar la procedencia de la reparación del daño moral, sobre todo nos encontramos con numerosos fallos jurisprudenciales que resuelven casos de nacimientos de hijos no deseados o de hijos con deficiencias... Es entonces cuando se acude a la conocida doctrina que no es nueva en la jurisprudencia española y que estudia los supuestos conocidos con la expresión inglesa de *wrongful conception* y, en ocasiones, también con la *wrongful pregnancy*, que designa aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas.

Distintos de los supuestos anteriores son los casos de nacimientos de con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. En tales casos, si quien ejercita la acción es la madre se

⁷³ RUBIO TORRANO, E. –en «Derechos fundamentales y consentimiento informado», *Aranzadi Civil*. Parte Tribuna, núm. 19/2001 (BIB 2002/7)– estima que si el deber de informar es uno más de los que componen la *lex artis*, el artículo 1258 CC, por ejemplo, ofrece base suficiente para una condena.

También se refiere a este «derecho humano» y constitucional la STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3). Cfr. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966; el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, y la Carta 2000/CE 364/01, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 3 señala que: «1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley».

habla de *wrongful birth*, y de *wrongful life*, si quien lo hace es el propio hijo⁷⁴.

Se refiere al primer caso: *wrongful conception* o *wrongful pregnancy* el recurso resuelto por la STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197) –cfr. FD sexto, al principio–, se había producido el nacimiento de un hijo tras la operación de vasectomía y se habían reclamado los daños morales por el nacimiento del cuarto hijo no deseado además de los perjuicios económicos; si bien se desestimó la demanda contra la demandada que practicó la vasectomía al actor, sin resultado positivo, con nacimiento de un nuevo hijo; tanto el Juzgado como la Audiencia y el Tribunal Supremo consideran que sí ha habido el correspondiente deber de información frente a la conducta del propio demandante desoyendo las instrucciones del post-operatorio⁷⁵. Sin embargo, en un supuesto similar,

⁷⁴ En este sentido, destaco la SAP-Las Palmas de 25 de enero de 2005 (AC 2005/339), en el caso que enjuicia, ante la falta de información adecuada a la paciente con descarte unilateral por el médico de amniocentesis que hubiera revelado la cromosomopatía y le hubiera permitido optar por la interrupción legal del embarazo, se ha producido, como resultado final, el nacimiento del niño con gravísimas secuelas y malformaciones. Por lo que resultaron condenados, el médico y la entidad médica: Técnicas y Diagnósticos, S. L. Se acude a las denominadas acciones: *wrongful birth* –formulada por los padres contra el facultativo– y *wrongful life* –quien la ejercita es el propio hijo–. En la primera –acción de *wrongful birth*–, se aduce, como fundamento de la pretensión articulada por los progenitores demandantes, que la falta de detección o, en su caso, de información sobre la eventualidad de una concepción o nacimiento de su hijo con enfermedad congénita les despojó de la opción de tomar una decisión informada y, por ello, libre sobre la posible interrupción o no del embarazo en curso. En la segunda –acción de *wrongful life*–, el hijo actor arguye que no habría nacido soportando los padecimientos propios de su patología, si no hubiera habido, con conexión causal, un dictamen médico desacertado.

⁷⁵ En efecto, «el actor mantuvo relaciones sexuales con su esposa en el período postoperatorio en el que todavía no era apto para realizar el acto sin adoptar ningún medio anticonceptivo, al tener constancia de los análisis que le habían realizado que todavía tenía espermatozoides vivos y que por tanto no podía reanudar su vida matrimonial de forma normal» –FD tercero–.

Vid., RUBIO TORRANO, E., «Derechos fundamentales y consentimiento informado», *Aranzadi Civil*, Parte Tribuna, núm. 19/2001 (BIB 2002/7). Cfr., también PARRA LUCÁN, M.^a A., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Civil*, Parte Estudio, núm. 2/2003 (BIB 2003/284).

La STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3073) resuelve otro supuesto de procedencia de responsabilidad después de una operación de vasectomía, se produce una negligencia del profesional derivada del incumplimiento de informar al cliente de lo necesario para evitar que la reanudación de su vida matrimonial en forma normal condujera al embarazo de su esposa. Se aprecia que entre la omisión del deber de información y el posterior embarazo de la esposa del actor, existe nexo de causalidad suficiente «creyendo ser ya estéril y desconociendo la reversibilidad de su estado, comenzó a hacer vida marital normal, sin adoptar ningún tipo de precaución que tendiera a evitar la concepción». Nótese que la sentencia, en el FD cuarto, declara que no deja de resultar insólito que, ante el fracaso de la intervención a que voluntariamente se sometió solicite y se le otorgue no, desde luego, como indemnización por daños morales, sino como ayuda a la alimentación y crianza de los hijos, una cantidad que iguala, cuando no supera, a la concedida en caso de fallecimiento de los mismos.

En un supuesto análogo, de operación de vasectomía, la SAP-Valencia de 15 de abril de 2005 (AC 2005/942) se resuelve el caso en el que en el consentimiento informado no se

sí se indemnizaron los daños morales a una mujer a la que no se informó de la posibilidad de volver a quedar embarazada tras una ligadura de trompas. Se trata de la STS (Contencioso-Administrativo) de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005/4902), se indemnizan los daños morales, «de especial relevancia en sus condiciones en cuanto era sabedora de que de su estado podía derivarse daños para su visión, circunstancia de incertidumbre y temor que por sí sola configura dicho daño moral» –FD sexto–. Se concluye que de esa falta de consentimiento informado, se ha derivado para la recurrente un daño moral, lo que determina que nos hallemos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria ⁷⁶.

Un caso de aplicación de la conocida en el Derecho americano como *wrongful life*, –acción que ejercita el propio hijo, aunque, en el caso de autos, tal vez empleando no demasiado afortunadamente aquella expresión: la que recurre es la que ha sido gestante– aparece resuelto por la STS de 6 de junio de 1997 (RJ 1997/4610), en el caso de autos, procede la responsabilidad médica ante el nacimiento de un niño con síndrome de Down, cuando había existido una falta de notificación a la madre del fracaso de la «amniocentesis» realizada en el plazo en que era legalmente posible la interrupción voluntaria del embarazo ⁷⁷. Se aprecia la negligencia del médico que no comunicó a tiempo dicha circunstancia y se declara la corresponsabilidad del Servicio Sanitario de que dependía. Se concluye en el FD tercero que «... aquí surge la figura conocida en el Derecho americano con el nombre de *wrongful life* –el niño que nace con taras, pero la única otra alternativa posible era que no hubiera nacido–; ahora bien, el daño derivado del referido dato no es patrimonial».

Desde luego que se conocen otros supuestos de reparación de daños morales derivados de la falta de consentimiento informado o de información suficiente distintos de estos que se han destacado, en el ámbito del nacimiento de hijos no deseados o de hijos

había hecho constar el riesgo o posibilidad de una recanalización espontánea de los conductos deferentes que conllevó embarazo posterior. Se reclama del facultativo y de la entidad aseguradora el daño moral «constituido por los perjuicios derivados de la frustración de la decisión de no tener más hijos, así como la alteración emocional y anímica que ello ha generado en sus relaciones de pareja y familiares» –cfr. FFD primero y segundo–.

⁷⁶ Cfr., en este sentido: STS (Contencioso-Administrativo), de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/7799).

⁷⁷ Se acude al artículo 10.5 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, ya transcrito, en relación al «consentimiento informado» y al artículo 9 del Real Decreto 2409/1986, que regula los centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción del embarazo; dicho artículo 9 establece la obligación para los profesionales sanitarios de informar a las solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, con alguna excepción que no importa al caso.

con deficiencias o malformaciones. Así, por ejemplo la STS de 17 de octubre de 2001 (RJ 2001/8541) reconoce la actuación negligente del hospital demandado por sí mismo y por sus médicos como consecuencia del contagio de SIDA por transfusión sanguínea posterior a una cesárea, con incumplimiento del deber de información de los peligros y alternativas de la transfusión. Se indemnizan los daños y perjuicios y considero que deberían concretarse también la indemnización de los daños morales que, sin duda, se han producido.

Sí se declaró expresamente la reparación de los daños morales en la STS de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8126), en un supuesto de operación de estapedectomía con secuelas de pérdida total de audición del oído izquierdo. Se apreció la existencia de lo que denomina «consentimiento desinformado», por habersele privado al paciente de conocer de modo suficiente el alcance de su enfermedad y consecuencias de la operación practicada. Y declara que al tratarse de la responsabilidad médica cabe la yuxtaposición de los aspectos contractual y extracontractual; aunque en el caso que nos ocupa, señala, la relación se presenta más bien como propiamente contractual, al haber tenido la intervención en centro privado, lo que permite encuadrar la información médica omitida en el ámbito de la necesidad de actuar en forma acomodada a la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, por estar inserta en el pacto médico-enfermo –cfr. FD primero–. Se estimó la procedencia de la indemnización por daños patrimoniales, físicos y por daños morales causados.

Asimismo existió falta de información médica en el caso planteado por la STS de 22 de junio de 2004 (RJ 2004/3958). En una operación de reducción de mama para remediar dolores de espalda e inicial osteoporosis, se declara la responsabilidad médica, del médico cirujano, y se refiere al doble carácter de la obligación del demandado, de medios y resultados. Se consideró que se había incumplido la obligación de informar a la paciente de los riesgos de necrosis, como riesgo típico de la intervención. Se estimaron los daños morales por el patente resultado, verdaderamente catastrófico, de la intervención para una mujer casada y en edad fértil, puesto que además de no reducirle una de las mamas, la sí intervenida perdió por completo su zona areola-pezón y quedó con un aspecto totalmente deforme. Siendo indiscutible que ésta pasó por un trance prolongado en el tiempo y verdaderamente angustioso, con episodios tan crudos como presenciar la eliminación del tejido necrosado, y estando probado que el grado posible de reconstrucción de

la mama afectada nunca es total, la Sala entendió la procedencia de la indemnización por secuelas y daño moral –cfr. FD quinto⁷⁸–.

También se circunscribe en el ámbito de la denominada medicina voluntaria el caso resuelto por la SAP-Asturias de 7 de febrero de 2005 (JUR 2005/92204). La actora fue sometida a la operación estética de estiramiento cervice-facial, para reducir la papada bajo el cuello; operación que no ha dado el resultado previsto debido a la morfología de la paciente que dificultaba el éxito de la operación, lo que debió ser informado por el demandado. Por todo lo antedicho, se indemnizó el daño moral por el perjuicio estético sufrido. Me interesa destacar de este fallo jurisprudencial la observación que realiza el Tribunal, en relación a los supuestos calificados de medicina voluntaria, cuando considera que «la medicina voluntaria rigoriza la exigencia de la responsabilidad de la actuación médica cuando no se produce el resultado deseado y refuerza la exigencia y contenido del derecho de información que el paciente ha de recibir para dar su consentimiento pleno y consciente al acto médico quirúrgico al que se somete» –cfr. FD primero–. Esto también «refuerza» mi opinión de la más amplia resarcibilidad del daño, incluyendo la reparación de los daños morales, sobre todo, cuando estamos ante los casos de «medicina voluntaria», y que se agudiza, también en estos supuestos, el deber de información. Esta sentencia es un ejemplo más de la denominación poco afortunada de los fallos de Audiencias como de jurisprudencia «menor»⁷⁹.

Asimismo se estimó la existencia de responsabilidad *ex* artículos 1101 y 1104 CC, con la estimación de los daños morales, en la SAP-Madrid de 6 de abril de 2005 (JUR 2005/106736). Responsabilidad de la doctora al faltar un consentimiento informado debida-

⁷⁸ Por el contrario, también en un supuesto de reducción de mamas, resuelto por la SAP-Barcelona de 15 de junio de 2005 (JUR 2005/176329), sí se consideró la existencia de consentimiento informado: «... la información facilitada fue suficiente para que la paciente pudiera representarse los riesgos de la intervención y, en concreto, la posibilidad de una cicatrización antiestética». Y concluye esto después de aplicar la siguiente doctrina del Tribunal Supremo acerca del consentimiento informado y facilitada por la STS de 7 de marzo de 2000 (RJ 2000/1508) cuando estableció que «para que el consentimiento prestado sea eficaz es preciso que sea un consentimiento informado, es decir, que se preste con conocimiento de causa y para ello es preciso que se le hubiera comunicado cuáles eran las características de la intervención a que sería sometida, riesgos que conllevaba, alternativas...».

⁷⁹ En relación a otro caso de medicina voluntaria en el que, como reitera la jurisprudencia –cfr. STS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10164)–, el deber de información es inexcusable como comprendido en las reglas de la *lex artis ad hoc*, la SAP-Valencia de 27 de diciembre de 2004 (AC 2005/288), asume aquella doctrina y estima la responsabilidad médica por falta de la información conveniente, como consecuencia de una alopecia no mejorada, después de un microinjerto capilar, y sometimiento a posterior fotodepilación para paliar su mal resultado, ante una cicatriz de importante tamaño. Ha procedido, además, la indemnización de los daños morales –cfr. FFD tercero y quinto–.

mente. Se trató de una intervención en ambos ojos de cirugía refractiva mediante técnica lasik por la doctora demandada que precisó de una segunda intervención. Procedió la reparación de los daños y perjuicios de orden moral. Daños morales «derivados de las secuelas y dificultades para determinadas actividades del demandante», como las deportivas –cfr. FD quinto–.

Es el momento de referirme a otros casos jurisprudenciales, distintos de los derivados de la falta de consentimiento informado que ponen de relieve la importancia de la reparación del daño moral derivado del incumplimiento o defectuoso cumplimiento del contrato de servicios médicos o, en su caso, de obra, como se ha aclarado. Destaco un grupo, el representado por los daños morales derivados de un concreto servicio médico, el de los estomatólogos o de los odontólogos. Adviértase que la Ley 10/1986, de 17 de marzo –regula la profesión de odontólogo y la de otros profesionales relacionados con la salud dental– ha resuelto definitivamente el conflicto de funciones que afectaba a diversos profesionales que intervienen en materia de salud dental al distinguir entre tres categorías de profesionales: los odontólogos, los protésicos y los higienistas dentales⁸⁰.

En los casos a analizar se observará que nos encontramos no ante la regla general ya que, como se ha reiterado en numerosas sentencias –se ha comentado en este estudio–, la obligación del médico es una obligación de actividad (o de medios) en el sentido que debe prestar al paciente el cuidado correspondiente a su enfermedad, en los supuestos que veremos, estamos ante la excepción: cuando esa obligación de medios se transforma en obligación de resultado. Claro que estas afirmaciones han de hacerse con cautelas, ya que aunque la mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales consideran las obligaciones asumidas por los odontólogos y profesionales afines como de resultado, derivadas de un contrato de obra y encuadradas dentro de la llamada medicina «voluntaria», algunos fallos siguen una posición intermedia al admitir que se trata de un contrato de obra, con obligación de resultado, pero inducen a confusión cuando se refieren «a la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el caso de autos» Así ha ocurrido en el caso enjuiciado por la STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2711) –cfr. FD cuarto–, que a la postre consideró el

⁸⁰ Norma desarrollada por el Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, que concreta y define los conceptos de dichos profesionales.

En relación con estas cuestiones, *vid.*: BADENAS CARPIO, J. M., «La responsabilidad civil de los odontólogos, estomatólogos y protésicos dentales», *Aranzadi Civil*, 1996, vol. I. Parte Estudio, pp. 83 ss. (BIB 1996/20).

supuesto como de medicina voluntaria. Se trató de un supuesto de cirugía maxilofacial. En otros supuestos aun calificando la obligación del dentista como de medios y no de resultados, la SAP-Ciudad Real de 25 de octubre de 1995 (AC 1995/1828) estimó que existe responsabilidad del facultativo, pues «... siendo lo cierto que la actividad médica desplegada tenía un claro fin curativo limitándose la obligación del sanitario a poner los medios que la ciencia y la técnica médica aconsejan según el criterio de la llamada *lex artis ad hoc* (SSTS 2 de febrero de 1993 [RJ 1993/793 y RJ 1993/2545] o 5 de diciembre de 1994 [RJ 1994/9409]), siendo así que no se ha acreditado que se realizasen incorrectas maniobras en la extracción del premolar, pero no siendo menos cierto que *resulta evidente la existencia del resultado dañoso y la relación causa efecto entre la actividad médica desplegada y el daño causado...*» (la cursiva es mía) –cfr. FD segundo⁸¹–.

No faltan casos, aislados, que rechazan abiertamente que las obligaciones asumidas por este tipo de profesionales sanitarios sea de resultado y califican la obligación de medios y el contrato de servicios, como ha ocurrido en la STS de 4 de marzo de 1993 (RJ 1993/2001) en que, ante las secuelas producidas a consecuencia de una operación de extracción de las muelas del juicio, el Tribunal desestimó el recurso, absolviendo al demandado por entender que se trataba de una obligación de medios, no de resultados: «no habiéndose probado que los daños alegados se hayan causado por una técnica quirúrgica incorrecta, ni que se hubiera infringido la *lex artis*» cfr. FD segundo–.

Así es, si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente del contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay supuestos en que se trata de obligación de resultado en que el médico sí se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía, y se cita, también, entre ellos, los de odontología. Ahora bien, resulta peligroso o demasiado simplista, al menos en este tipo de medicina, establecer compartimentos estancos y colocar siempre la actividad desarrollada por los odontólogos en el ámbito de la medicina voluntaria,

⁸¹ Además, en el caso de autos, no se ha obtenido del paciente el necesario consentimiento con información previa de los riesgos que conlleva el acto médico.

Nótese que en este caso se condenó solidariamente al médico y a la entidad aseguradora y se encuadró el supuesto como de responsabilidad extracontractual, cuando bien se ha podido acudir a la responsabilidad contractual del médico.

como si de cualquier operación de cirugía estética se tratase. Así, distinguiría como medicina curativa y dentro del contrato de servicios con obligación de actividad (o de medios) aquellos casos de tratamiento de patologías dentales en general. En este sentido nótese que la Ley 10/1986, de 17 de marzo, al regular la profesión de los odontólogos y de otros profesionales relacionados con la salud dental, les asigna cometidos más amplios, incluso se refiere a las «actividades», nada dice de «resultados», que los simplemente estéticos, a saber: «Los odontólogos tienen capacidad profesional para realizar el conjunto de actividades de prevención, diagnóstico y de tratamiento relativas a las anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca, de los maxilares y de los tejidos anejos» (art. 1.2.º)⁸². Por el contrario, si la finalidad fuese meramente estética o incluyese el implante de prótesis, por ejemplo, parece lógico que se espere un resultado concreto, lo mismo que cuando se trata del blanqueado de dientes o sustitución de piezas imperfectas, empastes, extracción de dientes o muelas, entonces nos referiríamos a un contrato de obra, con obligación de resultado.

Sí se ha estimado como un contrato de obra, con obligación de resultado y de medicina voluntaria el caso enjuiciado por la STS de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990/668) que, tras referirse al contrato habitual de prestación de servicios, añade: «... salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias...» –cfr. FD cuarto⁸³–.

⁸² Además, insiste en la misma idea, el Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, que desarrolla la citada Ley 10/1986, al delimitar las actividades del odontólogo, señala que: «El odontólogo está capacitado para realizar el conjunto de actividades de prevención, diagnóstico y tratamiento de anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca...» (art. 1).

Por otra parte, las obligaciones de los profesionales denominados higienistas dentales –profesión «creada» por la Ley 10/1986– considero que bien puede encuadrarse dentro de las de medios o actividad, en un contrato que podría calificarse de servicios ya que, por lo que se infiere de la citada Ley, no parecen obligarse a ningún resultado concreto. En efecto, el artículo 3.1.º de dicha Ley determina como sus atribuciones: la recogida de datos, la realización de exámenes de salud y el consejo de medidas higiénicas y preventivas, individuales o colectivas y la colaboración en estudios epidemiológicos.

En relación a los protésicos dentales –advírtase que en su condición de «fabricantes» de productos sanitarios estarían sometidos, además, a la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos– sí podría admitirse que su obligación es de resultados, derivada de un contrato de obra, por muy curativa o, por el contrario, voluntaria que sea la medicina que realizan. Véase lo que dice el artículo 2.2 de la Ley 10/1986: «Los protésicos dentales tendrán plena capacidad y responsabilidad respecto de las prótesis que elaboren o suministren...»

⁸³ Lo que en definitiva –reconoce la sentencia en el mismo FD cuarto– conduce a que la actuación de los médicos deba regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional.

Cfr., con esta misma idea, la STS de 28 de junio de 1999 (RJ 1999/4894) –FD tercero–.

Nos encontramos, en fin, ante la denominada medicina voluntaria, no curativa, aunque en determinados casos, también la medicina voluntaria sea curativa –cfr., por ejemplo: STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2711), FD cuarto–, aquí la relación contractual médico-paciente deriva del contrato de obra, por el que una parte –el paciente– se obliga a pagar unos honorarios a la otra –médico– por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso⁸⁴.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, se calificó de contrato de obra, con obligación de resultado, del que derivó la consiguiente responsabilidad y se han indemnizado los daños morales, el supuesto enjuiciado por la STS de 28 de junio de 1999 (RJ 1999/4894). Que considero que en el supuesto de autos está sobradamente justificado su encaje en esa medicina «voluntaria», por tratarse de un tratamiento para saneamiento de la boca con colocación de prótesis, porque al implantar las citadas prótesis, indudablemente, se espera también un resultado... En el caso de autos se incumplió el resultado al que se había obligado el odontólogo: tratamiento odontológico para el saneamiento de la boca, con colocación de prótesis. Se nos proporciona la doctrina general, concerniente a la naturaleza jurídica que unía a demandante, paciente, y demandado, médico, al aclarar que la relación jurídica de demandante y demandado deriva del contrato de paciente y médico, consistente en un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis. Y califica el contrato: contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que como define el artículo 1544 CC, en relación con el artículo 1583 CC, es aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto. Se aprecia incumplimiento de la obligación de resultado que había contraído el médico en el contrato de obra, cuyo incumplimiento imputable al mismo produce la responsabilidad que consistirá, en el presente caso, en el cumplimiento por equivalencia, *id quod interest* que comprende la indemnización de los daños materiales y de los morales –cfr. FD cuarto⁸⁵–.

⁸⁴ Cfr. STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2711) –FD cuarto–.

⁸⁵ Al comentar esta sentencia, AGUILAR RUIZ señala que, en definitiva, viene este fallo a sumarse a una creciente corriente jurisprudencial que distingue dos regímenes de responsabilidad civil médica, en función de la clase de relación que una al facultativo con su paciente: la medicina *asistencial* y la medicina *satisfactiva*. Equiparándose la primera con el esquema del contrato de servicios, la responsabilidad del facultativo se desenvuelve en el ámbito de las obligaciones de simple actividad o de medios; esto es, adecuación a la *lex artis*; responsabilidad de carácter subjetivo (por culpa o negligencia); relación de causalidad adecuada y prueba a cargo de la víctima. Por el contrario, el ejercicio de la medici-

También se ha incumplido una obligación de resultado en el caso enjuiciado por la STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2711). Estamos ante un caso de medicina voluntaria, la relación contractual entre médico y paciente deriva de un contrato de obra. En el caso de autos se trató de una intervención quirúrgica, cirugía maxilofacial. Se apreció la responsabilidad del médico que le aconsejó y practicó la intervención quirúrgica y el Tribunal Supremo asume, con la sentencia de segunda instancia, dictada por la Audiencia Provincial, que se trata de una responsabilidad contractual, rechaza la alegación de prescripción y determina la culpa del proceder facultativo, cuantificando detalladamente los daños, aplicando para ello el artículo 1103 CC –cfr. FD segundo⁸⁶–.

En el ámbito de la responsabilidad médico sanitaria se acude con relativa frecuencia a la denominada «doctrina del resultado desproporcionado» o del resultado «enorme», y con relativa frecuencia en estos casos se indemnizan los daños morales. Aclara esta doctrina, la STS de 31 de enero de 2003 (RJ 2003/646), al señalar que la responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: de 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8816), 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9427), de 29 de junio de 1999 (RJ 1999/4895), 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999/8173). Se han indemnizado los daños morales –además exclusivamente dichos daños– en la STS de 30 de enero de 2003 (RJ 2003/931), que estimó la responsabilidad de

na satisfactiva, también denominada voluntaria –cerca al contrato de ejecución de obra– traerá consigo la asunción por el deudor de una obligación de resultado cuya no obtención origina, sin más, una responsabilidad «cuasi objetiva», de la que sólo podrá exonerarse mediante la prueba del caso fortuito *ex* artículo 1105 CC. Cfr., AGUILAR RUIZ, L., «Responsabilidad civil de odontólogos: un supuesto de incumplimiento contractual», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3/1999, pp. 175-180 (BIB 2000/488).

⁸⁶ También se ha responsabilizado a profesionales sanitarios relacionados con la salud dental en la SAP-Madrid de 19 de enero de 2004 (JUR 2004/251539) por incumplimiento de la *lex artis* en un tratamiento de implante dental. En el caso de autos resultó plenamente aplicable la doctrina de la yuxtaposición de culpas, según la cual cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro –*alterum non laedere* o *neminem laedere*–: hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual). Se indemnizaron los daños personales, materiales e inmateriales (morales). En relación a la prescripción de la acción no se ha aplicado el plazo de un año previsto en el artículo 1968.2 CC, sino el genérico de quince años contemplado en el artículo 1964 CC, para el ejercicio de las acciones personales –cfr. FD cuarto–. Por otra parte, en la SAP-Asturias de 24 de febrero de 2005 (JUR 2005/109159), se estimaron los daños morales. Se había extraído un diente equivocado y como consecuencia de ese error, debe ahora acometer el responsable la rehabilitación prostodóntica de esa arcada y se le condena al pago de las labores de rehabilitación más otra suma por el daño moral: «... configurando un daño moral compensable no necesitando de otra prueba directa de su existencia que la que resulta de la propia realidad de las cosas...» –cfr. FD tercero–.

un médico ginecólogo como consecuencia de la parálisis branquial obstétrica del brazo derecho en un recién nacido, provocada por arrancamiento de raíces nerviosas durante el parto. Como se ha señalado, se ha reclamado exclusivamente el daño moral sufrido por la madre y se modera la indemnización por el Tribunal de casación. Señala el Tribunal que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual) adoptada por el sistema judicial francés, que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción –cfr. FD segundo⁸⁷–.

⁸⁷ Con lo cual, esta doctrina no lleva a la objetivación de la responsabilidad sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño desproporcionado. A no ser, claro es, que tal autor, médico, pruebe que tal daño no deriva de su actuación, como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8938), reiterada por la de 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002/1004). Recientemente se ha acogido esta doctrina, y acudido a la jurisprudencia citada, por la SAP-Salamanca de 15 de abril de 2005 (AC 2005/1063). Sentencia que ha declarado la procedencia de la doctrina del resultado desproporcionado que incluye como excepción a la regla general en relación a la carga de la prueba, que, en otros casos, correspondería al actor, al paciente. En el caso enjuiciado, se trató de una intervención quirúrgica del demandante, intervenido por el demandado de una catarata en el ojo izquierdo mediante la técnica consistente en FACO+LIO, con el resultado de la aparición de una infección aguda conocida como «endofalmitis», tras ser dado de alta hospitalaria y que determinó la pérdida de visión en el referido ojo. Se admitió que ha habido omisión negligente por parte del médico en la puesta de medios de la *lex artis* para la curación o mejor tratamiento del paciente. Se afirmó la responsabilidad civil del demandado (médico). Ahora bien, la indemnización se ha fijado exclusivamente por la pérdida de la visión del ojo izquierdo, así como por el perjuicio estético de ella derivado. Aplicando el baremo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, Ley 30/1995, de tal manera que considera que no puede acogerse la pretensión del demandante de indemnización por daño moral: «al establecerse en el baremo, que el propio demandante admite como adecuado a los efectos de fijar la cuantía indemnizatoria, que en las indemnizaciones previstas en el mismo se consideran ya incluidos tales daños morales» –cfr. FD séptimo–.

Adviértase que la STS de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7238) –en un supuesto de responsabilidad médica derivada de un postoperatorio con tratamiento coronario agresivo e innecesario, productor de daños físicos y secuelas–, también ha recurrido a la técnica del resultado desproporcionado del que se deriva una responsabilidad civil médica que tiene como base la existencia de un evento dañoso de tal entidad y naturaleza ilógica que sólo puede deberse a una negligencia, tesis que está dirigida a paliar la nada fácil situación procesal que se da para determinar la existencia de una responsabilidad médica, y que tuvo, como ya se ha señalado, como base diversas teorías: la adoptada por el sistema francés de la *faute virtuelle*, la alemana de la «apariencia de prueba», la prueba de presunciones, del sistema judicial italiano, la valoración por el paciente de la relación de causalidad... Según esta sentencia –FD sexto– todo esto aparece reconocido en nuestro Derecho y dirigido a la responsabilidad de establecimientos sanitarios –como es el caso de autos– para el caso de una deficiente atención médica u hospitalaria, en el artículo 28-2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que habla de los «servicios sanitarios» y que en su apartado primero establece una responsabilidad que la doctrina mayoritaria considera claramente objetiva.

Insiste en esta misma teoría del resultado desproporcionado o enorme y precisa la doctrina sobre la carga de la prueba la STS de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004/1668) cuando proclama que en sede de responsabilidad médica, tanto contractual como extracontractual, la culpa así como la relación de causalidad entre el daño y el mal del paciente y la actuación médica, ha de probarla el paciente. Esta doctrina sobre la carga de la prueba se excepciona en dos supuestos, amén de cuando el propio Tribunal de instancia ya lo ha probado: 1.º Cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva el paciente es cliente y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de *locatio operis* (sentencias de 25 de abril de 1994 [RJ 1994/3073] y 11 de febrero de 1997 [RJ 1997/940]); y 2.º En aquellos casos en los que por circunstancias especiales acreditadas y probadas por la instancia el daño del paciente o es desproporcionado o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal, en los términos análogos a los de, entre varias, las sentencias de 29 de julio de 1994 (RJ 1994), 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8938) y 21 de julio de 1997 (RJ 1997/5523) (sentencia de 19 de febrero de 1998 [RJ 1998/634]) –cfr. FD segundo STS de 26 de marzo de 2004⁸⁸–.

V. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL DERIVADO DEL INCUMPLIMIENTO O DE LA MALA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES QUE CONSTITUYEN UN VIAJE COMBINADO

La Ley 21/1995, de 6 de julio, de Regulación de los viajes combinados (RCL 1995/1978) –en adelante: LVC–, no prevé la indemnización del daño moral, si bien se podría inferir del concepto

⁸⁸ Se trató de un caso de asistencia médico quirúrgica reparadora o perfectiva, como consecuencia de la caída de bicicleta del hijo de la demandante, no se indemnizaron los daños morales porque el Tribunal Supremo, que no casa la sentencia de la Audiencia, ha absuelto a los demandados: médicos e INSALUD. Para el Tribunal: el tratamiento fue el adecuado a las circunstancias del accidente sufrido por su hijo, sin que alcancen a poder considerar la posibilidad de resultado menos dañoso por una mayor rapidez en las intervenciones, que no se acredita en modo alguno como posible para evitar el que se produjo.

En este sentido, la STS de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003/914) en un supuesto de responsabilidad contractual de un médico ginecólogo como consecuencia de la parálisis cerebral en recién nacido provocada por sufrimiento fetal agudo, se incluyó la indemnización de daños morales. Se trató de un caso de daño «anormal o desproporcionado», que supone una excepción a que la carga de la prueba incumbe al paciente, y señala otra excepción: la situación de facilidad o disponibilidad probatoria –cfr. FD tercero–.

amplio de daño del artículo 11.2 que hace responder a los organizadores y detallistas de viajes combinados de los «daños sufridos por el consumidor», sin distinguir ni especificar, luego: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*⁸⁹.

Considero que ha sido una ocasión desperdiciada que a la hora de incorporar la Directiva 1990/314/CEE, de 13 de junio, Viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados (LCEur 1990/614), no se hubiese tenido en cuenta su artículo 5, apartado 2, párrafo cuarto: «Por lo que se refiere a los *daños que no sean corporales* que resulten del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones incluidas en el viaje combinado, los Estados miembros podrán admitir que se limite el resarcimiento en virtud del contrato. Dicha limitación será razonable» –la cursiva es mía– que claramente reconoce el resarcimiento del daño no patrimonial o moral y así ha sido interpretado, además, este apartado, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁹⁰, a través de la STJCE de 12 de marzo de 2002 (TJCE 2002/99), Simone Leitner (C-168/2000), apartado 11. Precisamente, en esta sentencia del caso Leitner, el Tribunal de Justicia ante la cuestión prejudicial planteada por el Landsgericht Linz (Austria), concluye, en su apartado 24 que procede responder a la cuestión planteada que «el artículo 5 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, en principio, confiere al consumidor un derecho a la reparación del perjuicio moral derivado del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones que constituyen un viaje combinado», «la Directiva reconoce de forma implícita la existencia de un derecho a la reparación de los daños que no sean corporales, por lo tanto, del perjuicio moral» –apartado 23 de la sentencia⁹¹–.

⁸⁹ Cfr. NIETO ALONSO, A., «Viajes, vacaciones y circuitos combinados. Los remedios frente al incumplimiento –las “vacaciones frustradas”– y los derechos de los consumidores y usuarios», *Actualidad Civil*, núm. 13, 2005, pp. 1541-1562.

MARTÍN CASALS, M., opina que el artículo 11 LVC incluye la reparación del daño moral, en: «La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado», *Revista General de Derecho*, 1999, núms. 658 y 659, pp. 9431 y 9432.

⁹⁰ Es importante destacar que, como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Luxemburgo): STJCE de 16 de julio de 1998 (TJCE 1998/178), Silhouette Internacional Schmied (C-355/96) –apartado 36–: si bien una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocada como tal, contra dicha persona, un órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretar las disposiciones del Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de una Directiva para alcanzar el resultado perseguido por ésta. Reitera esta doctrina la STJCE de 12 de marzo de 2002 (TJCE 2002/99), Simone Leitner (C-168/2000), apartado 11.

⁹¹ Vid. las conclusiones con la propuesta de respuesta al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en relación con la interpretación de la Directiva en punto a los daños morales, que realiza el Abogado General Sr. Antonio Tizzano, en el Asunto C-168/2000 (Simone Leitner contra TUI Deutschland GmbH & Co. KG): «El artículo 5 de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, debe interpretarse en el

Por otra parte, no se puede desconocer la tendencia a la protección de los consumidores y usuarios que se infiere de una rápida lectura del texto de la LVC y de la Directiva 1990/314/CEE. Y que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio, dispone en su artículo 2.1, entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios, y en el apartado c) «La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos» –sin distinguir ni especificar–.

Ha sido la Jurisprudencia recaída en este campo de los viajes combinados y vacaciones, como en muchas otras ocasiones, la que ha salvado esta laguna del Derecho positivo español y se puede ya hablar de la indemnización del «daño moral contractual» como consecuencia de unas vacaciones malgastadas⁹².

En efecto, son muchos los fallos jurisprudenciales que aprecian la indemnización de los daños morales derivados de los viajes o vacaciones, reflejo de un criterio aperturista en este campo y de la adopción de una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y a los ataques a los derechos de la personalidad, como reconoce la STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089) –FD segundo–. Sentencia que ante el problema concreto que se plantea de si la doctrina de la reparación de los daños morales es aplicable a la aflicción producida por un retraso en un transporte aéreo, después de señalar que evidentemente no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso de vuelo, admite que resulta incuestionable que debe repararse el daño moral derivado de aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad, como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna⁹³.

sentido de que debe considerarse al organizador y/o el detallista responsables también por los daños morales sufridos por el consumidor por la no ejecución o la mala ejecución del contrato de servicios combinados». Cfr. <http://curia.eu.int/es/index.htm>. Propuesta que ha sido tenida en cuenta por la STJCE Luxemburgo, de 12 de marzo de 2002 (TJCE 2002/99) –caso Leitner–.

⁹² Me refiero al daño moral contractual por ser consecuencia del incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de viaje combinado.

Trata de este «daño moral contractual» GARCÍA RUBIO, al estudiar el problema de las llamadas «vacaciones malgastadas», «*vacances gâchées*» de las que habla la doctrina y jurisprudencia francesa; «*mental distress*», la inglesa o de «*vacance rovinata*», la italiana. Vid., GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, Montecorvo, Madrid, 1999, pp. 220-235.

⁹³ En el caso de autos, don Jordi E. S. reclama contra la compañía aérea Trans World Airlines Incorporated (TWA), con fundamento en los daños materiales y morales sufridos

Esta sentencia, como ha vaticinado Espiau Espiau, ha sido objeto de cita frecuente, probablemente, por acoger un criterio jurisprudencial que admite o incluye el denominado «daño moral» en la responsabilidad contractual. La sentencia culmina un proceso de extensión o ampliación del ámbito de aplicación de la noción de «daño moral» que ha venido desarrollando el Tribunal Supremo a partir de la STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403). A juicio del autor, al comentar la STS de 2000, una situación de incumplimiento contractual ocasiona por regla general daños patrimoniales o materiales y puede ocasionar también daños morales o no patrimoniales, como consecuencia de la frustración o aflicción que el incumplimiento puede producir en el contratante perjudicado, máxime si, tratándose de un contrato bilateral, ese contratante ha cumplido ya sus compromisos⁹⁴.

La pérdida de maletas o equipajes o la demora en su entrega unido, en ocasiones, a un viaje de luna de miel producen, con frecuencia, la indemnización de este tipo de daños no patrimoniales. Además, puede declararse la compatibilidad de la indemnización por la pérdida de equipaje y daños morales, como ha ocurrido en la SAP-Baleares de 5 de mayo de 2004 (AC 2004/864), porque se extravía la maleta de la pareja en viaje de novios, que no se recupera hasta finalizado el viaje⁹⁵.

como consecuencia del retraso de ocho horas padecido por el vuelo TWA 900 que trasladó desde el aeropuerto John Fitzgerald Kennedy de Nueva York a Barcelona, previa escala en Lisboa, por las molestias, incomodidades y tensiones soportadas. Por lo tanto, en este caso se dan los tres requisitos. En primer lugar, el retraso fue totalmente injustificable porque obedeció al mero interés particular de la compañía aérea. No se debió a una de las muchas circunstancias (meteorológicas, seguridad, atribuibles a terceros, etc.) que pueden explicar una demora, sino a la propia conveniencia de TWA, de trasladar a Lisboa (donde había de hacer escala el vuelo Nueva York-Barcelona) un motor para un avión de la misma entidad que estaba averiado en la capital portuguesa. En segundo lugar, el retraso resultó importante (diez horas). Y en tercer lugar, se dio la situación de aflicción en la esfera psíquica. Y así, a la incertidumbre, incomodidad, falta de una explicación razonable de la demora, inquietud por regresar al domicilio después de un viaje de novios, preocupación por la pérdida de un día de trabajo, hay que añadir el haberse producido el hecho en un país extranjero y lejano y la situación de prepotencia contractual de la compañía. En este sentido, también, *vid.*: SAP-Cantabria de 14 de marzo de 2005 (JUR 2005/100527).

⁹⁴ *Vid.*, ESPIAU ESPIAU, S., comentario a la STS de 31 de mayo de 2000, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 54, núm. 1481, 2000, pp. 1282 y 1285. La STS de 9 de mayo de 1984, que se estudiará en otro apartado de este trabajo, ha sido comentada por IGARTUA ARREGUI, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 5, núm. 136, pp. 1631 ss.

⁹⁵ Se reclama por los esposos contra «Spanair, S. A.», ante el extravío de la maleta facturada con el billete del esposo y utilizada por ambos para transportar sus enseres, el extravío fue temporal; pero se prolongó durante todo el viaje de novios, circunstancias que impidieron el normal disfrute del viaje.

Nótese que se hace, normalmente, responsable a la compañía aérea en los casos de pérdida de maletas y si se impone la responsabilidad solidaria se hace sin perjuicio de la posterior repetición contra quien se considere responsable del extravío –art. 1145-2 CC– (cfr. SAP-Vizcaya de 10 de enero de 2001 [AC 2001/600]). Sin perjuicio de eximir de responsabilidad directamente al detallista y al organizador aplicando el artículo 11.2 d) LVC, ya que

Y no sólo por pérdida de equipajes⁹⁶ sino por otras contingencias se indemnizan los daños no patrimoniales, con la particularidad, ya destacada de, en ocasiones, tratarse de una luna de miel porque, como explica la SAP-LLEIDA de 12 de marzo de 1998 (AC 1998/356), no es lo mismo hacer un viaje de negocios en que el único perjuicio que se produce al viajero es una incomodidad, fácilmente valorable económicamente, por la diferencia de precios entre un alojamiento u otro, que un viaje de placer, y concretamente la luna de miel, que suele ser o al menos solía ser único en la vida, en donde se buscan lugares adecuados, para poder disfrutar de unos días agradables, y se ven frustradas sus esperanzas al tener que dedicar casi todo ese tiempo que pensaban disfrutar, en discusiones, gestiones, incomodidades, etc., por lo que más que el daño económico que se les haya producido, es un daño moral, y la pérdida de unas vacaciones que difícilmente pueden repetirse, pues la ocasión se produce generalmente una vez –cfr. FD tercero–. Como se observa, se toma en consideración la finalidad del viaje⁹⁷.

cesará su responsabilidad ante determinadas circunstancias, y para lo que aquí importa, la prevista en la letra d): «Que los defectos se deban a un acontecimiento que el detallista, o en su caso, el organizador, a pesar de haber puesto toda la diligencia necesaria, no podía prever ni superar». Precepto que aplicó la SAP-Valladolid de 1 de marzo de 2005 (AC 2005/554), ya que en el caso de autos se estimó que los acontecimientos acaecidos en las maletas de los actores consistentes en que estaban golpeadas y que presentaban los cierres forzados es algo que escapa de la responsabilidad de Viajes Barceló, que es un simple detallista.

También se indemnizaron daños morales por extravío de maletas «que al día de hoy no han aparecido» y se declaró la responsabilidad solidaria de la compañía aérea y la empresa organizadora mayorista, sin perjuicio de la repetición, en la SJPI-Palma de Mallorca de 30 de junio de 2004 (AC 2004/1811). La SAP-Madrid de 14 de mayo de 2004 (AC 2004/1542) ha tenido en cuenta para apreciar el daño moral, el importante retraso acumulado de siete horas, llegando el demandante, miembro de una misión comercial, sin equipaje a su destino, por lo que hubo de comprar ropa nueva y aunque recuperó la maleta al cabo de dos días, representan circunstancias que fácilmente hubieron de incidir de modo negativo sobre el estado de ánimo del demandante. También se condenó a una compañía aérea a la indemnización de daños morales ante el extravío temporal del equipaje, en la SAP-Alicante de 7 de octubre de 2004 (AC 2004/1995) por la necesidad de realizar una apresurada sustitución de ropas y demás artículos de primera necesidad y por la necesidad de tener que reiterar quejas y reclamaciones y dedicarse a la búsqueda y persecución de pertenencias en un tiempo de vacaciones navideñas, con el consiguiente agotamiento anímico. En un caso de retraso de equipaje: SAP-Madrid de 18 de febrero de 2005 (AC 2005/428). Se han indemnizado los daños morales por la desaparición de maleta y efectos con especial componente afectivo y frustración de la ilusión con la que se afrontó el viaje en la SAP-Baleares de 7 de marzo de 2005 (AC 2005/692). Cfr., también, la SJPI-Valencia de 24 de junio de 2005 (AC 2005/981).

⁹⁶ En otras ocasiones se indemniza por pérdida de otros objetos, como ha ocurrido en el caso resuelto por la SAP-Vizcaya de 25 de enero de 2005 (JUR 2005/79224), se estimó el daño moral por el retraso en la entrega de una silla de ruedas a una persona que padece minusvalía, silla que es elemento indispensable para la movilidad de un viajero, el Tribunal destaca que supone un incumplimiento relevante ya que no se trata de un simple equipaje, sino de un elemento indispensable, por lo que el supuesto excede con mucho de una mera molestia o incomodidad.

⁹⁷ Se apreció en el caso de autos la publicidad engañosa, al ofrecer a la pareja en viaje de luna de miel alojamiento en hotel inferior al ofrecido en el catálogo originándose,

Por no ser la finalidad del viaje la luna de miel en otros supuestos no se apreció el daño moral, como ha ocurrido en el caso resuelto por la SAP-Badajoz de 25 de octubre de 2004 (AC 2004/1858), en la que, a pesar de tratarse de un contrato de «paquete turístico» con prestación de un conjunto de múltiples servicios e incumplimiento general del programa, no se apreció el daño moral porque, según el FD cuarto: «No tratándose de un viaje de luna de miel, no ha lugar a la indemnización de daños morales, pues, en todo caso, los hoy apelantes no llegaron a ver tan frustradas sus expectativas ni llegaron a alcanzar tal grado de angustia y de ansiedad que nada más llegar a la Riviera Maya, se volvieron para su país de origen»⁹⁸.

Todo sin perjuicio de la estimación de daños morales por otras circunstancias, como la falta de información a los viajeros que les impide tomar la decisión de continuar o no el viaje⁹⁹; por pérdida de vuelos y de su importe, no imputables a los viajeros, derivándose los daños morales de la tensión, incertidumbre, incomodidad e inquietud...¹⁰⁰; por cancelación de vuelos que genera una aflicción o perturbación a quien acude a un aeropuerto y ve frustradas sus expectativas de viajar conforme a lo previsto por ella¹⁰¹; por la

además, incomodidades hasta su traslado. Asimismo, la SAP-Barcelona de 27 de junio de 2000 (JUR 2000/284377), en un caso de luna de miel, se estimó la responsabilidad solidaria de la agencia organizadora y la detallista, por la previsibilidad de que la zona se viese afectada por el huracán «Georges» y la falta de comunicación a los interesados de tal manera que se frustra el fin para el que contrataron el viaje, todo unido al hecho de que se trataba de su «luna de miel», que como dicen los apelantes no podrán volver a repetir –cfr. FD quinto–. Y la ya citada, por su importancia, STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089) apreció los daños morales por el retraso injustificado de un vuelo que produjo incomodidad, incertidumbre, inquietud por regresar al domicilio después de un viaje de novios... –cfr. FD segundo–.

También se estimó la indemnización de los daños morales por contratiempos que han impedido disfrutar plenamente de un viaje de bodas de plata, en la SAP-Baleares de 8 de febrero de 2002 (JUR 2002/100742) y en la SAP-Madrid de 11 de abril de 2005 (JUR 2005/111010), en un viaje por «bodas de plata», se indemnizaron los daños morales por el extravío de la maleta, que aunque con posterioridad se recuperó, se sustituye el disfrute del hotel y de sus instalaciones y el de los recorridos turísticos por la zona, por la realización de gestiones ante la compañía incumplidora y la realización de compras perfectamente inútiles si no se hubiera incumplido por la demandada.

⁹⁸ Sin embargo, aunque no se apreciaron los daños morales, sí se les reintegró a los viajeros la cantidad total abonada por tal viaje, al existir incumplimiento total, porque el viaje se contrató como un conjunto unitario no como una mera suma de prestaciones independientes –cfr. FD tercero–.

⁹⁹ Caso enjuiciado por la SAP-Madrid de 28 de junio de 2004 (AC 2004/1068), ya que en el viaje organizado por la demandada ha faltado información a los viajeros de la situación y características del terremoto en Turquía.

¹⁰⁰ Cfr. SAP-Madrid de 15 de junio de 2004 (JUR 2004/244852) indemnización de daños morales por las incomodidades que produjo a la demandante la imposibilidad de regresar a su domicilio cuando había previsto, precisamente al comienzo de las fiestas navideñas.

¹⁰¹ Cfr. SAP-Madrid de 16 de septiembre de 2004 (JUR 2004/299072).

preocupación por la pérdida de días de trabajo ¹⁰²; por la diferencia entre lo ofertado y los servicios en definitiva prestados ¹⁰³; por la angustia o el miedo padecidos, pues se había producido un retraso de vuelo con dos intentos de despegue abortados por pérdida de combustible del avión visible para los pasajeros y la pérdida de un día de vacaciones. Se indemnizan los daños morales por el miedo y el cuadro de ansiedad ¹⁰⁴; entre otras muchas circunstancias que ocasionan la estimación de los daños morales ¹⁰⁵.

En otro orden de preocupaciones, no puedo concluir este apartado sin hacer un breve *excursus* para referirme a los daños morales derivados de los supuestos de *overbooking* (vuelo excesivamente reservado o sobreventa) y consiguiente denegación de embarque. Nótese que la importancia del fenómeno hace que sea regulado por la Unión Europea por Reglamento del Consejo: Reglamento (CE) núm. 261/2004, de 1 de febrero, que establece normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y cancelación o gran retraso en los vuelos.

Si nos encontramos ante uno de estos casos, desde luego que acudiremos en primer lugar al citado Reglamento para averiguar los derechos que como viajeros o pasajeros nos corresponden. En este sentido el artículo 4 estudia, en general, las posibilidades que existen en los supuestos de *Denegación de embarque*, y esa es la rúbrica del artículo, el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo si prevé la posibilidad de denegar el embarque, pedirá que se presenten voluntarios que renuncien a sus reservas a cambio de determinados beneficios y recibirán asistencia de conformidad con el artículo 8: *Derecho al reembolso o a un transporte alternativo* (reembolso, vuelo de vuelta a punto de partida, conducción hasta el destino final en condiciones de transporte comparables...); si no hay suficientes voluntarios o no se presentan voluntarios, se deniega el embarque y en ese caso el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo deberá compensarles inmediatamente de conformidad con el artículo 7 (mediante la entrega de unas determinadas sumas de dinero, según los casos, que contempla el citado art. 7 intitulado:

¹⁰² Cfr. STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089), y en el mismo sentido se pronuncia la SAP-Barcelona de 19 de junio de 2002 (AC 2002/1248).

¹⁰³ Cfr. SAP-Valencia de 15 de marzo de 2005 (JUR 2005/107943).

¹⁰⁴ Cfr. SAP-Cantabria de 14 de marzo de 2005 (JUR 2005/100527) –FD cuarto–. En la indemnización se aplica, analógicamente, el baremo del seguro de accidentes de circulación.

¹⁰⁵ Como el supuesto de la pérdida de un equipaje con la connotación de tratarse del equipaje de un profesor invitado a impartir conferencias en el extranjero, por la merma de prestigio que hubiera podido derivarse de la situación vivida y la afectación que ello tuvo al inicio de su actividad docente en Trencin (Eslovaquia).

Derecho a compensación, y, además de dicha compensación, deberá prestarles asistencia de conformidad con los artículos 8 (ya reseñado) y 9: *Derecho a atención* (alojamiento en un hotel, en determinados supuestos, comida, refrescos, transporte entre el aeropuerto y el lugar de alojamiento, llamadas telefónicas, télex, fax, correos electrónicos...); pero además, existe la posibilidad que, también, a mayor abundamiento, nos indemnicen los daños morales.

En efecto, ha procedido la indemnización de los daños morales en casos de denegación de embarque por *overbooking*, por ejemplo, en la SAP-Asturias de 26 de noviembre de 2001 (AC 2002/542), se indemnizaron los daños morales ante la pérdida de un día de vacaciones que se debió a la práctica del *overbooking*¹⁰⁶; en la SAP-Las Palmas de 20 de enero de 2003 (JUR 2003/196075), ante un caso de viaje combinado e incumplimiento contractual por no haber sido embarcados en el vuelo por causa de *overbooking* con la consecuencia de la pérdida de un día de vacaciones, se indemnizaron los daños morales. En otro supuesto, y debido a que el daño moral es provocado a los demandantes por el hecho de haber tenido que retrasar un día sus vacaciones debido a la existencia de *overbooking*, se indemnizaron los daños morales: SAP-Madrid de 15 de marzo de 2005 (JUR 2005/108037). Obsérvese que es frecuente la indemnización de daño moral cuando por causa del *overbooking* se pierde algún día de vacaciones o éstas se retrasan.

VI. DAÑOS MORALES DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES –¿CONTRACTUALES?– INHERENTES A UN CONTRATO TAN PECULIAR COMO EL MATRIMONIO

Sorprende que, frente a la tendencia generalizada a aplicar «remedios frente al incumplimiento», en el ámbito propio del Derecho de familia el recurso a los remedios indemnizatorios es limitado, silencio roto por escasas voces doctrinales que se ocupan del tema y por, también, escasos pronunciamientos jurisprudenciales¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Destaco el FD segundo, *in fine*, de esta sentencia, cuando justifica la indemnización del daño moral señalando que la actuación de la compañía demandada abocó a la pérdida de un día en un período vacacional de nueve; a lo que añade el disgusto que tal situación provocó, el temor generado una vez producido el retraso en el vuelo de Asturias-Madrid, a perder, como así ocurrió, el enlace con el vuelo de Madrid a La Habana, el tránsito acelerado en el aeropuerto de Barajas para lograr tomar aquél, y finalmente las reclamaciones ante Iberia y, ante la actitud de ésta, el ejercicio de acciones judiciales.

¹⁰⁷ A la jurisprudencia haré referencia. En relación con la doctrina, sí plantea la cuestión FERRER I RIBA, J., con su interesante estudio «Relaciones familiares y límites del

En este trabajo se estudian los daños morales derivados del incumplimiento contractual. Pasa, pues, esta investigación por el análisis de la naturaleza del matrimonio, sin desconocer que los Tribunales se han referido, en determinados casos, al carácter contractual del matrimonio y de los deberes conyugales: «por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio» –STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726) [FD tercero]– y se han referido al matrimonio como: «un contrato tan peculiar como el matrimonio» –STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5901) [FD cuarto]¹⁰⁸–.

En relación a la opinión doctrinal acerca de la naturaleza del matrimonio, destaco la posición de Albaladejo cuando concluye que «... no hay inconveniente en decir que el matrimonio es un contrato», después de precisar que jurídicamente el acto creador del matrimonio es un acuerdo solemne de voluntades, las de los contrayentes, encaminadas a establecer la unión matrimonial. Por tanto, desde luego que, basándose en la voluntad de las partes, el matrimonio es un negocio jurídico. Aclara el autor que muchos lo califican de *contrato*, lo que sólo es admisible tomando la palabra *contrato* en el sentido de *acuerdo de voluntades* o negocio jurídico bilateral; pero no en su acepción rigurosa, que se reduce a los acuerdos de voluntades en *materia patrimonial*¹⁰⁹.

derecho de daños», www.indret.com, Barcelona, octubre, 2001, pp. 1-21. Cfr., también, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.³, «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre miembros de la pareja de hecho», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 2003, pp. 65-93.

¹⁰⁸ En esta línea, la STS de 1 de julio de 1994 (RJ 1994/6420) –FD segundo– al referirse al caso enjuiciado se refiere a la aplicación, por la sentencia recurrida, de la normativa general que rige nuestro ordenamiento en materia de contratos, y aclara que «para esta jurisdicción el matrimonio lo es». Y, también, en este sentido, la SAP-Granada de 25 de enero de 2005 (AC 2005/873) en su FD primero dispone que «... al considerarse el matrimonio como un negocio jurídico incardinado dentro del Derecho de Familia, revestido de una condición cuasi-pública, no cabe duda que su visión contractual, que el ordenamiento jurídico destaca sobre la institucional, no impediría la aplicación a aquél, de las categorías que presentan la ineficacia del negocio jurídico en general».

¹⁰⁹ *Vid.*, ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 31 y 32. De «institución especialísima» califica el matrimonio LACRUZ, al destacar que el acto constitutivo del vínculo es un acuerdo de voluntades entre los contrayentes: la circunstancia de ser un acuerdo cuyas consecuencias vienen establecidas de modo inderogable por el ordenamiento jurídico no le priva de naturaleza contractual, porque, dice, la limitación de la autonomía de la voluntad no es incompatible con la noción de contrato, y por cuanto la indisponibilidad de los efectos no le viene al matrimonio de la ausencia de un consentimiento plenamente libre y autónomo, sino de la especialidad del objeto y de la causa. *Vid.*, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 40. Aunque considero que la autonomía de la voluntad está muy presente en el «contrato» matrimonial. Piénsese, incluso, en la libertad para determinar algo tan trascendental como su régimen económico matrimonial –cfr. art. 1315 CC–, o la fijación de su domicilio –cfr. art. 70 CC– incluso la decisión, no menos importante de la concepción o no de hijos, su número, una adopción, por no dejar de lado el espíritu de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley

Considero que no sería un error tan grave considerar como contrato al matrimonio, si bien, estoy de acuerdo con alguna sentencia cuando lo califica de «contrato peculiar»¹¹⁰. En principio, los contratantes consienten en unirse para cumplir con unos determinados fines y deberes inherentes al matrimonio y como dice el artículo 1254 CC: «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio». Además, a mayor abundamiento, alguna razón habrá tenido el legislador al redactar, conforme a la Ley 11/1981, el Código Civil e introducir el nuevo título III, *Del régimen económico matrimonial* –arts. 1315-1444 CC–, precisamente, en el libro cuarto, *De las obligaciones y contratos*.

La Jurisprudencia no ha sido pacífica y ha oscilado en la fundamentación de la responsabilidad dimanante de un incumplimiento, incluyendo la reparación del daño moral, en ocasiones en las normas de la responsabilidad extracontractual, en otras, en la responsabilidad contractual.

En efecto, la discusión sobre la compensación de los daños patrimoniales y morales causados por vulneración de los deberes

de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, ya que pretende, según su exposición de motivos, «reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos. Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio». Además dicha exposición de motivos trae a colación la Constitución española de 1978 al señalar que la Constitución en su artículo 32 configura el derecho a contraer matrimonio según los principios y valores constitucionales y que de acuerdo con ellos, esta Ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial, y acude al artículo 10.1 CE que garantiza el respeto al libre desarrollo de la personalidad para justificar el reconocimiento a la mayor trascendencia de la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge, de lo que deriva que el ejercicio de su derecho a no continuar casado no pueda hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna.

Por otra parte se ha señalado por autorizada doctrina que si se prefiere reservar la categoría técnica del contrato para los negocios jurídicos bilaterales de contenido patrimonial o económico y, en consecuencia, hubiera que negar el carácter contractual del matrimonio, habría que decir también que, dentro del marco de los negocios jurídicos del Derecho de Familia, constituye un convenio o convención al no existir intereses contrapuestos que se contraponen como en el contrato, sino que las voluntades marchan paralelas para la consecución de una finalidad, en este sentido, cfr.: Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 63. Aunque cada vez más puede observarse que eso de que las voluntades marchen paralelas para la consecución de una finalidad puede ser un deseo, anhelo o una determinación... LASARTE dedica un apartado de su manual a «La tesis contractual», al estudiar la naturaleza del matrimonio y concluye que cabría decir que el matrimonio sería un contrato que carece de las notas elementales y características estructurales de los contratos, dado que el contenido o los efectos de la relación matrimonial se encuentran normativamente definidos y precisados, el matrimonio «es algo sumamente distinto a comprar un bien, celebrar un contrato de mandato, constituir una sociedad o alquilar una vivienda». Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*, Pons, Barcelona, 2002, pp. 24 y 25.

¹¹⁰ Cfr. STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5901) –FD cuarto–.

matrimoniales se planteó en los casos resueltos por dos sentencias de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo. Los dos supuestos, cuyo ponente es el mismo: Excmo. Sr. don Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa se caracterizan porque parecen acoger abiertamente el principio de la no reparación de los daños entre cónyuges, ni morales ni patrimoniales, estando la clave de bóveda del problema en la ocultación de la verdadera paternidad, consecuencia de la infidelidad de la esposa, de la que había resultado el nacimiento de hijos, cuya paternidad les había sido atribuida, con fundamento en las normas de la responsabilidad extracontractual, en un caso, y contractual, en el otro ¹¹¹.

Se trata de las dos relevantes sentencias:

STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999/5721), que con fundamento en las normas de la responsabilidad extracontractual y después de prosperar la acción de impugnación de la paternidad interpuesta por su propio hijo don Jorge Ignacio R. C., don Gustavo R. S. reclama de doña María Concepción C. S. daños económicos por las cantidades de dinero entregadas en concepto de alimentos para don Jorge Ignacio y daños morales por haber sido humillado y lesionado en su honor y dignidad al descubrir su no paternidad. El Tribunal consideró irrelevante el adulterio a efectos indemnizatorios y basó su negativa al derecho a la indemnización del ex marido en la ausencia de una conducta dolosa por parte de la esposa al no estimar que con anterioridad a las pruebas de paternidad aquélla tuviera conocimiento de que el padre de don Jorge Ignacio no era el demandante don Gustavo R. S. De tal manera que concluye que: «Ciertamente, los supuestos que comportan la aplicación del

¹¹¹ Precisamente, este debate entre la responsabilidad contractual y extracontractual se trae a colación por DE ÁNGEL YAGÜEZ al analizar la STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5901) –que se estudiará– en la que se concede una indemnización por daño moral, como consecuencia de la declaración de nulidad del matrimonio; la sentencia limita su argumentación a la interpretación y aplicación del artículo 1269 CC, es decir, al dolo entendido como vicio del consentimiento; pues bien, estima el autor que jugar con la figura del dolo –en cuanto engaño producido a la esposa– no constituye el argumento jurídico más adecuado para dar lugar a la consecuencia reparadora o indemnizadora a la que la sentencia llega y concluye que la teoría más fundada le parece la extracontractualista: teoría de los que entienden que la responsabilidad radica en la violación del principio genérico *neminem laedere* o *alterum non laedere*, de no causar daño a nadie, con fundamento en el artículo 1902 CC y, por tanto, en la llamada responsabilidad civil, extracontractual o aquiliana, todos deben actuar socialmente con la debida diligencia, evitando causar perjuicios a los demás, lo que da lugar –como ya advertía Cossío– a un derecho a favor de todo ciudadano a no ser dañado en su patrimonio o en su persona por la conducta dolosa o negligente de otro. *Vid.*: ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE, «Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio», *La Ley*, 1986-2, pp. 711-714. Nótese que la SAP-Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994) sí apreció la responsabilidad extracontractual, por actuación negligente en la concepción y dolosa en la ocultación de la verdad biológica –sentencia que se examina en este epígrafe–.

artículo 1902 del texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación del daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado la conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora C...» –FD sexto¹¹²–.

Por otro lado, la STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726), con fundamento en las normas de la responsabilidad contractual y después de prosperar la acción de impugnación de la paternidad, interpuesta por doña María Ángeles B. D., don Alberto V. M. reclama determinada cantidad en concepto de daños morales y patrimoniales después de descubrir la no paternidad de sus hijos Sergio y Ariane. La sentencia, que no entra a examinar la pretensión de restitución de pensiones alimenticias por razones procesales, niega la indemnización por los daños morales al marido; sostiene que la única consecuencia jurídica de la infidelidad es su consideración legal como causa de separación matrimonial, ya que no cabe comprometer la exigibilidad de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil dentro del precepto genérico del artículo 1101 CC, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar –FD tercero–.

Comenta esta sentencia Ragel Sánchez, que estima que si el varón es el infiel, su esposa nunca podrá creer que el hijo de la amante es suyo, en la mayoría de los casos no llegará a convivir y encariñarse con ese niño, ni llegará a pagar manutención o alimentos a su favor en la creencia de que es su descendiente. Por el contrario –señala–, si la mujer es infiel, puede ocurrir todo lo que

¹¹² No es de esta opinión RAGEL SÁNCHEZ, ya que para él, en la mayoría de los supuestos, la infidelidad es un incumplimiento conyugal doloso, porque el cónyuge infiel es perfectamente consciente de que está vulnerando un deber matrimonial, uno de los más relevantes, pues está incluido en los artículos que el juez, alcalde o funcionario leen antes de preguntar a los contrayentes y declarar celebrado un matrimonio (arts. 58 y 68 CC) artículo 58 CC que manda al Juez, Alcalde o funcionario la lectura de los arts. 66, 67 y 68 CC, antes de preguntar a los contrayentes si consienten en contraer matrimonio, y, artículo 68 que dispone que «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente». Nótese que en su nueva redacción, dada por Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, el artículo 68 CC, prevé, además, que los cónyuges también deberán «compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». *Vid.*: RAGEL SÁNCHEZ, L. F., al comentar la STS de 30 de julio de 1999, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero/marzo, 2000, núm. 52, pp. 153-163.

sucedió en el supuesto comentado. Además, trae a colación la STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5901), que resulta un fallo antagónico a las sentencias de 1999 que se estudian. En efecto, esta sentencia sí concede, sin ambages, a la mujer, una indemnización por daño moral, a consecuencia de la nulidad de su matrimonio, puesto que se había frustrado la idea lucrativa de asistencia material que comporta el matrimonio, así como la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida. El varón, don Ángel Pedro D. R., había afirmado que el contrato matrimonial era para él un medio de vencer la resistencia de la mujer, doña Marina A. P., y así lograr su apetencia carnal. Se expresa, además, como hecho probado por confesión del demandado, que «fingió casarse con ella sólo para disfrutarla, y con el fin de poseerla carnalmente hizo una comedia de matrimonio eclesiástico, pero con el propósito firme de abandonarla desde el momento en que se cansase físicamente de ella». Por lo tanto, se apreció como variedad, dentro de la conducta dolosa, una clara reserva mental como vicio de la declaración de voluntad al contraer matrimonio¹¹³. Y ante esta concesión de indemnización por daño moral a la mujer «sin problemas», Ragel critica, al analizar esta STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726), la especial y elevada sensibilidad de la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo hacia los sentimientos de la mujer –en la STS de 1985– y pone de relieve que *no existe la misma sensibilidad hacia lo masculino* –en la STS de 1999¹¹⁴–.

¹¹³ Resulta interesante confrontar con esta STS la SAP-Granada de 25 de enero de 2005 (AC 2995/873) –en la que se indemnizaron los daños morales a la esposa, como consecuencia de la nulidad de su matrimonio–, ya que en ésta el acento no se ha de poner en el quebranto de los deberes ético-sociales contenidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil que, por supuesto –y según esta sentencia– merecen un reproche de igual naturaleza (esto es: social, ético), sino en los hechos que, trascendiendo a lo objetivo, hicieron caer a la señora demandante, en la posibilidad de una realidad matrimonial, que el señor demandado no quería –cfr. FD primero–.

¹¹⁴ Cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., Comentario a la STS de 30 de julio de 1999, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero/marzo, 2000, núm. 52, pp. 153-163. Cfr. el comentario a la STS de 26 de noviembre de 1985, a la que me refiero, por IGARTUA ARREGUI, F., en *CCJC*, 10, núm. 256, pp. 3227 ss. El autor, después de aclarar que cuando se inició el asunto resuelto por la STS de 1985 no existía el artículo 98 CC –derecho a una indemnización del cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo–, intenta explicar, con gran acierto a mi juicio, las tres posibilidades de obtener reparación de los daños derivados de la nulidad de un matrimonio, acudiendo a los artículos 98, 1270 y 1902 del Código Civil, destaca y se remite a la sentencia de instancia que habla (considerando 5.º) de «los dolores, amarguras y frustración sufridos por el engaño producido», frente a la STS que menciona tan sólo «la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida».

Adviértase que el antecedente a la sentencia de 1985 está constituido por la STS de 21 de enero de 1957 (RJ 1957/1133) que versaba sobre la reclamación entablada por doña Pilar contra doña Carmen. Doña Pilar había contraído matrimonio con don José, hijo de doña Carmen, matrimonio que luego fue declarado nulo, a instancias del referido José, que había alegado el temor reverencial a su madre que le indujo a manifestar su consentimiento. Si bien esta sentencia, frente a la de 1985, se articula sobre la doctrina de la responsabi-

Adviértase que la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999 ha sido recurrida en amparo, así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de noviembre de 1994 que había sido recurrida en casación con recurso desestimado por la Sentencia del Tribunal Supremo ahora recurrida en amparo, no admite el amparo el Auto del Tribunal Constitucional núm. 140/2001, de 4 de junio (RTC 2001/140 Auto). El Tribunal Constitucional estimó no vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. La pretensión de resarcimiento de los daños morales –únicos a los que se refiere la demanda de amparo– ejercitada por el demandante en el proceso civil del que trae causa el amparo, recibió una respuesta negativa por parte de la Audiencia y de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Por lo tanto el Tribunal Constitucional considera que la pretensión de la demanda de amparo queda reducida a un problema de legalidad ordinaria¹¹⁵. Y desde la perspectiva constitucional que le es propia estima que no cabe apreciar la vulneración del artículo 24.1 CE por parte de las Sentencias recurridas. El recurrente –sostiene– ha obtenido de los órganos judiciales una respuesta congruente (aunque desestimatoria), motivada y fundada en Derecho. Se declara así la inadmisión del recurso de amparo.

lidad extracontractual, mientras que la de 1985, no hace invocación, como se ha visto, a tal construcción jurídica, limitándose a aplicar la doctrina derivada del dolo como vicio de consentimiento. Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, *op. cit.*, pp. 705-710. Autor que, al referirse a la STS de 1985 estudia la no invocación, por la sentencia de la culpa aquiliana como fundamento del deber de indemnizar y concluye que la indemnización o reparación «que no encuentra fácil apoyatura en la sola teoría de los vicios del consentimiento, ni en la nulidad del matrimonio, entendida esta figura como modalidad especial o *sui generis* de contrato», p. 701, *op. cit.*

Ha de resaltarse que en el Derecho español se prevé en sede de nulidad la posibilidad de que se otorgue una indemnización al cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo (art. 98 CC); pero fuera de este caso particular el silencio del legislador debe interpretarse como una negativa al resarcimiento de daños. Cfr. FERRER I RIBA, J., *op. cit.*, p. 15.

En la SAP-Granada de 25 de enero de 2005 (AC 2005/873) también se han indemnizado daños morales a la esposa a consecuencia de la actitud dolosa del otro contratante, derivando tal actitud dolosa, no sólo la nulidad matrimonial postulada –se aplicó el apartado cuarto del artículo 73 CC [error en las cualidades personales del señor demandado, cualidades que ocultadas por el mismo llevaron a aquélla a dar, de manera viciada el referido consentimiento]– sino también la esencia de las indemnizaciones (*sic*) que «no se ciñe a los meros daños materiales provenientes de un matrimonio contraído bajo sanción de nulidad, puesto que se extienden, asimismo, a los daños morales, que el contratante engañado ha sufrido tras la perversion, la actitud perversa, del otro». La indemnización por daños morales se cuantificó en 6.000 euros ya que la señora «ha sufrido un ataque perturbador de su personalidad, un pesar y una zozobra psíquica...» –cfr. FD primero–.

¹¹⁵ Recuérdese que cuando el Tribunal Constitucional declara que una determinada cuestión de derecho es «de legalidad ordinaria», con la ineluctable consecuencia de declararla ajena a su propia competencia, y propia exclusivamente de los Tribunales ordinarios, no por ello está despojando de toda consideración de constitucionalidad a dicha cuestión –cfr. STC 160/1997 (RTC 1997/160)–.

Una sentencia que puede resultar polémica; pero que a mi parecer debería sentar precedente y que constituye un cambio de criterio respecto al seguido por las SSTs, 1.^a, de 22 de julio de 1999 y 30 de julio de 1999 –estudiadas–, por conceder en esta la indemnización de los daños morales que las otras dos negaban, es la SAP-Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994). El supuesto de hecho es el siguiente: mediando matrimonio del actor don C. V. S. con doña A. R., nacieron cuatro hijos, pero ella mantenía una relación extraconyugal estable y duradera con don F. L. R. quien ha resultado ser el padre biológico de los tres niños más pequeños. Adviértase que se había estimado la acción de impugnación de la paternidad promovida por doña A. R. y que don C. V. S. formuló demanda contra doña A. R. C. y don F. L. R. y reclama solidariamente a su ex –esposa: A. R. C. y al padre biológico de los tres hijos: don F. L. R.–

El Tribunal –FD octavo– trae a colación la referencia al Tribunal Supremo Alemán que ha reconocido excepcionalmente el derecho a ser indemnizado ex §826 BGB por causación dolosa de daños *contra bonos mores* si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño como en el caso en que se haya engañado al marido sobre su paternidad¹¹⁶.

La Sentencia de la Audiencia acude, como remedio indemnizatorio a la culpa extracontractual ex artículo 1902 CC¹¹⁷. Estima probado que los demandados actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos y dolosa en su ocultación al actor, y que el posterior conocimiento de la verdad ha sido el desencadenante de un daño al actor que debe ser resarcido. Además el Tribunal realiza un examen en relación a la consideración del daño moral a través de la doctrina emanada del Tribunal Supremo y estima que puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, «cualquier frustración, quebranto o ruptura de los sentimientos, lazos o afectos...» –FD noveno– lo que indubitadamente se produce también, en mi

¹¹⁶ En Estados Unidos, el levantamiento de la inmunidad conyugal supuso, desde la década de los ochenta, la proliferación en las crisis matrimoniales de acciones de daños entre cónyuges por la causación intencional de trastornos emocionales (*intentional infliction of emotional distress*). Cfr. FERRER I RIBA, J., *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁷ Acude el Tribunal a la STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999/5721) cuando señala que la aplicación del artículo 1901 CC puede originar una reparación del daño causado que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral y que los perjuicios que reclama el actor deben ser resarcidos al amparo de este precepto –FD duodécimo de la SAP-Valencia que se analiza–. Advierto que, en efecto, la STS de 1999, en su FD sexto, reconoce que los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 CC vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado patrimonial y moral; pero en la STS de 1999 se concluye que «... no resulta aplicable al caso de autos... debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora C...».

opinión, en los casos que se han estudiado. De tal manera que en el supuesto de autos se acredita la producción de un daño moral ¹¹⁸.

A mi juicio, en determinados casos como los que se han analizado a la luz de las Sentencias del Tribunal Supremo de 1999 que se han analizado –22 de julio de 1999 y 30 de julio de 1999–, sí procedería la indemnización de daños patrimoniales, que en concretos supuestos pueden ser muy elevados, por ejemplo, si se reclaman por el padre, que resultó no serlo, los daños económicos por las cantidades de dinero entregadas en concepto de alimentos y, si en su caso, si se hubiesen producido y demostrado, los daños extrapatrimoniales o morales por la humillación, deterioro de la familia, el honor, la «pérdida de hijos» que se creían propios, incluso por las secuelas psicológicas..., por eso considero digno de todo encomio el fallo de la SAP-Valencia que se acaba de examinar. Por todo abogo, defendiendo la necesidad de los remedios indemnizatorios, la responsabilidad, consecuencia de infidelidades, y ocultación dolosa de hijos siempre que resulten probados los daños patrimoniales y sean suficientemente evidentes los daños morales, de más difícil prueba; pero en todo caso obligada ya que la persona que reclama la responsabilidad, justamente la víctima, deberá acreditar ese daño.

¹¹⁸ La Sala condena, efectivamente, a los codemandados a indemnizar al actor la cantidad de 100.000 euros, cantidad que devengará los intereses legales desde la fecha de esta resolución, por considerar, como se ha señalado, que aquéllos actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos y dolosa en la ocultación de su no paternidad al demandante, siendo el posterior conocimiento de la verdad el desencadenante del daño sufrido por éste. Se rechaza toda indemnización por los daños patrimoniales, pues los alimentos satisfechos a los hijos no pueden ser objeto de restitución y las pruebas de paternidad – se reclamaba una cantidad por los gastos derivados de las pruebas de paternidad– no eran necesarias para el procedimiento, en todo caso lo serían para el de impugnación de la paternidad –cfr. FD undécimo–. Considero que los daños patrimoniales sí merecerían consideración, por una parte, los alimentos –entendidos, como siempre, en su más amplia extensión– se estaban prestando, ignorándolo, a hijos ajenos; por otra parte las pruebas biológicas, han sido también importantes, a mi juicio, en este proceso.

Al referirse a esta sentencia, y en relación con el daño moral que reconoce, CARRASCO PERERA consideró que el daño moral, a la vista de esta sentencia, acaba consistiendo en que el marido «pierde» a tres hijos. Considera el autor que resulta entonces que la fuente del daño no es la conducta infiel, ni el dolo siquiera, sino el descubrimiento de la verdad, «que ha sido el desencadenante del daño»: «Hipócritamente, no se reprocha el adulterio, ni el engaño sino la falta de prudencia que llevó a que todo se supiera». *Vid.*, CARRASCO PERERA, A., «El precio de la infidelidad», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 666/2005 (BIB 2005/806).

Cfr. LLAMAS POMBO, E., Editorial de *Derecho de daños. Práctica. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 25, marzo, 2005. El autor se pregunta si es sensato y jurídicamente razonable extender el remedio indemnizatorio absolutamente a todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social y duda que las relaciones jurídicas familiares puedan regularse o resolverse mediante un instrumento concebido y constituido para ámbitos y circunstancias totalmente diferentes. Claro que, también, afirma que duda «aunque no lo niego con rotundidad». Pienso que deja abierta una puerta a la posibilidad de defender el recurso a los remedios indemnizatorios en el ámbito del Derecho de familia, aunque, creo que deberá hacerse con cautela y ponderando, siempre, las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

De este apartado puede inferirse que la jurisprudencia se manifiesta oscilante a la hora de derivar el daño moral, unas veces de la responsabilidad contractual y otras de la responsabilidad extracontractual; pero en el primer apartado de este trabajo ya he aclarado que, a la postre, puede acudir a la pacífica jurisprudencia en relación a la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, al principio de la unidad de la culpa civil. Considero que no cabe duda que en los casos que se han analizado en este epígrafe ha podido apreciarse además de un incumplimiento de los deberes derivados del «contrato matrimonial», una violación del deber general de no causar daño a otro, *alterum non laedere*.

VII. OTROS SUPUESTOS RELEVANTES DE REPARACIÓN DE DAÑO MORAL POR INCUMPLIMIENTO O DEFECTUOSO CUMPLIMIENTO EN DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS

1. EL DAÑO MORAL EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Ni el Código Civil, ni la legislación especial de arrendamientos establecen, entre los posibles remedios frente al incumplimiento, el resarcimiento del daño moral, como es la tónica habitual, hecho que he aclarado en el apartado primero de este estudio, al destacar la escasa legislación que sí se ocupa expresamente de este tipo de indemnización. Por otra parte, la jurisprudencia en esta concreta cuestión, de la reparación del daño moral contractual en relación al contrato de arrendamiento no es la más abundante, al contrario de lo que sucede, por ejemplo, en el contrato de servicios –abogados y procuradores– o en el contrato de viajes. Por esto comienzo este apartado refiriéndome a un ejemplo que ha servido para clarificar dudas y que, precisamente, utiliza el contrato de arrendamiento.

Al referirse al «daño contractual no patrimonial», De Cupis, en relación a la resarcibilidad de dicho daño ha recurrido a un ejemplo para ilustrar el sistema y, como he señalado, utiliza un supuesto de contrato de arrendamiento. Se trata de un ejemplo bien conocido, del arrendador que se hace prometer del inquilino, no tocar el piano. Declara el autor que es vieja la observación de que en este caso no falta la patrimonialidad de la prestación, dado que el pacto de no tocar el piano aumenta el valor de arrendar la cosa (el arrendador, con ello, puede obtener un alquiler mayor de los otros inquilinos).

linos, al quedar liberados del fastidio de un vecino aficionado a la estridencia y a aporrear el piano). En consecuencia, la obligación constituye un vínculo jurídico válido y su incumplimiento ocasiona un daño contractual patrimonial (por cuanto recae sobre el interés patrimonial referente al *non facere* del inquilino) por supuesto susceptible de ser resarcido. Pero, además, la prestación negativa del inquilino es también apta para hacer surgir en la persona del acreedor un estado de bienestar neuro-psíquico, o sea, que se obtiene también una utilidad no patrimonial ¹¹⁹.

Tal vez la primera sentencia que ha estimado el daño moral en relación a un contrato de arrendamiento ha sido la STS de 28 de febrero de 1959 (RJ 1959/1086). Y si recordamos que lo habitual ha sido estimar este tipo de daños, los morales, en sede de responsabilidad extracontractual y no contractual, hasta la STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403), que se estudia en este trabajo, puede resultar, hasta cierto punto, lógico, que, en la STS de 28 de febrero de 1959, a la que me refiero, para fundamentar la indemnización del daño moral se haya acudido, aun estando ante un caso de contrato de arrendamiento, al artículo 1902 CC ¹²⁰, a la responsabilidad extracontractual; aunque, como también se ha dicho en este estudio, esa circunstancia no es tan sorprendente si acudimos a la doctrina de la unidad de la culpa civil. El motivo esencial de la reparación de los daños morales –STS de 28 de febrero de 1959– ha sido que la sentencia de desahucio ha sido obtenida por medio de maquinaciones fraudulentas. El Tribunal admite que en el caso enjuiciado procede la indemnización del daño moral como compensación a los sufrimientos del perjudicado; luego, reconoce, es evidente que en el caso de autos es aplicable dicha indemnización por resultar probado que se han utilizado maquinaciones fraudulentas para obtener el desahucio por impago de rentas que originó perjuicios al demandante en la estimación pública al ser considerado como mal pagador al punto de ser lanzado por esta causa de su vivienda, lo que afecta al buen crédito de su persona –cfr. segundo considerando ¹²¹–.

¹¹⁹ Vid., DE CUPIS, A., *El Daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 179 y 180. También formuló un caso parecido, WINDSCHEID, *Pand.*, Trad., vol. II, parte 1.ª, cit., p. 5, nota 3. Utiliza también el ejemplo CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño moral contractual», *Revista de Derecho Privado*, 1990, p. 9.

¹²⁰ «Los daños morales deben ser indemnizados discrecionalmente en función del artículo 1902 del Código Civil» –segundo considerando–.

¹²¹ Sin embargo, aun estimando la existencia de maquinaciones fraudulentas en un supuesto de desahucio por falta de pago de la renta, no ha procedido la indemnización de los daños morales en la STS de 15 de enero de 1993 (RJ 1994/437). En el caso de autos la arrendataria se hallaba de vacaciones, de forma que cuando regresó había sido lanzada del piso. Para estimar que los hechos entrañan maquinación fraudulenta, declara el Tribunal

Como podemos inferir claramente, un desahucio promovido por el arrendador puede actuar como bumerán contra el mismo arrendador cuando el arrendatario considere que se le desahucia con maquinaciones fraudulentas y el Tribunal aprecie la procedencia de la reparación del daño moral, tampoco será infrecuente que el arrendatario manifieste –como ha ocurrido en el caso de autos– haber sufrido «perjuicios en la estimación pública» y haber afectado el desahucio «al buen crédito de su persona».

Normalmente para indemnizar los daños morales derivados del contrato de arrendamiento se recurrirá al artículo 1101 CC, responsabilidad contractual derivada de dicho contrato, por incumplimiento o defectuoso cumplimiento, cohonestando los preceptos de la responsabilidad contractual, artículo 1101 CC, con otros preceptos del Código Civil reguladores del contrato de arrendamiento y con la aplicación, también de las normas especiales, por ejemplo, las de la legislación de arrendamientos urbanos. Así ha ocurrido en la STS de 11 de marzo de 2002 (RJ 2002/5691), que ha acudido a los artículos 1101 y 1554 CC, y especialmente al artículo 107 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964¹²². La sentencia estimó la indemnización de los daños morales, además de los patrimoniales, causados a la arrendataria de una vivienda que tuvo que abandonarla para buscar otra nueva, al ser declarada la ruina del inmueble «inminente» por el Ayuntamiento. Declara la sentencia que se puede valorar como indemnizable el incumplimiento contractual, causado por la entidad propietaria y arrendadora por no haber procedido, en su momento, a efectuar las reparaciones necesarias a que estaba obligada, facilitando de ese modo, por su proceder, «al menos negligente», la producción del estado de ruina de la finca, en perjuicio de los inquilinos y en beneficio de la arrendadora como consecuencia de las plusvalías obtenidas por la venta del solar del antiguo inmueble –cfr. FD cuarto–.

que el recurrido no empleó en la hipótesis discutida una elemental diligencia para averiguar la residencia momentánea de la recurrente, conociendo la de su hijo encargado del pago de las rentas y de gestionar por su madre las incidencias del arrendamiento. Aclara el Tribunal en su sentencia que el recurrido tenía para ello medios adecuados, pues el emplazamiento y citaciones edictales son medios supletorios a utilizar sólo como remedio último para la comunicación del órgano judicial con las partes, por lo que emplazándose no con medios adecuados sino por medio de edictos, pone de manifiesto un ánimo de impedir la oposición y defensa –cfr. FD cuarto–.

¹²² Nótese que dicho artículo, 107 de la LAU de 1964, impone al arrendador la obligación de hacer las obras necesarias a fin de conservar la vivienda o local de negocio arrendado en estado de servir para el uso convenido. La LAU/1994 no introduce modificación a este artículo, por lo que afecta a arrendamientos celebrados antes del 1 de enero de 1995, por lo tanto seguirá siendo aplicable, mientras dichos contratos subsistan. cfr., en relación a dicha obligación del arrendador, el artículo 21 LAU/1994.

Sin embargo, en un supuesto de hecho muy similar, falta de reparaciones adecuadas y necesidad de búsqueda de nueva vivienda, también de incumplimiento de un contrato de arrendamientos urbanos, y aun tratándose de un contrato, se ha acudido, para indemnizar los daños morales o no patrimoniales, a la responsabilidad extracontractual, al artículo 1902 CC, aunque ha utilizado importantes argumentos para la justificación del recurso a la responsabilidad extracontractual en este caso de incumplimiento contractual¹²³. Se trata de la STS de 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7447), en la que se reclamaron los daños morales por la parcial destrucción del hogar familiar y el forzoso éxodo en busca de otro donde guarecerse, debido al hundimiento de la techumbre de la vivienda arrendada. Para apreciar los daños morales se tuvo en cuenta el inmenso trastorno y la angustia ocasionada a la familia de los actores (matrimonio y cuatro hijos, teniendo el esposo recurrente amputada una pierna en operación reciente), que se vieron en la ineludible necesidad de abandonar su modesta vivienda y hubieron de acogerse en la casa de una familia e iniciar las difíciles gestiones para conseguir otra vivienda, que por fin les fue concedida por mediación del Ayuntamiento –cfr. FD tercero–.

Si bien lo más habitual es que la indemnización del daño moral corresponda al arrendatario, por incumplimiento del arrendador, no siempre ocurre de este modo. Así, la SAP-Barcelona de 22 de marzo de 2005 (JUR 2005/125185) declaró la procedencia de la indemnización de daños morales por parte del arrendatario a la sociedad arrendadora. Se recurre a las normas del Código Civil reguladoras del contrato de arrendamiento, en concreto al núm. 2 del artículo 1555 CC al disponer que el arrendatario está obligado a usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y en defecto de pacto, al que se infiera de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra –cfr., además, el art. 1556 CC–. Y ha sido así porque de la prueba practicada se desprende de forma inequívoca y notoria que la parte arrendataria dedicó el local arrendado al ejercicio de la prostitución, cuando en

¹²³ En efecto, declara la sentencia, FD tercero, que no basta que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la culpa aquiliana, sino que requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial; también señaló que en el supuesto ahora visto se ejercitó la acción extracontractual y de manera complementaria se invocó también el contrato arrendaticio; también reconoce que está bien aplicado el artículo 1902 CC aunque en la demanda por argumento *ad maiorem*, se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual. Y ratificando jurisprudencia reiterada estima también que «el Tribunal ha de respetar la relación jurídica procesal establecida por las partes» –cfr., también con esta última apreciación, la STS de 10 de mayo de 1984 (RJ 1984/2405)–.

el contrato celebrado entre las partes se hacía constar que «el local objeto de este contrato de arrendamiento será destinado única y exclusivamente a diseño de maquetas de interés cultural». Así las cosas, es evidente que en el caso de autos se ha producido un grave incumplimiento del contrato. Todo ello se concretó, en el caso enjuiciado y como dispone el FD tercero –al final–, en las quejas recibidas por parte de los restantes inquilinos del inmueble, algunos de los cuales expresaron su deseo de rescindir los contratos de arrendamiento que tenían suscritos, lo que conllevó efectivas molestias y problemas y, en definitiva, perjuicios morales, que no físicos, evidentemente, a la entidad demandante al ser la propietaria de todo el inmueble ¹²⁴.

Siguiendo con la jurisprudencia «menor»; pero en este caso en un supuesto de relación arrendaticia que nada tiene que ver con la legislación especial de arrendamientos y sí con la regulación común contenida en el Código Civil, destaco la SAP-Madrid de 2 de abril de 2004 (AC 2004/1598) en la que, ante una resolución unilateral de un arrendamiento, contrato en virtud del cual la actora utilizaba una habitación en la casa de la demandada y pagaba una renta mensual, se apreciaron los daños morales a consecuencia del modo resolutorio empleado, «sin previo aviso y de forma sorpresiva e inesperada» –cfr. FD segundo–.

También ha procedido la reparación del daño moral contractual en un caso de contrato de arrendamiento, no ya de vivienda sino de un teatro, así, en la STS de 21 de octubre de 1996 (RJ 1996/7235), ante la resolución unilateral del contrato, que provoca la suspensión de la obra programada y anunciada, e inexistencia de resolución bilateral pactada y faltando prueba del convenio extintivo del contrato, se declara la procedencia de la indemnización de los daños morales porque, como afirma el FD segundo, en el supuesto de autos se produjo un evidente ataque al prestigio y reputación artística de la recurrente, arrendataria, y con ello de su acervo extrapatrimonial, toda vez que al no haber podido representar la obra programada y anunciada, aparte de la natural desmoralización

¹²⁴ Aclara el Tribunal que es evidente que el ejercicio de la prostitución es una actividad molesta o incómoda, pues por la propia naturaleza de la actividad, la perturbación es constante y continuada la presencia de personas diversas en la finca, incluso en horario nocturno (pensemos en el horario del ejercicio de esta actividad normalmente), alterando el descanso de los vecinos (llamadas al portero automático, confusión de puertas o pisos...), a lo que se une la posibilidad de confusiones que pueden resultar incómodas y lamentables para quienes las sufren (como sucedió en este caso según declaración del representante de la sociedad propietaria). Y concluye estas argumentaciones el Tribunal afirmando que los hechos señalados determinan «que diariamente incidan en el natural sosiego de la vecindad, y, finalmente, en el presente caso incluso se vio alterada la intimidad de los vecinos del inmueble por la colocación de una cámara en la entrada de la finca».

en el elenco artístico que formaba la compañía, también se defraudaron en cierto sentido las esperanzas del público aficionado a esta clase de espectáculos, por privárseles de la posibilidad de asistir a la representación en las fechas que amparaba el contrato –cfr. FD segundo¹²⁵–.

2. DAÑOS MORALES DERIVADOS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

La compraventa constituye el paradigma de los contratos a través de los cuales se realiza el intercambio o el comercio de los bienes y, de acuerdo con una muy extendida tradición histórica, es el contrato que dispone de una más amplia regulación legal. Nuestro Código Civil le dedica alrededor de ochenta artículos, lo que representa un conjunto normativo muy superior al de cualquier otro en tal campo legal¹²⁶.

¹²⁵ Asimismo y en relación con arrendamientos de distintos tipos, se han apreciado los daños morales. Como ha ocurrido en la SAP-Sevilla de 14 de junio de 2004 (AC 2004/1083). Que resuelve el caso de un arrendamiento de un local para celebrar una boda. Se había incendiado el cuadro eléctrico, y era necesario e ineludible par el pleno y adecuado aprovechamiento que posea sistema de climatización que facilita la estancia, normalmente prolongada. Se apreció falta de diligencia de la parte arrendadora ante sucesos perfectamente previsibles y evitables. Se indemnizaron daños y perjuicios, en su integridad los gastos en concepto de bebidas al no funcionar el sistema de frío industrial; además se indemnizaron los daños morales, ya que, como se reconoce en el FD quinto, *in fine*, la situación vivida por los contrayentes en un día caracterizado por la felicidad y alegría, es notorio que tuvo que ser de lo más desagradable y frustrante que sea posible imaginar, desde el inicio, porque cuando llegan al local se encuentran que no existe suministro eléctrico como consecuencia del incendio; el menú se ha servido con deficiencias, el calor era asfixiante, los invitados se retiran rápidamente, de modo que la previa alegría y felicidad se tornó en tristeza, zozobra, impotencia, angustia y frustrante realidad, que necesariamente ha de conllevar una compensación económica. Obsérvese como siempre que se estiman los daños morales aparecen acreditados esos estados de ánimo: «tristeza, zozobra, impotencia, angustia y frustrante realidad...».

Sin embargo, en un supuesto de hecho similar, alquiler de un inmueble para la celebración de un matrimonio, en la SAP-Madrid de 17 de marzo de 2005 (JUR 2005/111542) no se estimaron los daños morales aunque sí se reclamaban porque no se puso a disposición de los contrayentes la sala donde debía de celebrarse el baile y prestarse el servicio de barra libre, servicios, ambos, que tuvieron lugar en el mismo patio donde se había servido el almuerzo. No se estiman al final los daños morales porque considera el Tribunal que este cumplimiento defectuoso, que no equivale al incumplimiento total del contrato, no puede conllevar, a juicio de la Sala, la doble consecuencia contenida en la sentencia apelada consistente en el reintegro del precio pagado por el alquiler y el pago de una indemnización por daños morales que no se han justificado –cfr. FD tercero, *in fine*–. Por otra parte, según la SAP-Madrid de 29 de septiembre de 2004 (AC 2005/120) sí ha procedido la indemnización de daños morales, como consecuencia de haberse alquilado un órgano para una boda y haberse producido la incomparecencia del arrendador con el instrumento en el lugar de celebración, por lo que actuó un cantante sin acompañamiento. En este caso se indemnizó el daño moral acudiendo a los artículos 1101 y concordantes del CC –cfr. FD segundo–.

¹²⁶ *Vid.*, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2003, p. 257.

Las sanciones, en caso de incumplimiento o mal cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato son varias, la de más rigor, tal vez, la resolución *ex* artículo 1124 CC, al tratarse de un contrato bilateral, recíproco o sinalagmático.

A pesar de la regulación prolija de este contrato, no contempla, sin embargo, como remedio frente al incumplimiento o defectuoso cumplimiento, la reparación de los daños morales. Considero que al tratarse de un contrato, en caso de incumplimiento se generará una responsabilidad contractual, luego, le será aplicable el artículo 1101 CC, y en esa indemnización de «daños y perjuicios», a la que se refiere, podríamos incluir, también, la reparación del daño moral¹²⁷. Y ya que la acción de resarcimiento *ex* artículo 1101 CC es compatible con la acción resolutoria en las obligaciones recíprocas *ex* artículo 1124 CC, también se puede añadir, y con la reparación del daño moral «contractual».

Si se estudia la última jurisprudencia que asocia la reparación del daño moral a un incumplimiento en el contrato de compraventa, se observa que los casos más numerosos son aquellos en los que, precisamente, se infringe la obligación principal que tiene el vendedor: la entrega de la cosa, y que deriva, en primer lugar, del artículo que inicia el elenco de los destinados a regular el contrato de compra y venta, me refiero al artículo 1445 CC, el vendedor se obliga a «entregar una cosa determinada» –cfr., también, arts. 1462-1473 CC¹²⁸–.

Adviértase que la entrega de la cosa no debe dejarse al exclusivo arbitrio de la voluntad del vendedor, se lo impide el artículo 1256 CC, que prohíbe dejar la validez o el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes –el vendedor, en este caso–. Insistiendo en esta idea, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio, al hacer una enumeración *ad exemplum* de cláusulas abusivas, en la disposición adicional primera, considera que lo es: «La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional» –cfr. disposición adicional primera I. 5.^a–, y destaco que en este trabajo una de las preocupaciones es la defensa de quien es consumidor o usuario¹²⁹.

¹²⁷ Obsérvese como la STS de 28 de marzo de 2005 (RJ 2005/2614) en su resolución reconoce que «... parte del incumplimiento contractual y la responsabilidad que se deriva (art. 1101 CC) que comprende la indemnización por los daños morales» –cfr. FD quinto–.

¹²⁸ Cfr. REBOLLEDO VARELA, A. L., «Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado (fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción registral, cargas y gravámenes)», *Aranzadi Civil*, núms. 6 y 7, 2005, partes I y II.

¹²⁹ Precisamente, se ha remitido a la legislación de consumidores y, en concreto, a la citada cláusula abusiva, la SAP-Baleares de 31 de mayo de 2005 (JUR 2005/159306), que

En relación con supuestos específicos de retraso en la entrega de viviendas, traigo a colación la STS de 20 de diciembre de 1979 (RJ 1979/4446) cuando sienta que «la mora del vendedor en el cumplimiento de su obligación de entregar las viviendas enajenadas en la fecha en que debió efectuarlo, privó a los compradores del disfrute que de las mismas les correspondía por imperativo de lo preceptuado en el artículo 1468 del CC, disfrute que bien se exterioriza haciendo de ellas sus moradas, o bien mediante la percepción del precio cierto que reporta su arrendamiento, tiene un contenido económico pecuniariamente evaluable cuya acusada privación a los compradores es determinante de una lesión patrimonial de tan notoria realidad que le releva de toda otra prueba...» –cfr. quinto considerando–.

Por otra parte, incluso cuando se utiliza para fijar la fecha de entrega el adverbio «aproximadamente», no implica que no se estableciese plazo, ni que por tanto pudiera la demandada –vendedora– cumplir cuando le viniese bien sin derecho de la otra parte a reclamar los daños y perjuicios que pudiera producirle el retraso. En este sentido se ha pronunciado la SAP-Barcelona de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/117160) –cfr. FD segundo¹³⁰–.

Obsérvese como en un caso de retraso en la entrega del inmueble, trae a consideración el artículo 1256 CC, la SAP-Zamora de 30 de julio de 2004 (JUR 2004/278648), al imponer la condena a la mercantil demandada, vendedora, de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de su patente y relevante incumplimiento contractual, dado el largo retraso sufrido, por aplicación del artículo 1101 CC, sin olvidar que a tenor del artículo 1256 CC, el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, «y eso es lo que sucedería de quedar impune la morosidad en la entrega, pues quedaría al libre albedrío de la promotora el cumplimiento del pacto en cuestión». También hace

en un caso de retraso en la entrega de la vivienda se indemnizaron no sólo los gastos por la necesidad de arrendar otra vivienda, sino también los daños morales, ya que la certificación expedida por una doctora y la pericial psicológica efectuada por la perito judicial revelan que la actora presenta un alto nivel de ansiedad acompañado por un trastorno de angustia, siendo uno de los principales agentes estresantes productores del estrés el incumplimiento de la parte demandada, lo que ha generado un perjuicio moral a la actora.

¹³⁰ Si bien en esta sentencia no se han estimado los daños morales porque: «No se ha probado que la demora en la entrega de la vivienda haya ocasionado a los demandantes un daño físico o psíquico relevante, más allá de las lógicas molestias derivadas de tener que buscar otra vivienda donde fijar su domicilio, que no tiene entidad suficiente para hacerles acreedores de una indemnización por tal causa». Los daños y perjuicios sí se han concretado en el importe que tuvieron que satisfacer por el alquiler de una vivienda y parking durante ese período de tiempo que se han visto privados del derecho a serles entregada la vivienda.

Cfr., en el mismo sentido, la SAP-Barcelona de 28 de mayo de 2004 (JUR 2004/209328).

referencia a la reparación del daño moral: «Morosidad que incluso podemos entender que introduce frustración en el contratante que la soporta y no es ajena al consecuente daño moral producido en el ánimo del comprador, toda vez que ha quedado probado por el contrato y la propia admisión de la entidad demandada/vendedora, que efectivamente hubo un retraso en la entrega de la vivienda...» –cfr. FD cuarto–.

En ocasiones en estos casos de demora en la entrega de la vivienda, la indemnización del daño moral se cuantifica, también acudiendo a la doctrina de la «pérdida de expectativas», o de «pérdida de oportunidad» –muy utilizada en los supuestos de contrato de servicios de abogados y procuradores, cuando se habla de «pérdida de oportunidad procesal», que se estudió en este trabajo–, y que, en cierto modo, implica un lucro cesante, *ex* artículo 1106 CC, una ganancia que se ha dejado de obtener y se generaría si se hubiese, por ejemplo, arrendado la vivienda. En este sentido se pronuncia la SAP-Barcelona de 12 de febrero de 2004 (AC 2004/528), en el caso de autos, fueron nueve meses y medio de retraso y no disfrute o disposición. En la reclamación de daño moral se incluye el perjuicio sufrido por no disfrutar de la vivienda en Navidad y Semana Santa y la compensación por el sufrimiento psíquico de la pérdida de uso del apartamento los fines de semana, que se cuantifica en 320.000 pesetas, así como la eventual zozobra por la pérdida de expectativas de arrendamiento –cfr. FD segundo, con la rúbrica: El daño moral y su cuantificación¹³¹–.

También se indemnizan daños si por el retraso en la entrega de la vivienda el comprador se ve en la necesidad de alquilar otra en el ínterin; pero se trataría de indemnizar, en ese caso, los daños patrimoniales¹³². Asimismo se han indemnizado los daños morales por retraso en la entrega de una vivienda y la consiguiente necesidad de vivir en casa de personas «no deseadas», como ha ocurrido en el caso resuelto por la SAP-Baleares de 27 de mayo de 2004 (JUR 2004/188984). Se había comprado una vivienda en construc-

¹³¹ La Sala estimó que los daños morales por el retraso deben fijarse, prudencialmente, en 1.500 euros, teniendo en cuenta que no se trataba de primera vivienda sino de vivienda de recreo, que se dejó de disfrutar los fines de semana, Navidad y Semana Santa y que el desasosiego producido no es equivalente a otros producidos por incumplimientos más graves.

¹³² En este sentido, las SSAP-Barcelona de 28 de mayo de 2004 (JUR 2004/209328) y de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/117160), en un caso de demora en la entrega, no se han indemnizado los daños morales, pero sí han destacado que esos daños y perjuicios se concretan en el importe que tuvieron que satisfacer por el alquiler de una vivienda y plaza de parking. Sí se han indemnizado los daños morales, por la demora en la entrega, además de los patrimoniales, por los gastos por el arrendamiento de una vivienda, en la SAP-Baleares de 31 de mayo de 2005 (JUR 2005/159306).

ción y se aprecia retraso en la entrega respecto de la fecha acordada. De tal manera que una señora y su novio han tenido que residir durante más de un año con los «suegros» (*sic*) de la actora, «viéndose obligados durante ese tiempo –como mínimo– a una convivencia no deseada por cercenamiento del derecho a la intimidad» en que incurrió FADESA, vendedora¹³³.

En determinados casos no se indemnizan los daños patrimoniales y sí, exclusivamente los morales. Así ha ocurrido en la SAP-Valladolid de 29 de octubre de 2004 (JUR 2004/291314). En el caso enjuiciado se consideró que el retraso de ocho meses que supone para los actores una clara frustración de las expectativas legítimas de los demandantes de disponer de su vivienda en el plazo convenido, frustración que si bien no ha podido ser resarcida en la forma interesada como principal en la demanda, al no acreditarse cumplidamente por los actores la realidad de los daños y perjuicios de orden patrimonial o meramente material invocados, «sí que justifica al menos el reconocimiento del daño moral que entiende el Juez de instancia produce la demora en la entrega de un inmueble destinado a vivienda familiar en el plazo convenido contractualmente» –cfr. FD segundo¹³⁴–.

Si bien, como he destacado, los casos más numerosos en la jurisprudencia en los que se indemnizan daños morales derivados del contrato de arrendamiento son los de retraso o demora en la entrega, también he de destacar otros supuestos. Así, la STS de 12

¹³³ Aclara la sentencia que aun cuando no hubiera existido esa convivencia en casa de los padres del novio de la actora, no por ello dejaría de concurrir el daño moral al hurtarse a aquélla momentáneamente la ilusión y necesidad de adaptar la vivienda a su personalidad durante tanto tiempo y a privarle de obtener de la misma algún rendimiento (arrendarla, por ejemplo) aun cuando ésta no hubiere sido la intención inicial de la demandante –cfr. FD segundo–. Obsérvese cómo se insiste en este fallo en la denominada «pérdida de expectativas» o de «oportunidades», como la de arrendar, lo mismo que se ha destacado en la SAP-Barcelona de 12 de febrero de 2004 (AC 2004/528), ya reseñada.

¹³⁴ En la SAP-Valencia de 18 de enero de 2005 (JUR 2005/64045), en un supuesto de incumplimiento por el vendedor de la obligación de entrega de la vivienda, se estimaron los daños morales por el «desasosiego, inquietud e incertidumbre: sensación anímica digna de compensación». Y en la SAP-Lugo de 4 de mayo de 2005 (JUR 2005/157210) habiéndose incumplido la obligación de entrega de la vivienda, se indemnizaron los daños morales por quedar frustrada la expectativa de compra del actor ante la actuación negligente del demandado, vendedor.

Sin embargo, esa demora en la entrega de la vivienda no ha dado lugar a la indemnización de daños morales en otros casos, como en la SAP-Córdoba de 3 de noviembre de 2004 (JUR 2004/51711) porque consideró que la demora en la entrega no ha privado a los actores de una vivienda donde instalarse, ya que para el Tribunal es claro que con anterioridad disponían de otro lugar donde residir. Por lo tanto: «No puede hablarse de zozobra, sufrimiento, dolor, pena, etc., que son datos definidores del daño moral; se trataría más bien de molestias o contrariedad propias de quien sufre el incumplimiento contractual, pero nunca de daño moral» –cfr. FD segundo, *in fine*–. Tampoco se han indemnizado los daños morales por demora en la entrega, en la SAP-Segovia de 4 de febrero de 2005 (JUR 2005/92229).

de julio de 1999 (RJ 1999/4770) declara la procedencia de la indemnización de los daños morales como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa por defecto de cabida, se condenó a la vendedora a la devolución del precio, los gastos del contrato y los daños morales ¹³⁵. En otro caso, STS de 29 de abril de 2005 (RJ 2005/4552), se indemnizó el daño moral es decir de «imagen», aunque no se diga expresamente, derivado del incumplimiento del vendedor, en relación al impago del impuesto de plusvalía y condena a indemnizar el importe que el comprador avaló para evitar la vía administrativa de apremio y otra cantidad adicional por el perjuicio que el embargo del solar causó en su prestigio como agencia inmobiliaria ¹³⁶.

Veamos otros supuestos en los que ha procedido la reparación del daño moral derivado del contrato de compraventa; pero no ya de vivienda, sino, por ejemplo, de un vehículo de segunda mano, caso que ha resuelto la SAP-Barcelona de 19 de mayo de 2005 (AC 2005/1038), los actores habían comprado un vehículo de segunda mano a «Catalunya, Motor, S. A.» y demandan a esa sociedad y a «Seat, S. A.», —esta última aunque fue absuelta, reconoce el Tribunal que la vendedora está adscrita a la red de concesionarios de SEAT, figurando esta denominación en bastantes pasajes de la garantía, lo que justifica la opción de demandarla— al advertir en el primer año de tenencia del vehículo múltiples entradas al taller que denotan un funcionamiento insatisfactorio. Se considera que la frustración de expectativas debe encuadrarse en el concepto de daño moral, por la sensación de zozobra, impotencia, malestar, ansiedad, angustia y la propia sensación de frustración personal y ante el círculo de amistades y familiares: «tales sensaciones negativas... exceden de lo que es mera molestia, enojo o enfado y, por su importancia, entrañan daño moral...» —cfr. FD segundo, *in fine* ¹³⁷—.

¹³⁵ El Tribunal Supremo asume los argumentos de la sentencia de instancia al apreciar los daños morales, los cuales representan el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, pueden producir en la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada, cuya determinación compete al juzgador de instancia —cfr. FD segundo—.

¹³⁶ Y se ha reparado el daño moral «dada la evidencia de que incumplimiento contractual hubo, se hizo público por el embargo y su anotación, y por ello supone, en cualquier caso, para un profesional, un demérito en el prestigio de que pueda disfrutar —cfr. FD cuarto—.

¹³⁷ Se acude por el Tribunal al artículo 11.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que habla de «hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación» y en su apartado 3.b, al contemplar la posibilidad de resolución «no otra cosa es la devolución del precio», se refiere al supuesto de que «el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviere destinado». Pienso que, también pudo haberse recurrido al artículo 8 de la citada Ley cuando se refiere a las «prestaciones propias de cada producto», y, como tantas veces, al artículo 1258 CC, ya que los contratos no sólo obligan a lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

Y en un caso de compraventa mercantil, asimismo se han indemnizado los daños morales, me refiero a la SAP-Granada de 1 de junio de 2004 (AC 2004/1377). Se trató de la venta de un aparato de fotodepilación por láser que resultó inhábil para la finalidad con que fue adquirido, lo que implicó la consideración del supuesto por el Tribunal, más que como defectos ocultos, como un *aliud pro alio* o entrega de una cosa distinta, en tanto que no cumple las características exigidas para servir al destino previsto. Procedió la reparación de los daños y perjuicios, del lucro cesante por la necesidad de tratar gratuitamente a los clientes que habían visto frustrado su resultado prometido y después de adquirir el nuevo equipo. En relación a los daños morales, se declaró que: Sí que ha de acogerse el recurso en lo referente a los daños morales reclamados y que el juzgador fija en 1.000.000 de pesetas, puesto que la propia actora, al reclamar como lucro cesante 6.792.500 pesetas (40.823,75 euros), añade textualmente: «... dentro de los cuales incluimos los daños morales»¹³⁸.

3. DAÑOS MORALES RESULTANTES DE LA CONTRAVENCIÓN POR LA COMPAÑÍA TELEFÓNICA DE UN CONTRATO DE PUBLICIDAD

La sentencia que por primera vez acepta, de modo explícito, la tesis favorable a la reparación del daño moral derivado del contrato y que es epítome de toda la doctrina jurisprudencial posterior en cuanto al reconocimiento del «daño moral contractual» es la STS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403) en la que se ha estimado el daño moral derivado de la contravención por la Compañía Telefónica Nacional de España de un contrato de publicidad celebrado con el actor.

Daños morales sufridos como consecuencia de haberse omitido en la guía telefónica de la provincia de Lérida la inserción en letra negrilla del nombre, apellidos, profesión de abogado, dirección y número de teléfono de aquél. En este sentido, como se declara en el sexto considerando –de la primera sentencia–: la exigencia del resarcimiento por daños inmateriales o relativamente patrimoniales o indirectos, tales como la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela y anunciada mediante la normal publicidad en los casos en que, como el de autos y recursos, era realizada en la guía telefónica según contrato con el cliente o abonado reclamante, abo-

¹³⁸ Ha de entenderse, argumenta el Tribunal, que engloba tal concepto –el del daño moral– en el lucro cesante, y por ello, se acoge esta pretensión en la cuantía de 6.010,12 euros.

gado en ejercicio, cuyos datos desaparecieron de la guía durante un año, con la natural repercusión que ello entraña en punto a la incertidumbre de su baja o cesación profesional, traducible lógicamente en minoración de clientela y otros efectos, tales como, *mutatis mutandis*, es corriente en el mundo de la publicidad, en el que la permanencia del anuncio se convierte en necesidad inexcusable para la persistencia del tráfico mercantil, industrial o profesional.

A mi juicio, la conclusión más relevante que puede inferirse de la lectura de este fallo casacional es la interacción entre los daños patrimoniales y morales, frente a la contundente declaración de la STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002/9736): «El concepto de éste [daño moral] es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual» –cfr. FD quinto¹³⁹–.

Admite esta injerencia de daños morales en patrimoniales y viceversa Igartua Arregui al comentar esta premonitoria STS de 9 de mayo de 1984 –por la admisión de daños morales contractuales– cuando señala que se trata de uno de tantos supuestos en los que daño material y daño moral van tan unidos que es prácticamente imposible su separación¹⁴⁰.

Así es, en el caso de autos se admite que se han producido daños inmateriales a «la fama, el prestigio, la nombradía profesional», es decir daños morales; pero al mismo tiempo reconoce la repercusión que ello entraña en punto a la incertidumbre de su baja o cesación profesional «traducible lógicamente en minoración de clientela y otros efectos...» –cfr. sexto considerando de la primera sentencia– de donde se infiere la producción, además, de daños patrimoniales.

¹³⁹ Todo sin perjuicio de reconocer mi acuerdo con el resultado final de la STS de 31 de octubre de 2002: que consideró de entidad suficiente los daños para estimar una ruina funcional que definió como aquellos que conllevan «desperfectos que vengán a hacer inútil la cosa para la finalidad que le es propia» –en el caso de autos, las humedades en apartamentos que componen un complejo residencial–; pero, y para lo que aquí importa, estimó que los hechos no son de valor suficiente para apreciar los daños morales... cfr., el comentario a esta sentencia de MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 61, 2003, núm. 1653, pp. 245 ss.

¹⁴⁰ De esto infiere el autor que «ante la dificultad que en algunas ocasiones supone la prueba del daño material, se reclama tan sólo el de naturaleza moral». *Vid.*, IGARTUA ARREGUI, F., comentario a la STS de 9 de mayo de 1984 en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 5, núm. 136, p. 1640. Y, en el ámbito del daño moral, también sería más fácil la prueba del daño moral contractual, porque, como acertadamente señala esta sentencia, al referirse a los daños inmateriales: «su prueba es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC)» –cfr. quinto considerando de la primera sentencia–.

En otra resolución de la misma Sala Civil: STS de 13 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6111) se responsabiliza, de nuevo, a la Compañía Telefónica Nacional de España, responsabilidad derivada, también, de un contrato de publicidad con la mencionada compañía por la «ofensa al honor» ya que el apellido «Ranera» se sustituye por el de «Ramera»¹⁴¹.

Destaca la importancia de esta sentencia Cristóbal Montes, al considerar este fallo doblemente interesante, primero, por el reconocimiento expreso y decidido del daño moral contractual y, segundo, por la plena equiparación que se hace entre éste y el daño moral extracontractual, algo que supone el comienzo de la admisión por nuestra jurisprudencia de que no hay más que una especie de daño moral, que se produce siempre que injustamente se agrede un bien material o ideal de la persona y con indiferencia de que semejante agresión tenga lugar por la realización de un hecho ilícito o por el incumplimiento de una previa obligación¹⁴².

Mi parecer, en relación a la confrontación de las dos sentencias de 1984 es el siguiente: en la primera STS de 9 de mayo de 1984 la responsabilidad es contractual –contrato de publicidad–, en la segunda, STS de 13 de diciembre de 1984 el daño al honor surge por la culpa extracontractual –la actora no estaba legitimada para exigir el cumplimiento de un contrato en el que no había sido parte (el contrato con la Compañía había sido concertado por el padre de la actora)–, aunque, en todo caso, se podría acudir a la doctrina de la «unidad de la culpa civil» –ya lo he destacado en el primer apartado de este estudio–.

Además, en la primera, STS de 9 de mayo de 1984 se habría podido indemnizar solamente el daño patrimonial, que es el que, a la postre, podrá producirse, y se traduce en la «minoración de la clientela», además «la permanencia del anuncio se convierte en necesidad

¹⁴¹ Sin embargo, no se estimó el daño al honor en la STS de 19 de mayo de 2005 (RJ 2005/4083). Se habían reclamado daños patrimoniales y morales en relación a un anuncio publicado en el *Diario Montañés* por la «Sociedad de Alergólogos del Norte» en el que se afirmaba que la actora no estaba en posesión del título de especialista en Alergología. Se encontró el Tribunal con la endémica situación de la necesidad de determinar la preferencia o no del derecho al honor –en este caso profesional–, en su colisión con el derecho a la libertad de información –ambos derechos fundamentales–. Proclamó la preferencia, en este caso, del derecho a la información, ya que la noticia publicada es aséptica sin entrar en descalificaciones deontológicas o éticas; según el Tribunal la publicación no contiene ningún ataque al honor personal o individual de la actora, –en este caso profesional–, en su prestigio profesional, ya que la Sociedad de Alergología se limitó a informar que la hoy recurrente no estaba en posesión del título de especialista en Alergología, lo que era cierto en dicho momento ya que hasta fecha posterior no obtiene el título de especialista. Fallo distinto al analizado, de la STS de 1984, en el que claramente se aprecia un daño al honor y, por otra parte, no aparece conflicto de intereses con otros derechos. En esta sentencia de 2005 lógico es que prevalezca el derecho de información, además veraz, el anuncio no reflejó más que la realidad en el momento de su publicación.

¹⁴² *Vid.*, CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño moral contractual», *Revista de Derecho Privado*, 1990, p. 12.

inexcusable para la persistencia del tráfico mercantil, industrial o profesional» –cfr. sexto considerando de la primera sentencia–; por otra parte, en la segunda, STS de 13 de diciembre de 1984 es más patente el daño moral que el patrimonial, que no se aprecia en el caso que se enjuicia, daño moral, «ofensa al honor» –dice la sentencia– evidente al sustituir el apellido de la actora «Ranera» por «Ramera».

4. CONTRATOS BANCARIOS: «CONTRATO DE CAMBIO DE MONEDA». INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES COMO CONSECUENCIA DE LA ENTREGA DE BILLETES FALSOS

Resulta sorprendente, alucinante, que en el lapso de apenas un mes se hayan producido semejantes incumplimientos en el ámbito de los contratos bancarios, en concreto, en relación con un contrato de cambio de moneda. Asombra todavía más que el incumplimiento sea imputable, en las dos ocasiones, a la misma entidad bancaria y de la misma localidad: el «Banco de Santander, S. A.», oficina de Laredo.

Me refiero a las sentencias el Tribunal Supremo de la Sala Primera, Civil, con el mismo ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz: SSTs de 17 de febrero de 2005 (RJ 2005/1679) y 28 de marzo de 2005 (RJ 2005/2614).

En el primero de estos fallos, STS de 17 de febrero de 2005 (RJ 2005/1679), la cuestión fáctica no presenta duda alguna: el matrimonio formado por los demandantes doña Marta y don Bruno cambiaron –lo hizo la primera para sí y para su esposo– pesetas por dólares (contrato de cambio) con ocasión de un inmediato viaje a Rusia en junio de 1994; la entidad bancaria en la que realizaron el cambio era la demandada «Banco de Santander, S. A.», oficina de Laredo, la cual entregó tres billetes de 100 dólares cada uno falsos y otro de 50 auténtico; en el mencionado viaje advirtieron que eran falsos al ir pagando con ellos, produciéndose graves alteraciones y escándalos; en el tercero se produjo su detención por la policía y retirada del pasaporte, aunque a la postre fueron puestos en libertad y les fue devuelto el pasaporte; la entidad bancaria, al cambiarles moneda y darles dólares les cobró comisión y, a la vuelta del viaje y mostrarles el dinero falso les devolvió su importe en pesetas y de nuevo les cobró comisión («sorprendentemente», dice la sentencia de la Audiencia Provincial)¹⁴³.

¹⁴³ En Rusia, los avatares del pago con moneda falsa suministrada por la entidad bancaria fueron lastimosos y los actos de los demandantes acertados o desacertados, pero en ningún caso ilícitos, no fueron contrarios a la buena fe; intentaron hacer el pago sucesiva-

El Tribunal Supremo proclamó que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1101 CC la entidad demandada debe indemnizar a los demandantes los daños sufridos y éstos no son otros que los daños morales, que afectan a intereses espirituales del ser humano, evidentes en el caso presente que fueron atentados al sagrado derecho a la libertad personal, prescindiendo del tiempo que durara, al inalienable derecho a la dignidad, por las afrentas y vejámenes sufridos y al derecho a la seguridad jurídica, al verse inmersos en situaciones violentas en un país con escasa tradición democrática, lengua desconocida y garantías ignoradas. Y en relación a los daños morales, declara el Tribunal que la valoración jurídica de los daños morales es clara en su importancia y gravedad; la valoración económica, como en todo daño moral es difícil; lo que es razonable es la cuantía reclamada, a la vista de la entidad causante del daño y del sufrimiento de las víctimas –cfr. FD quinto¹⁴⁴–.

Por otra parte, en la STS de 28 de marzo de 2005 (RJ 2005/2614) se enjuicia el supuesto de hecho siguiente: don Aurelio, en junio de 1994 celebró con el Banco de Santander, sucursal de Laredo, contrato de cambio por el que adquirió, con pago de un precio (comisión) 600 dólares en seis billetes de 100 dólares. Viajó a los Estados Unidos de América del Norte, donde convivió con doña Regina, ciudadana norteamericana domiciliada allí. En el mes de julio, ambos trataron de abrir una cuenta corriente en el Fifth Third Bank, de Cincinnati (Ohio). Entregaron los referidos billetes de 100 dólares que resultaron falsos y al advertirlo la entidad bancaria se comunicó con la policía y dos agentes pertenecientes al Departamento del Tesoro se presentaron en la oficina del banco, les detuvieron a ambos, les interrogaron en público, les condujeron al citado Departamento, les registraron, les tomaron fotografías, huellas y datos personales (le «ficharon», dice la sentencia de primera instancia). Al mostrar el resguardo de la adquisición de los dólares en la entidad bancaria española, quedó en libertad; la relación sentimental entre el demandante y doña Regina se deterioró, aquél regresó a España y la relación quedó rota definitivamente.

La Sala Civil del Tribunal Supremo que conoce de este recurso de casación estimó la demanda y parte del incumplimiento contractual y la responsabilidad que se deriva (art. 1101 CC) que comprende la indemnización por los daños morales –cfr. FD quinto–.

mente con los tres billetes falsos que les había dado el banco y actuaron lícitamente y con buena fe cuando confiaron con buena lógica que los billetes no lo eran –cfr. FD cuarto–.

¹⁴⁴ Se condenó a la demandada «Banco Santander Central Hispano, S. A.» a abonar a cada uno de los recurrentes, demandantes, la cantidad de 78.131 euros.

Así, en el presente caso se reitera la doctrina antes citada –de la STS de 17 de febrero de 2005– se ha producido un atentado al sagrado derecho a la libertad personal, en la detención, conducción y retención en dependencias policiales, al inalienable derecho a la dignidad, en la presentación de los agentes e interrogatorio público y en la difusión de ello en la población de su residencia, al esencial derecho a la seguridad jurídica, en la situación de verse inmersos en una cuestión que en principio parecía delictiva, en país y legislación extrañas, al intransferible derecho al libre desarrollo de la personalidad, por haberse truncado física y emocionalmente una relación sentimental. En definitiva la Sala Civil determina discrecional, que no arbitrariamente, la cuantía de la indemnización que se fija en 360.000 euros –cfr. FD quinto ¹⁴⁵–.

Nótese que si partimos del dato de que la Sala Civil del Tribunal Supremo recuerda en la STS de 29 de mayo de 1978 (RJ 1978/1952) –considerando 2.º– que ni nuestro Código Civil ni el Código de Comercio contienen una regulación sistemática de los denominados contratos bancarios, si bien la notoria pobreza de los esquemas legales sobre el particular es suplido en el tráfico con la debida utilización del principio de libertad de pacto proclamada en el artículo 1255 CC, pues dentro de sus amplios límites encuentra cobertura la compleja y variadísima negociación bancaria, reconducible en la generalidad de los casos a los tipos contractuales contemplados en el ordenamiento positivo ¹⁴⁶. Podemos parangonar estos casos analizados de contrato de cambio con entrega de billetes falsos con los de pago de cheques falsos o falsificados o de abonos indebidos y tal y como señaló en dicha sentencia el alto Tribunal, se puede acudir a tipos contractuales como pueden ser en este punto el denominado pago al acreedor aparente –art. 1164 CC–, medida de protección al deudor que honestamente cree que el que le exige el crédito o al que paga es su acreedor y recordar que

¹⁴⁵ Obsérvese que la cuantía de la indemnización es distinta en ambos casos resueltos, también las consecuencias han sido distintas, piénsese en la mayor acentuación del daño moral de la segunda sentencia por «haberse truncado física y emocionalmente una relación sentimental». En efecto, en el FD tercero de esta sentencia, se reconoce que se trata de un supuesto semejante al de la STS de 17 de febrero de 2005, por lo que se reitera la doctrina, aunque no idéntico: coincide el hecho [cambio de moneda falsa], es distinto el daño y la pretensión indemnizatoria.

Sin embargo, en la SAP-Madrid de 18 de marzo de 2005 (JUR 2005/107611) no se estimó el daño moral derivado de un contrato bancario de cuenta corriente, debido al cobro de comisiones indebidas y devolución de una serie de efectos presentados al cobro cuando existía saldo suficiente para efectuar su pago. Concluye la sentencia que careciendo el presente caso de suficiente apoyo probatorio, la incidencia y entidad de los daños en base a los que se reclama –daños morales– no se considera adecuada la indemnización por tal concepto y por ello ha de rechazarse el recurso.

¹⁴⁶ Cfr., en este sentido, también, la STS de 19 de octubre de 1976 (RJ 1976/4590).

por antonomasia, el *accipiens* del cumplimiento será el propio acreedor, es decir, «la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación» (art. 1162 CC), sin perjuicio de la designación por el acreedor de otra persona a la que autoriza: el *adiectus solutionis causa* o persona designada con ocasión del cumplimiento, a la que se refiere la última parte del artículo 1162 CC¹⁴⁷.

Veamos algunos casos resueltos por los Tribunales, si bien en sede de cheques falsos o falsificados y las responsabilidades derivadas para los bancos o los mismos clientes. Con el propósito de inferir alguna doctrina que pueda, también, ser aplicable a los supuestos de contrato de cambio de billetes o moneda.

Tiene declarado la Sala Civil del Tribunal Supremo en la STS de 7 de junio de 1984 (RJ 1984/3217), ratificada por la STS de 30 de diciembre de 1985 (RJ 1985/4565) que dictaminada la perfecta falsificación de una firma o su inexactitud con la del depositante y tenedor legítimo, precisándose de ser discernido con medios técnicos complejos y adecuados y que en consecuencia impide afirmar que el empleado de la ventanilla bancaria dejó de actuar con la diligencia exigible, habida cuenta que la evidente apariencia de legitimidad de la firma y certeza que para destruirla hubiese precisado técnicas especiales, no exigidas por el uso comercial en el ámbito de lo cuestionado¹⁴⁸.

Es decir, la doctrina legal venía distinguiendo según que la falsificación hubiera sido normalmente detectable, o bien perfecta y hubiere precisado para ser detectada de técnicas especiales no exigidas por el uso comercial en el ámbito del contrato en cuestión, supuesto, este último, que impedía apreciar una falta de diligencia

¹⁴⁷ Cfr., también, STS de 19 de octubre de 1976 (RJ 1976/4590).

En relación al pago al acreedor aparente, dispone el artículo 1164 CC: «El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor». Cfr. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2003, p. 168. LASARTE, C., *Principios de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Pons, Barcelona, 2004, p. 126.

Obsérvese que la SAP-Alicante de 11 de diciembre de 2001 (JUR 2002/48580), al enjuiciar un caso de abono indebido de cheque falso o falsificado se apoya, entre otros preceptos, en el artículo 1162 CC «de donde se deduce que si se paga a persona distinta, ese pago no libera al deudor de su obligación, ni anula el derecho del acreedor fundado en el contrato de cheque» –cfr. FD tercero–.

¹⁴⁸ La STS de 25 de julio de 1988 (RJ 1988/5717), que recuerda la citada doctrina del alto Tribunal, también declara, remitiéndose a otros fallos del Supremo, que han estimado que al banco sólo puede exigírsele la diligencia y lealtad impuestas por el vínculo creado, a causa de que todos los contratos mercantiles están dominados por el principio de la buena fe, que se consagra legislativamente en el artículo 57 del Código de Comercio. –Cfr. voto particular–.

En esta sentencia se enjuicia un caso de transferencia de cantidad sin orden del titular de la cuenta, se fundamenta la condena en la apreciación de negligencia grave en el banco que realizó una transferencia de la cantidad indicada desde la cuenta bancaria del actor, radicada en Madrid, a otro banco, domiciliado en Luxemburgo, en la cuenta del beneficiario que no se demostró tuviera relación alguna con el actor.

exigible –SSTS de 7 de junio de 1984 (RJ 1984/3217) y 30 de septiembre de 1985 (RJ 1985/4565)–; sin embargo, la STS de 15 de julio de 1988 (RJ 1988/5717), siguiendo la directriz del artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque –Ley 19/1985–, que impone al banco el daño resultante de un cheque falsificado, siempre que no se demuestre la culpa del librador, inicia una orientación más rigurosa exigible a las entidades bancarias, que no es sólo la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una parte de su lucro en tales cometidos ¹⁴⁹.

En fin, la Ley 19/195, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, en su artículo 156, recoge la doctrina que impone al banco el daño resultante de un cheque falsificado, siempre que no se demuestre la culpa del librador. Pues bien, aplicando esta norma a los casos enjuiciados por las SSTS de 2005: 17 de febrero y 28 de marzo, se infiere de ellas esa falta de culpa o negligencia del cliente a la que se refiere el citado artículo 156 ¹⁵⁰. Así la STS de 17 de febrero de 2005 –cuya doctrina confirma la STS de 28 de marzo de 2005– revisa, en casación, la calificación jurídica realizada por la Audiencia que había calificado la conducta de los demandantes de «contraria a las más elementales normas de la buena fe» y señala el Tribunal Supremo que «no cabe imputar mala fe en los particulares, sino intolerable negligencia en el banco» –cfr. FD tercero–.

Además recuérdese que la STS de 15 de julio de 1988 (RJ 1988/5717), siguiendo la directriz del artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, inicia una orientación más rigurosa en orden a la diligencia exigible a las entidades bancarias, que no es sólo la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como comerciante experto. Y se remite a un principio que bien puede aplicarse, también a los casos que se han estudiado de cambio de moneda falsa en los que, reiteradamente declara el Tribunal

¹⁴⁹ La SAP-Alicante de 11 de diciembre de 2001 (JUR 2002/48580), siguiendo este criterio, manifestó que «de lo que no existe duda es que conforme a lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, corresponde al librado acreditar la culpa del cuentacorrentista y pechar con las adversas consecuencias de su falta de prueba» –cfr. FD tercero–.

¹⁵⁰ El artículo 156 se encuadra dentro del capítulo VIII, *Del cheque falso o falsificado*, en el título II, *Del cheque*, y dispone que: «El daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques o hubiera procedido con culpa».

la ausencia de mala fe de los demandantes que actuaron «lícitamente y con buena fe» –STS de 17 de febrero de 2005 [FD cuarto]– el principio de la buena fe, que se consagra legislativamente en el artículo 57 del Código de Comercio, y que el uso comercial consagra, en mayor medida, en el contrato bancario [y bancarios eran los contratos de cambio de moneda], «basado en la recíproca confianza, que en esencia significa que una de las partes se entrega a la conducta leal de la otra, que confía que ésta no le engañará»¹⁵¹.

A mayor abundamiento, se acude por los Tribunales a la doctrina del riesgo profesional, a la teoría del riesgo, que deben asumir los depositarios de fondos ajenos y, en relación al pago de cheques falsos o falsificados –pero bien puede traerse a colación esta doctrina o teoría al campo que analizamos, de contrato de cambio con entrega de moneda o billetes falsos– declara, al referirse, insisto, a los cheques falsificados que «el peligro de que se presenten cheques falsificados, y el perjuicio de tener que pagarlos se compensa con el lucro que obtiene el banco del conjunto de operaciones que realiza»¹⁵².

¹⁵¹ Cfr. fundamentos de Derecho del voto particular en esta STS de 15 de julio de 1988 (RJ 1988/5717)

¹⁵² Cfr. la paradigmática STS de 7 de junio de 1984 (RJ 1984/3217). Utiliza esta misma doctrina del riesgo, la SAP-Alicante de 11 de diciembre de 2001 (JUR 2002/48580).

La reserva viudal. Vigencia actual *

MARÍA DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El objeto de este trabajo es ofrecer una visión, doctrinal y jurisprudencial, del régimen jurídico actual de la reserva viudal y su posible aplicación a situaciones análogas o similares a los supuestos de hecho que la originan, intentando aclarar y determinar, entre otras cuestiones: los sujetos realmente implicados y afectados; las facultades del reservista y los efectos de sus actos de administración y disposición sobre dichos bienes, dependiendo de la fase en la que se encuentre la reserva, de pendencia o consumada, y de la forma de aplicación de la referencia genérica del Código Civil a la Ley Hipotecaria; las consecuencias de la convivencia con la legítima y la distribución de los bienes en relación con la posibilidad de mejorar a algún reservatario y de coexistencia con la preterición; la repercusión frente a terceros afectados por los actos de enajenación del reservista; las acciones a ejercitar por los reservatarios en defensa de sus derechos, según el momento de efectividad de la reserva, y sus plazos de ejercicio; supuestos de extinción y aplicación extensiva en el futuro a otras realidades sociales admitidas jurídicamente, como son las uniones de hecho.

* Este trabajo se inscribe en el marco de un Proyecto de Investigación (BJU 2002-00585) acerca de «Los problemas actuales del Derecho de Sucesiones», concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, al grupo de investigación del profesor José María Miquel González, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: 0. *Introducción.*—I. *Origen histórico y naturaleza jurídica:* I.1 Consideraciones comunes. I.2 Particularidades de los Derechos Forales y Legislación de las Comunidades Autónomas.—II. *Concepto.* III. *Supuestos.*—IV. *Sujetos: reservistas y reservatarios.*—V. *Bienes reservables.*—VI. *Fases de la reserva.*—VII. *Facultades del reservista, efectos de los actos de administración y disposición. Facultades de los reservatarios.*—VIII. *Relación de la reserva con la legítima, facultad de mejorar a reservatarios y preterición.* IX. *Liquidación del estado poseedorio del reservista: mejoras.*—X. *Extinción y límites:* X.1 Renuncia. X.2 Premoriencia. X.3 Desheredación.—XI. *Perspectivas de futuro de la institución.*—XII. *Relación de jurisprudencia citada.*—XIII. *Bibliografía.*

0. INTRODUCCIÓN

La necesidad del estudio o de volver a reflexionar sobre la institución de la reserva viudal la expresó Ruiz Artacho¹ hace años, pero sus palabras aún hoy podrían pronunciarse con la misma finalidad y oportunidad.

Para este autor, cuyo pensamiento hoy permanece, «quizá la institución de Derecho civil que más ha hecho correr la tinta a raudales será la de la reserva, especialmente desde la promulgación de nuestro Código Civil. Tanto por la novedad en él de la reserva lineal como por el cambio importante operado en la ordinaria, son incontables, a partir de aquel momento los estudios y trabajos aparecidos en tratados, comentarios, monografías y revistas profesionales.

A pesar de ello (¿sería lícito decir que tal vez por causa de ello?) y de la nutrida jurisprudencia, civil e hipotecaria, se presentan hoy las mismas dudas que surgieran antiguamente y aún están sin resolver cuestiones tan interesantes, a mi juicio, como la que se refiere la pregunta del epígrafe de estas notas. Quizá por ello habría que dar la razón al autor que afirma que la reserva continúa aún en su fase evolutiva.

Para plantear el problema es sus términos exactos y estudiar la naturaleza de los fundamentales derechos que surgen de la reserva, lo que está íntimamente ligado con aquel punto que intentamos resolver, es forzoso recapitular sobre la doctrina elaborada tanto por los autores como por la jurisprudencia»².

¹ RUIZ ARTACHO, J., «Algo más sobre las reservas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1931, p. 417.

² Y de la misma opinión participa GENOVÉS AMORÓS, C., «La desheredación y las reservas», *Revista de Derecho Privado*, 1947, pp. 744-745, pues afirma, respecto al tema

Esta reflexión refleja lo que ha ocurrido y lo que sucede en la actualidad con muchos temas de carácter sucesorio, y, en concreto, con la figura de la reserva vidual, institución que ha tenido que ir adaptándose, desde su origen, a los cambios sociales y jurídicos que se han ido produciendo a lo largo del tiempo. Resulta notoria la importancia de los cambios en la regulación de la reserva vidual desde la promulgación del principio de igualdad jurídica: respecto de los hijos, por ejemplo, con independencia de su origen, matrimonial o no matrimonial; con relación a los cónyuges, sobre atribución de derechos y obligaciones; en materia de adopción, sin distinción, ahora, entre simples o plenas, etc.

Con todo, la figura de la reserva vidual sigue estando presente en los tribunales, planteando problemas que hoy merecen particular atención, como la determinación de los sujetos implicados por la reserva y sus fases, sobre todo en supuestos con diversas líneas de descendencia; la propia concreción de los bienes afectados; las facultades del reservista y los efectos de sus actos de administración y disposición sobre dichos bienes; la convivencia con la institución de la legítima y la posibilidad de mejorar a algún reservatario, y sus límites.

Éstos son, entre otros, los principales temas que todavía continúan vigentes en materia de reservas hereditarias, y que, aún, preocupan a nuestra doctrina, a la luz de las decisiones jurisprudenciales sobre la materia.

Temas que se tratan en este trabajo con la intención de ofrecer una visión actual del régimen jurídico de la reserva vidual, según su interpretación y aplicación, en nuestros días, por doctrina y jurisprudencia.

I. ORIGEN HISTÓRICO Y NATURALEZA JURÍDICA

I.1 Consideraciones comunes

Como puede deducirse de líneas anteriores, para comenzar a entender el actual régimen jurídico de la reserva vidual, no está de

de la reserva, que es una figura que «el Código no regula son suficiente claridad y que sus preceptos se prestan a graves confusionismos», aunque considera que «la doctrina jurisprudencial ha resuelto algunos y ha suministrado la base para que se vayan resolviendo otros más o menos penosamente».

E, igualmente, opina TORRES MURCIANO, J. M.³, «La desheredación por el reservista», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1943, p. 265, que presenta la reserva ordinaria como «institución que hoy se presenta en plena crisis de sistema».

más hacer un breve recorrido histórico de la figura, en el que aparecen definidos los rasgos esenciales de su naturaleza jurídica, que ayudan a esclarecer y facilitar la interpretación de la normativa vigente y las decisiones jurisprudenciales actuales.

Esta breve referencia histórica ha sido resumida en diferentes ocasiones por doctrina y jurisprudencia.

En este sentido, Vallet de Goytisolo³, estima que la regulación histórica de la reserva clásica puede dividirse en dos fases: «la correspondiente a la plena vigencia de la Ley Feminae, de Teodosio el Grande, fechada en 382, y la segunda iniciada en el Imperio de Occidente, con La Novela 6,8, del emperador Julio Mayoriano, del año 461 y en el Oriente, con la Novela 22 de Justiniano, de 536, que recogió y desarrolló el mismo criterio introducido un siglo antes en Occidente por Mayoriano. La diferencia esencial entre el sistema de una y otra fase histórica radica en el distinto criterio sobre reparto de los bienes reservables entre los hijos comunes: la Ley Feminae permitió al bínubo la elección del beneficiado y la distribución de los bienes; las Novelas de Mayoriano y Justiniano adoptaron un sistema automático e igualitario».

«Los precedentes hispánicos de la reserva viudal se inician en el Fuero Juzgo, 4,5,2, que prohibió a la mujer casada varias veces que dejara a hijos de otro matrimonio las arras que recibió de uno de sus maridos. Disposición de parecida redacción e igual contenido que hallamos en el Fuero Real, 3,2,1.

De su texto resulta que es de la bínuba de quien heredan los hijos las arras que a ésta le dio su padre, *«de guisa que los fijos de padre no partan en las arras que dio el padre a los otros»*.

La Partida 5,13,24, impuso a la viuda que contrajera nuevas nupcias la reserva, a favor de los hijos del anterior matrimonio, de las arras y donaciones que le hubiese hecho su primer marido y de cuanto recibiere de la herencia de éste.

Estas disposiciones no imponían la reserva sino a la viuda que contrajere ulteriores nupcias, por lo cual la Ley 15 de Toro aclaró que los viudos que volvieron a casarse estaban obligados a reservar a los hijos del primer matrimonio en los mismos casos que las mujeres segunda vez casadas estaban obligadas a reservar la propiedad de lo que *oviere del primer matrimonio o heredare de los hijos del primer matrimonio*.

³ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *Fundamentos*, Madrid, 1982, pp. 785-791.

La Ley 14 de Toro aclaró otro punto discutido, resolviendo que el viudo o viuda que volvieron a casarse no estaban obligados a reservar sus gananciales».

A parte de las «disposiciones autóctonas», aclara este autor, «se aplicaran en Castilla, a partir de la Pragmática de los Reyes Católicos de 1499, las disposiciones del Derecho romano común...».

«El Proyecto de Código Civil de 1851 significó la propuesta de retornar al criterio de la Ley *Feminae*...», respecto de la facultad de mejora atribuible al bínubo.»

«Este criterio es el que ha seguido el Código, que, en el artículo 972, reproduce con ligeras variantes de redacción la norma del artículo 805 del Proyecto.

Y la primera Ley Hipotecaria, de 1861, en su exposición de motivos, recoge las vacilaciones en torno a la naturaleza jurídica de las reservas y los efectos de enajenaciones de bienes reservables, de lo que deriva el artículo 974 del Código Civil».

La jurisprudencia, en este sentido de perspectiva histórica, ha manifestado, también, en STS de 17 de junio de 1967 (RJ 3025), que «nos encontramos ante una figura desconocida en la generalidad de los Códigos europeos y de honda raigambre en el Derecho patrio, y en cuanto a la forma de la que tratamos, tomada del Derecho romano, ha sido muy discutida, tanto en el terreno científico como en la doctrina de esta Sala; estimándose ya superada aquella tendencia recogida en las Sentencias de 21 de marzo de 1861, 16 de junio de 1862, 18 de junio de 1880 y 22 de junio de 1895, ésta posterior al Código Civil, que asimilaban los derechos del reservista a los del usufructuario, las cuales confundían dos especies jurídicas distintas, ha sido sustituida, a partir de la importante Sentencia de 6 de julio de 1916⁴, por aquella otra teoría que la con-

⁴ Doctrina que también recoge la STS de 7 de julio de 1978 (RJ 2755): «Si bien en punto a la estructura legal y naturaleza de la delación reservataria la *Lex Foeminae* (Código, libro V, tít. 9, Ley 3) ordenaba a las mujeres que teniendo hijos de su primer matrimonio hubieren pasado a segundas nupcias que «transmitan íntegro» a tales descendientes todo cuanto había percibido por liberalidad del cónyuge premuerto, de suerte que sobre tales bienes les quedaba «concedida solamente la facultad de poseerlos y disfrutarlos hasta el término de la vida, no también para enajenarlo», prescripción que la *Lex hac edictali* y más en concreto la *genera liter consenus* (6 y 5 de los mismos título y libro) extendieran al viudo («en estos mismos casos reserve también el marido para los hijos comunes lo que los bienes de la mujer fue a poder de él»), partiendo de cuya base los autores de Derecho común asimilaron la reserva viudal al usufructo, la omisión de toda referencia a este derecho real en las normas del Código Civil sobre la reserva del viudo, determinó el abandono de tal tesis y por ello la doctrina de esta Sala, principalmente contenida en las SS de 6 de julio de 1916, 27 de noviembre de 1929 y 17 de junio de 1967 (RJ 1967/3025), así como la de la Dirección General de los Registros –Resolución de 14 de abril de 1969 (RJ 1969/4172)–, entienden que falta la analogía entre la posición del reservista y la del usufructuario que impide establecer identidad en su situación jurídica, desde el momento que aquél puede disponer de los bienes inmuebles como dueño, con las limitaciones

sidera como una variedad, de características propias, de las limitaciones de la autonomía de la voluntad en las sucesiones *mortis causa*, o sea, de aquellas en las que el legislador ha señalado un orden de suceder de obligado acatamiento, del tipo de las legítimas, aunque diferenciada de ellas, porque su contenido no se marca por una cuota parte, sino que se concreta en determinados bienes teñidos por su origen y cuya calidad de reservables depende de una complejidad de circunstancias...»⁵.

I.2 Particularidades de los Derechos Forales y Legislación de las Comunidades Autónomas

También, algunos Derechos civiles especiales de las Comunidades Autónomas han recogido la figura de la reserva viudal siguiendo, asimismo, su tradición histórica.

Respecto a la forma de nacimiento de la reserva, la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su artículo 149.3, establece que «la reserva de bienes no tendrá lugar sino cuando aparezca *previamente determinada* en testamento abierto u otra escritura pública», por lo que no se presume legalmente sino que ha de constar impuesta expresamente en documento público por el cónyuge premuerto.

En este mismo sentido puede entenderse lo dispuesto en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, en cuyo artículo 72.2, relativo a las islas de Ibiza

impuestas en los artículos 974 y 975 del Código Civil, y enajenar eficaz y absolutamente los muebles, sin más obligación que indemnizar conforme determina el artículo 976, por lo que ha de ser calificada la del reservista como institución *sui generis* con un fin determinado, argumentos a los que la doctrina científica añade el de la contingencia e incluso indeterminación de los reservatarios, que, por otra parte, no pueden reivindicar hasta la muerte del reservista los bienes enajenados por éste, según señala el artículo 975.

La misma conclusión es válida para el Derecho Privado Foral Navarro, por cuanto la Ley 274 sobre la reserva del bínubo no asimila su posición a la del usufructuario, incompatible con las facultades de disposición a que hace referencia su último párrafo y con las de enajenaciones gobernadas por las disposiciones del Código Civil, tal como previene la Ley 278.

Por lógica, de los conceptos y las distintas fuentes de su constitución no es permitido identificar la posición del cónyuge viudo beneficiado con el usufructo de fidelidad, con todas las características de un derecho real limitado sobre bienes ajenos y consiguiente exclusión de facultades dispositivas (Leyes 253 y 258 en relación con la 408), y la del reservista bínubo, por cuanto la reserva viudal comprende bienes recibidos en propiedad (Ley 274).

⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, t. II, 1997, pp. 712-714, defiende que la reserva viudal tiene una naturaleza jurídica semejante a la sustitución fideicomisaria condicional.

En contra de tal opinión, argumenta RUIZ ARTACHO, *ob. cit.*, pp. 418-420.

y Formentera, se establece que «los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones *mortis causa*, a título universal o singular, con las sustituciones, modalidades, reservas, renunciaciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que los otorgantes establezcan».

Y en cuanto a la posibilidad de excluir la reserva por el causante o donante, los hechos generadores de la reserva y la libertad de distribución de los bienes del reservista, en los artículos 387 a 391 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre, se establece:

– Artículo 387: «*Salvo en el caso de que el testador, donante o heredante haya dispuesto otra cosa*, los bienes que el cónyuge sobreviviente haya adquirido por cualquiera de *éstos títulos, directamente de su difunto consorte o por sucesión intestada de un hijo común o de un descendiente de éste*, pasarán a tener la calidad de reservables a favor de los hijos comunes del anterior matrimonio o de los hijos adoptivos también comunes, o de sus descendientes, a partir del momento en que dicho consorte sobreviviente contraiga nuevas nupcias, tenga un hijo no matrimonial o adopte a uno.

Al fallecer el cónyuge sobreviviente, los bienes reservables o sus subrogados serán deferidos a los hijos o descendientes reservatarios que existan al producirse dicho fallecimiento, los cuales *los adquirirán como sucesores del cónyuge premuerto*, conforme a lo que establece el siguiente artículo, sin perjuicio de su derecho a renunciarlos».

– Artículo 388: «La delación de los bienes reservables tendrá lugar según las reglas de la sucesión intestada, *con exclusión* de los que hayan renunciado la reserva después de producido el hecho que da lugar a ésta y *de los justamente desheredados por el cónyuge premuerto, o declarados indignos en la sucesión de éste*. La exclusión no afectará la estirpe de descendientes del renunciante premuerto al reservista ni la de los desheredados o declarados indignos de suceder.

No obstante, *el cónyuge podrá distribuir*, para después de su fallecimiento, entre los reservatarios los bienes reservables.

Fallecido el cónyuge reservista con heredamiento universal a favor de alguno de los reservatarios, pero sin que al otorgarlo, ni con anterioridad, hubiera ejercido por actos entre vivos dicha facultad de distribución, se considerará que por el mero hecho de otorgar el heredamiento usó de esta facultad exclusivamente a favor del heredero contractual que llegue a serlo, el cual, al fallecer el reservista, hará suyos los bienes reservables, a excepción de aquellos que antes del heredamiento el reservista hubiera dado a cualquiera de los reservatarios que le sobrevivan.

Será de aplicación el párrafo anterior al reservatario o reservatarios que resulten ser herederos del reservista por heredamiento puro o preventivo o por testamento, siempre que el reservista no hubiera ejercido antes o después del heredamiento o testamento dicha facultad de distribución. Igualmente será de aplicación a los

reservatarios que resulten ser donatarios o legatarios de bienes reservables, de sobrevivir éstos al reservista».

– Artículo 389: «La reserva no afectará a los bienes enajenados o gravámenes constituidos por el cónyuge viudo antes de producido el hecho que da lugar a la reserva, los cuales, de otro modo, habrían sido reservables, sin perjuicio de que tal reserva afecte a sus subrogados. Se exceptuarán los casos en que haya confabulación fraudulenta con el adquirente, salvando también las acciones de simulación que procedan.

La reserva no afectará tampoco a los bienes enajenados o a los gravámenes constituidos por el cónyuge sobreviviente si la enajenación o el gravamen se han hecho con el consentimiento unánime de todos los hijos o descendientes que en el momento de hacerlos tenían el carácter de reservatarios, o con el consentimiento de quien ejercía su representación o defensa legal. El consentimiento prestado no implicará la renuncia de la condición de reservatarios si no se hace constar de forma expresa en el momento de prestarlo.

Será de aplicación a los bienes muebles reservables lo que, para los sujetos a restitución fideicomisaria, establece el artículo 208.2 y 3».

– Artículo 390: «Cuando determinados bienes sean en parte reservables y en parte no reservables, el Juez, a petición del reservista, autorizará la determinación de la reserva en bienes concretos; si se trata de un único bien y es susceptible de división, el juez la hará, y asignará a cada una de las porciones que de ella resulten el carácter de reservable o de libre.

La resolución judicial debe hacerse constar mediante nota al margen de la inscripción de los inmuebles si la condición de reservables constaba en el Registro de la Propiedad .

El procedimiento será el que se establece en materia de subrogación real de bienes fideicomitidos».

– Artículo 391: «Ninguna reserva ni reversión legal afectará a los bienes adquiridos por herencia o por donación, salvo la reserva establecida en el presente capítulo».

La imperatividad de la reserva, aunque reduciendo los bienes afectados, sí aparece, sin embargo, y al igual que la libertad de distribución de bienes de dicha reserva, en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, Ley 1/1973, de 1 de marzo, modificada, en esta materia, por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, respecto de los artículos 274 a 278:

– Ley 274. Obligación de reservar: «El padre o madre que reiterase nupcias está obligado a reservar y dejar a los hijos del matrimonio anterior, o a los descendientes de los mismos, la propiedad de todos los bienes que *por cualquier título lucrativo, a excepción de las arras, hubiera recibido de su anterior cónyuge*, de los hijos que de él hubiera tenido o de los descendientes de éstos.

Esta obligación subsistirá mientras existan descendientes reservatarios, aunque el padre o madre bínubo enviudare y muriese en tal estado.

Será nula la dispensa de la obligación de reservar hecha por un cónyuge a favor del otro para el caso de que éste contrajera nuevas nupcias.

Será también nula toda disposición del padre o madre bínubo que contravenga de cualquier otro modo lo establecido en esta ley.

El padre o madre bínubo puede disponer de los bienes reservables con entera libertad entre los hijos o descendientes reservatarios. Si no dispusiere de los bienes, los heredarán los reservatarios conforme a lo establecido para la sucesión legal».

– Ley 275. Determinación de los reservatarios: «La determinación de los reservatarios, cuando éstos deban heredar conforme al orden de sucesión legal, podrá hacerse por acta notarial de notoriedad o información *ad perpetuam memoriam*».

– Ley 276. Extinción de la reserva: «Se extinguirá la obligación de reservar cuando todos los reservatarios renunciaren su derecho, fueren incapaces de suceder, hubiesen sido legalmente desheredados o no sobrevivieren al reservista, salvo el derecho de representación para el caso de premoriencia».

– Ley 277. Enajenación de bienes reservables: «Respecto a los actos de enajenación o gravamen de bienes reservables, muebles o inmuebles, se aplicarán las disposiciones del Código Civil y de la legislación hipotecaria.

Sin embargo, tendrán validez y definitiva eficacia los actos que el reservista realizare con el consentimiento de todos los que, al tiempo de la enajenación o gravamen, fuesen hijos reservatarios o descendientes de los premuertos.

En caso de enajenación de bienes reservables, la reserva tendrá por objeto los bienes subrogados».

– Ley 278. Normas supletorias: «Se aplicarán a la reserva establecida en este capítulo las disposiciones del Código Civil y de la Ley Hipotecaria sobre inventario y garantías de los reservatarios».

Y, respecto de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil del País Vasco, sus artículos 85 a 90 disponen, incluyendo la libertad de disposición:

– Artículo 85: «El padre o la madre que a título gratuito adquiere de un hijo bienes raíces que éste a su vez hubiese adquirido, también a título gratuito, de su madre o de su padre, tendrá, si contrae ulterior matrimonio o tiene un hijo que no lo sea del cónyuge premuerto, la obligación de reservarlos a favor del transmitente y de sus hermanos de doble vínculo, o de los descendientes de cualquiera de ellos».

– Artículo 86: «El viudo que contraiga ulterior matrimonio o tenga algún hijo que no sea el cónyuge premuerto está obligado a reservar, a favor de los parientes tronqueros de su expresado cónyuge, los bienes troncales procedentes de éste que hubiese adquirido por comunicación foral.

En los mismos supuestos, el cónyuge viudo que al disolverse la comunicación foral hubiese recibido bienes cuyo valor sea mayor que la suma de los bienes de su procedencia y la mitad de los gana-

dos, está obligado a reservar el exceso a favor de los hijos y descendientes del matrimonio disuelto».

– Artículo 87: «En los bienes raíces donados para un matrimonio, antes o después de su celebración, sucederán los hijos o descendientes habidos de él, con exclusión de cualesquiera otros».

– Artículo 88: «El viudo o viuda que pase a ulterior matrimonio, o tenga un hijo que no lo sea de su difunto consorte, estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del expresado cónyuge premuerto todos los bienes que haya adquirido de éste por testamento, donación u otro cualquier título lucrativo».

– Artículo 89: «Las reservas aquí reguladas alcanzan, en todo caso, a los edificios, plantíos y mejoras que hubieren sido hechos por el reservista, con la obligación de satisfacer a éste o a sus herederos el valor actual de los mismos, dentro del año y día a contar de la fecha en que el reservatario hubiere entrado en su posesión».

– Artículo 90: «El reservista, en todos los casos regulados en este capítulo, podrá designar sucesor entre los reservatarios, en los términos establecidos para la sucesión testada, y no podrá imponer sustituciones y gravámenes sino a favor de ellos».

II. CONCEPTO

Siguiendo esta línea de pensamiento respecto a la naturaleza jurídica de esta figura sucesoria, De la Cámara define la reserva hereditaria como «una limitación impuesta a la facultad de disponer (*inter vivos* y *mortis causa*) de determinada persona (reservista) sobre determinados bienes caracterizados por su procedencia (bienes reservables), y a favor de ciertas personas (reservatarios) que adquirirán dichos bienes si existieren al fallecer el reservista, y salvo que antes se hubiera extinguido la reserva por cualquiera de las causas que excepcionalmente determinan su extinción»⁶.

En otras palabras, como afirma Miquel González⁷, «las reservas se caracterizan por establecer, a favor de ciertas personas, un

⁶ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, 1999, p. 329.

Vid. igualmente VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *La reserva clásica*, 1983, p. 451, y *Panorama del Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 784, quien comprende «la estructura de las reservas sucesorias como limitaciones de la capacidad dispositiva, establecidas con la finalidad de evitar la salida fuera de determinado ámbito familiar, de los bienes sujetos a reserva, evitando ese resultado estimado contrario de la que presumiblemente fue la voluntad de quienes dispusieron a favor del reservista o dejaron discurrir a su favor la sucesión intestada».

Y en el mismo sentido se manifiesta PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, t. V, *Familia y Sucesiones*, 1972, pp. 859-861.

⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas. Voz: Reserva (Derecho Civil)*, vol. IV, 1995, p. 5850.

Vid. en este sentido, ROCA SASTRE, L., *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 684; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. III, 1983, p. 201.

destino para determinados bienes, o su valor, por razón de la causa de su adquisición y la procedencia de los mismos».

El Código Civil establece en su articulado dos clases de reservas hereditarias, la lineal o troncal (art. 811), y la ordinaria o vidual (arts. 968 a 980).

Respecto a la reserva lineal el artículo 811 dispone que «el ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden».

Esta norma, de creación posterior en materia de reservas, debe completarse⁸, en algunos casos, con la regulación, más completa, que el Código Civil dedica a la reserva vidual, que, según el artículo 968, consiste en que «el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquiera título lucrativo, pero no su mitad de ganancias».

Además, es de todo punto reconocido que tanto la jurisprudencia⁹, como la doctrina¹⁰, estiman que al ser la reserva vidual, de los artículos 968 a 980 del Código Civil, más antigua, se superpone y prevalece sobre la lineal del artículo 811, pues ésta «no es aplicable cuando queda descendencia común, que estaría regida siempre por el sistema de las legítimas y mejoras y demás disposiciones legales del Código, que regulen la sucesión entre padres y descendientes legítimos»¹¹.

Por tanto, la reserva troncal se extingue por la concurrencia de la vidual respecto de los mismos bienes¹².

⁸ Según opinión de MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *Enciclopedia Jurídica Básica*, ob. cit., p. 5850.

Vid. en la misma línea, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1958, pp. 652 ss. Este autor matiza la posibilidad de la aplicación analógica de todos los artículos de la reserva vidual, según jurisprudencia y doctrina.

Vid. igualmente, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, ob. cit., p. 329.

⁹ SSTs 4 de enero de 1911 (núm. 2, 1911), 21 de enero de 1922 (núm. 24, 1922), 10 de noviembre de 1953 (RJ 2704, 1953), 8 de junio de 1954 (RJ 1591, 1954) y 21 de octubre de 1991 (RJ 7228, 1991).

¹⁰ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, ob. cit., p. 207.

¹¹ STS de 4 de enero de 1911 (núm. 2, 1911).

¹² VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil*. «Artículo 968», t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2292; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 968», t. XIII.2, EDESA, Madrid, 1981, pp. 107 ss.

Cabe, pues, definir la reserva ordinaria, resumiendo, con Roca Sastre, los artículos 968, 969, 979 y 980 del Código Civil, como «aquella institución jurídica en virtud de la cual la ley impone al cónyuge viudo que pasa a segundo o ulterior matrimonio o que haya tenido durante el anterior matrimonio o tenga en estado de viudez un hijo no matrimonial o que adopte en estado de viudez a otra persona, la obligación, en el sentido de gravamen, de conservar la propiedad o, en su caso, su valor, de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, sucesión intestada, donación, u otro cualquier título lucrativo, o de cualquiera de los hijos de su primero o anterior matrimonio o de los parientes del difunto por consideración a éste por los mismos títulos antes expresados, por destinarlos *post mortem* la ley a favor de los hijos y descendientes del primero o anterior matrimonio que vivan al fallecer el cónyuge reservista»¹³.

Una institución que, según este mismo autor, debe subsistir por la lógica suspicacia ante segundas o posteriores nupcias¹⁴, teniendo en cuenta que la razón de ser de la reserva viudal «es la limitación de la facultad de disponer impuesta al cónyuge bínubo, con la finalidad de proteger los intereses de los hijos y descendientes del primer matrimonio, en relación con los bienes procedentes gratuitamente de su progenitor fallecido, frente a la posible presencia de otros hijos nacidos de las segundas nupcias». Se trata de la «presunción legal de que no se habría otorgado la institución de heredero o la donación, si el disponente (cónyuge premuerto) hubiera previsto que por las posteriores bodas se perjudicarían a los hijos comunes»¹⁵.

III. SUPUESTOS

La determinación de los supuestos en los que debe aplicarse la reserva viudal aparece mencionada en los artículos 968, 979 y 980 del Código Civil. Según estos preceptos, la reserva debe aplicarse en los supuestos en los que el viudo pase a segundo o posteriores matrimonios, o tenga, durante el matrimonio o en estado de viudez, un hijo no matrimonial, o adopte a otra persona que no sea hijo del consorte en cuestión.

¹³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., pp. 684-685.

¹⁴ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 687.

¹⁵ SAP-Vizcaya de 24 de junio de 2002 (JUR 97761, 2002); Barcelona, 6 de septiembre de 2004 (JUR 30709, 2004); Toledo, 11 de diciembre de 2000 (JUR 78966, 2000), y STS de 22 de junio de 1995 (RJ 4978, 1995).

Vid., igualmente, en este sentido, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, ob. cit., p. 210.

Estos son los supuestos que contempla, expresamente, el Código Civil, pero la doctrina se ha planteado la posibilidad de entender que esta reserva puede afectar, también, al cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo y al cónyuge divorciado, cuando contraen posterior matrimonio.

Para la mayoría de los autores ¹⁶, la nulidad del matrimonio debe conllevar, a favor de los hijos, la obligación de reservar, según se desprende del artículo 79 del Código Civil.

E, incluso, para algunos autores, esta obligación de reservar debe extenderse, también, en los supuestos de nulidad del segundo o ulterior matrimonio, si hubo descendencia de dicho matrimonio, de forma análoga a lo previsto en el artículo 980 del Código Civil ¹⁷.

Más complicado se presenta el supuesto de divorcio, aunque, también, la mayoría de la doctrina ¹⁸ se muestra favorable a la aplicación de la reserva, apoyándose en la misma razón que en el caso de nulidad.

E, igualmente, empieza a ocurrir con el tema de las parejas de hecho, que, para algunos autores, deberían estar afectos, analógicamente, al régimen de la reserva viudal, para no conculcar el artículo 14 de la Constitución Española respecto a los hijos nacidos de tal relación ¹⁹.

¹⁶ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, ob. cit., p. 332; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas. Voz: Reserva*, ob. cit., p. 5851; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, ob. cit., pp. 211-212; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, ob. cit., p. 41; *Comentario del Código Civil*. «Artículo 968», t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2292; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 968», t. XIII.2, EDESA, Madrid, 1981, pp. 113-114.

¹⁷ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil, V, Sucesiones*, 2004, p. 446; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, ob. cit., p. 212; SANTOS BRIZ, J., y otros, *Tratado de Derecho Civil. Teoría y Práctica, VI, Derecho de Sucesiones*, 2003, p. 153; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, ob. cit., p. 42; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 980», t. XIII.2, EDESA, Madrid, 1981, p. 1141.

¹⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, ob. cit., p. 333; GIMÉNEZ DUART, T., «Los desajustes de la reforma sobre legítimas y reservas», *Revista de Derecho Notarial*, 1985, p. 146; LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil, V, Sucesiones*, 2004, p. 444; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas. Voz: Reserva*, ob. cit., p. 5851; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, ob. cit., p. 42; *Comentario del Código Civil*. «Artículo 968», ob. cit., p. 2292; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 968», ob. cit., pp. 113-114.

Vid. en contra: Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 2004, p. 460; MONTES, V. L.; ROCA, E., y otros, *Derecho de Sucesiones*, 1992, p. 462.

¹⁹ Vid. en este sentido, la opinión de CUENA CASAS, M., «Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio», *Diario La Ley*, núm. 6210, 15 de marzo de 2005. Ref. D-62.

IV. RESERVISTAS Y RESERVATARIOS

La concreción de los sujetos implicados en la reserva viudal aparece en los artículos 968 y 980 del Código Civil, según los cuales los beneficiarios o reservatarios han de ser todos los hijos y descendientes del primer matrimonio, sin límite de grados²⁰ y sin diferenciar, obviamente, entre descendencia biológica matrimonial y no matrimonial, y adoptiva, aunque excluyendo los hijos, si los hubiere, de algún anterior matrimonio del cónyuge premuerto.

Y serán obligados o reservistas, según se interpreta el Código Civil, el viudo o viuda, divorciado o cónyuge con nulidad del matrimonio, que pase a segundo matrimonio, o haya tenido durante el matrimonio o en estado de viudez un hijo no matrimonial o haya adoptado a otra persona que no sea hijo del primer consorte.

No obstante, De la Cámara²¹ puntualiza que «respecto del nacimiento de un hijo no matrimonial, es necesario, para que surja la obligación de reservar, que la filiación del hijo haya quedado determinada legalmente, pues mientras tanto la filiación no surte efectos, y no puede, pues, dar lugar a la obligación de reservar; más una vez determinada, la determinación surte efectos retroactivos, según el artículo 1121, salvo que la retroactividad sea incompatible con la naturaleza de aquellos».

Y, además, se plantea esta retroactividad, ante la posibilidad de que la filiación se determine después del fallecimiento del progenitor-reservista, en cuyo caso, estima que nace la reserva y los reservatarios «tienen derecho a reclamar los bienes reservables o su importe»²².

V. BIENES RESERVABLES

Según preceptúa el Código Civil, son bienes reservables los que, según el artículo 968, el viudo «haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales»²³.

²⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil*. «Artículo 968», *ob. cit.*, p. 2293.

²¹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, *ob. cit.*, p. 331. *Vid.* también, en este sentido, Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *ob. cit.*, p. 461.

²² DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, *ob. cit.*, pp. 331-332.
²³ *Vid.* sobre ello, SAP-Cádiz de 13 de enero de 2000 (AC 717, 2000), respecto de la no aplicación de la reserva viudal en el ámbito del juicio de divorcio, cuando el bien en

E, igualmente, en virtud del artículo 969, «los bienes que, por los títulos expresados en el artículo anterior, «haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración a éste».

A) Respecto del primer grupo de bienes reservables, es decir, los adquiridos del difunto consorte, por título lucrativo, la doctrina se ha planteado varios supuestos:

a) La posibilidad de incluir los bienes recibidos por el viudo por conmutación del usufructo de su cuota legitimaria²⁴.

En este caso, Miquel González, distingue dos supuestos:

– Conmutación anterior al surgimiento de la obligación de reservar, ya que ésta nace cuando el viudo contrae segundas nupcias.

Y en este caso, entiende la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia que, efectivamente, los bienes recibidos deben ser reservables²⁵.

– Conmutación posterior a dicha obligación de reservar, en cuyo caso no serían reservables los bienes recibidos, porque «se encontrarían en una situación en cierto modo semejante a los usufructuados, por lo que la conmutación lesionaría los derechos del viudo, si al hacerla no se hubieran valorado como reservables. Si se evaluaran como reservables, la conmutación tendría escasa utilidad»²⁶.

b) Los bienes donados. Respecto a ellos parece no haber duda de que son reservables, tanto si la donación fue anterior al matri-

cuestión se adjudica a un cónyuge mediante un acuerdo de voluntades, como es un convenio regulador, otorgado en orden a la liquidación de la sociedad conyugal y refrendado en la correspondiente sentencia.

²⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas. Voz: Reserva*, ob. cit., p. 5851.

Vid. a favor de no reservables: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, t. IV, 1944; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, ob. cit., p. 333; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, ob. cit., pp. 214 y 256; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 727; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil. «Artículo 968»*, ob. cit., p. 2296; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. «Artículo 968»*, ob. cit., p. 121.

Por el contrario, *vid.* a favor de la reserva: CASASUS HOMET, E., «La conmutación del usufructo viudal y la reserva ordinaria», *Revista de Derecho Notarial*, 85-86, 1974, pp. 319-326; MONTÉS, V. L.; ROCA, E., y otros, *Derecho de Sucesiones*, 1992, p. 464.

²⁵ *Vid.* SAP-Vizcaya de 24 de junio de 2002 (JUR. 97761, 2003), porque en otro caso, dice esta sentencia, «sería dejar a la única y exclusiva voluntad del cónyuge bínubo, en este caso, la de observar o no el instituto legal de la reserva, y, por tanto, resultando contradictorio con la finalidad, precisamente, de la institución de la reserva ordinaria o viudal que se regula en el artículo 968 del Código Civil».

²⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas. Voz: Reserva*, ob. cit., p. 5851.

monio o durante el mismo, excluyendo los regalos módicos pero incluyendo las deudas condonadas²⁷.

c) Cantidades percibidas por el cónyuge superstite cuando es beneficiario de un seguro de vida estipulado por el difunto. La mayor parte de la doctrina se inclina por considerar reservable la suma que no exceda de las primas satisfechas²⁸.

Vallet de Goytisoló finaliza este tema comentando que el cónyuge fallecido puede, no obstante, dispensar al supérstite de su obligación de reservar respecto de bienes que integren el tercio de libre disposición que le deje en testamento o le done válidamente²⁹.

B) El segundo grupo de bienes reservables percibidos de los hijos, biológicos y adoptivos, por título lucrativo, debe extenderse a los también procedentes de nietos y demás descendientes de ulterior grado³⁰. Y en estos casos, debe, también diferenciarse entre:

a) Los bienes recibidos antes de contraer segundas nupcias, en los que no cabe duda de su condición de reservables.

b) Los bienes dispuestos a favor del viudo con posterioridad a las segundas nupcias, en los que se entiende que el conocimiento de los hijos de dicha situación extinguirá el fundamento de la reserva, pues supondría una renuncia a dichos bienes, en relación con el artículo 970 del Código Civil³¹.

Por el contrario, si los hijos disponen a favor del que suponen viudo, por no conocer su nuevo matrimonio, la obligación de reservar ha de continuar, obviamente, al proceder los hijos sin un efectivo conocimiento de la situación.

²⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas. Voz: Reserva*, ob. cit., p. 5851.

Vid. también, en este sentido: VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil*. «Artículo 968», ob. cit., p. 2296, aunque excluye de las reservables las donaciones remuneratorias y onerosas.

²⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas. Voz: Reserva*, ob. cit., p. 5851.

Vid. en esta línea, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, ob. cit., p. 334; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, ob. cit., p. 64; *Comentario del Código Civil*. «Artículo 968», t. I, ob. cit., p. 2297; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 968», ob. cit., p. 124.

²⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 968», ob. cit., p. 130.

³⁰ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, ob. cit., p. 460; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, ob. cit., p. 69; *Comentario del Código Civil*. «Artículo 969», t. I, ob. cit., p. 2299; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 969», ob. cit., p. 133.

Vid. en contra, PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, ob. cit., p. 878; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, ob. cit., p. 213.

³¹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, ob. cit., p. 334; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, ob. cit., p. 100.

Y lo mismo cabe afirmar respecto de los bienes otorgados por los parientes del difunto, en consideración al matrimonio, por los mismos títulos.

VI. FASES DE LA RESERVA

Dentro de esta institución, existen dos situaciones cronológicas que conforman lo que puede denominarse fases de la reserva.

A) La situación del viudo que no ha contraído nuevo matrimonio, que se encuentra en una fase «algo similar a la de pendencia». Esta fase se observa en la obligación, que establece el artículo 974 del Código Civil, de asegurar el valor de los bienes inmuebles recibidos del difunto cuando los enajenare a un tercero antes de contraer un ulterior matrimonio.

En estos casos, el Código Civil ha querido asegurar a los hijos y descendientes del primer matrimonio los bienes «reservables», ante posibles actuaciones fraudulentas del viudo que pretenda contraer nuevas nupcias.

B) El supuesto del viudo que contrae segundas nupcias. En este momento, nace, propiamente dicha, la obligación de reservar y el reservista, según disponen los artículos 977 y 978 del Código Civil, debe:

1. Inventariar todos los bienes sujetos a reserva.
2. Anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles, con arreglo a la Ley Hipotecaria (arts. 168.2, 184 a 189).
3. Tasar los muebles.
4. Asegurar con hipoteca (arts. 184 a 189 de la Ley Hipotecaria):

– La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieren al tiempo de su muerte.

– El abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia.

– La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito.

– El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados³².

³² VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, pp. 208-209, estima que el valor se refiere al valor del inmueble en el momento de la enajenación, o su precio si éste fue mayor, o menor por causas no imputables al reservista.

Es necesario señalar que, como ha manifestado la jurisprudencia, «basta con la celebración de ulterior matrimonio por el cónyuge viudo obligado a reservar, para que pueda producir efectos el artículo 968 del Código Civil»³³.

Y ello, incluso cuando demandado el reservista para la formalización de la reserva viudal, y durante la tramitación del procedimiento, recaiga posterior sentencia de divorcio del ulterior matrimonio, puesto que es «el momento de la presentación de la demanda cuando quedan determinados en principio los hechos y normativa jurídica aplicable a los mismos...

Por ello, las modificaciones de hechos o de normativa que se produzcan con posterioridad resultarán ineficaces»³⁴.

Por otro lado, como afirma Vallet de Goytisoletto³⁵, respecto de la legitimidad procesal para solicitar las medidas de garantía del cumplimiento de la reserva, sólo podrán pedir la constatación o anotación de la reserva en el Registro de la Propiedad, el reservista, los reservatarios y defensores legales de éstos.

El Registrador, por tanto, no debe tener en cuenta las calificaciones de reservables hechas por jueces, en declaraciones de herederos abintestato, y notarios en escrituras, si los otorgantes no las asumen expresamente.

Además, mantiene este autor, que la inactividad respecto a la exigencia de las medidas complementarias de aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones del reservista, «implicará la ineficacia de facto de la sujeción del reservista respecto de las disposiciones intervivos a título oneroso que éste realice de inmuebles inscritos que no estén registralmente afectos a la reserva»³⁶.

Aunque, también, reconoce que esta consideración puede resultar un poco excesiva si las circunstancias cambian.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de junio de 1995 (RJ 4978, 1995), recogiendo la doctrina de la Sentencia de 8 de octubre de 1923, ha estimado que la renuncia a las medidas de seguridad que garantizan el cumplimiento de la obligación de reservar «puede entenderse producida de una forma presunta, pues como su finalidad consiste en la exigencia de ciertas garantías que

³³ SAP-Baleares de 14 de octubre de 2002 (JUR 29111, 2002).

³⁴ SAP-Baleares de 14 de octubre de 2002 (JUR 29111, 2002), Pontevedra, 28 de abril de 2003 (JUR 210875, 2003).

³⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, pp. 187 ss.; *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *Fundamentos*, 1982, p. 833; *Comentario del Código Civil*. «Artículo 977», t. I, *ob. cit.*, p. 2326; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 977», *ob. cit.*, pp. 245-247.

³⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *Fundamentos*, 1982, p. 859; *Comentario del Código Civil*. «Artículo 978», t. I, *ob. cit.*, p. 2328; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 970», *ob. cit.*, p. 149.

aseguren la obligación de reservar que la ley impone al bínubo, si los hijos del primer matrimonio entienden que en su padre o madre concurren esas garantías sin necesidad de su constitución formal, hay que presumir la existencia de la renuncia a las mismas, en aquellos casos en que el progenitor no las presta ni ellos las exigen»³⁷.

Una cuestión de especial polémica doctrinal, respecto de las facultades de los reservatarios, pendiente la reserva, a parte de su derecho a exigir el ejercicio de las medidas de seguridad del cumplimiento de la reserva, es la posibilidad o no de transmisión de su expectativa.

Como bien afirma Vallet de Goytisolo³⁸, es una cuestión muy discutida en la doctrina, que necesita reflejar la variedad de opiniones, que él resume.

A favor de dicha transmisibilidad³⁹, sintetiza las siguientes razones:

- La reserva impone una limitación innegable a la libre disposición del reservista, lo que supone un correlativo derecho real en los reservatarios.
- Los reservatarios tienen un derecho condicional y, como tal, es enajenable.
- Es una herencia deferida, que es cedible, conforme al artículo 1531 del Código Civil y no una herencia futura.
- Por ser renunciable, debe ser transferible.

En contra de la transmisibilidad opone:

- La indeterminación subjetiva actual del titular que podrá reclamar en su día los bienes reservables.
- Inexistencia actual de objeto transmisible, al no haber nacido derecho «en» los bienes ni «a» los bienes a favor del reservatario.
- La cesión se refiere a una herencia futura, intransmisible conforme al artículo 1271.2 del Código Civil.
- Los beneficios de la reserva son personalísimos e intransferibles.

³⁷ Vid. en contra de esta tesis, GALICIA AIZPURÚA, G., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1995», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 39, 1995, pp. 1143 ss.

³⁸ Vid. al respecto, la extensa visión de las tesis y argumentos de autores a favor y en contra de dicha transmisibilidad, que este autor ofrece. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, pp. 237-253, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *ob. cit.*, pp. 877-879.

³⁹ Vid. GENOVÉS AMOROS, C., «La desheredación y las reservas», *Revista de Derecho Privado*, *ob. cit.*, pp. 740-741; LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Sucesiones*, *ob. cit.*, p. 471, y cita la STS de 21 de diciembre de 1989 (RJ 8862, 1989); PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, *ob. cit.*, p. 870, que cita la STS de 1 de abril de 1914 (núm. 1, 1914), y RDGRN de 27 de octubre de 1917 (núm. 122, 1917); ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, *ob. cit.*, p. 762; SANTOS BRIZ, J., y otros, *Tratado de Derecho Civil. Teoría y Práctica*, VI, *ob. cit.*, p. 159, quien cita la STS de 7 de julio de 1978.

Esta última tesis, negando la transmisibilidad de la expectativa del reservatario, parece ser la más acorde con la naturaleza y finalidad de la reserva, puesto que como los reservatarios suceden al reservista en los bienes reservables, durante la fase de pendencia ni existe objeto para transmitir, por no haber nacido aún derecho alguno sobre los bienes reservables, salvo respecto a medidas de aseguramiento del cumplimiento de la obligación de reservar, ni existe posibilidad de transmitir la herencia futura⁴⁰.

VII. FACULTADES DEL RESERVISTA, EFECTOS DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN. FACULTADES DE LOS RESERVATARIOS

De las facultades que posee el reservista sobre estos bienes se ocupan los artículos 974 a 976 del Código Civil.

Según el artículo 974, «serán válidas las enajenaciones de los bienes inmuebles reservables hechas por el cónyuge sobreviviente antes de celebrar segundas bodas, con la obligación, desde que las celebrare, de asegurar el valor de aquéllos a los hijos y descendientes del primer matrimonio».

Por tanto, «el cónyuge viudo adquiere los bienes referidos en los artículos 968 y 969 sin limitación dominical alguna, ni aun en el aspecto dispositivo (salvamos el caso de haber tenido un hijo no matrimonial durante el matrimonio con su cónyuge premuerto). Estos bienes ingresan en su patrimonio sin sujeción –ni siquiera condicionadamente– a reserva»⁴¹.

Las limitaciones dispositivas consiguientes a la obligación de reservar, nacen con ésta, al contraer nuevas nupcias o tener en estado de viudez un hijo no matrimonial (arts. 968 y 980 CC).

En consecuencia, respecto a la posibilidad de enajenar estos bienes, el Código Civil diferencia entre bienes inmuebles y bienes muebles:

– Los bienes inmuebles (art. 974) pueden perfectamente ser enajenados por el viudo «antes de celebrar segundas bodas, con la

⁴⁰ Vid. al respecto, Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *ob. cit.*, p. 466; MONTES, V. L.; ROCA, E., y otros, *Derecho de Sucesiones*, *ob. cit.*, p. 468.

Y de la misma opinión se mostró ya TORRES MURCIANO, J. M.^a, «La desheredación por el reservista», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1943, pp. 276-277, aunque califica el derecho del reservatario como un *ius ad rem*, al poder ejercitar medidas de aseguramiento.

⁴¹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil*. «Artículo 974», t. I, *ob. cit.*, p. 2318.

obligación, desde que las celebrare, de asegurar el valor de aquéllos a los hijos y descendientes del primer matrimonio».

Obligación que nace, únicamente, desde la celebración de las segundas nupcias, convirtiendo la reserva material en reserva de valor, y afectando única y personalmente al reservista, al convertirle en deudor del correspondiente valor⁴².

Pero si la enajenación se efectúa después de contraer nuevo matrimonio, su eficacia, según dispone el artículo 975 del Código Civil, dependerá de la sobrevivencia o no de los hijos del primer matrimonio, tras la muerte del reservista (art. 971 Código Civil), sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (arts. 34 y 37) y de lo dispuesto en el artículo 978.4 del Código Civil, es decir, la responsabilidad por enajenaciones válidas, consistente en el valor del inmueble enajenado, que deberá asegurar con hipoteca.

– Respecto de los bienes muebles, el artículo 976 CC, establece que, tanto si se realizan antes como después de contraer segundo matrimonio, «serán válidas, salvo siempre la obligación de indemnizar».

Por tanto, respecto de las enajenaciones de inmuebles, después de celebrar segundas nupcias, hay que observar que se contrae por éste hecho la obligación de reservar y surge la fase de pendencia, y como manifiesta la jurisprudencia⁴³, «durante la fase de pendencia de la reserva, el reservista tiene el derecho de dominio o propiedad sobre los bienes reservables, si bien el mismo se encuentra sujeto a condición resolutoria, que consiste en que a su fallecimiento le sobrevivan alguno de los reservatarios; como propietario puede disponer de los bienes reservables incluidos los inmuebles, si bien la enajenación de los mismos estará sujeta a la misma condición resolutoria que su derecho de dominio, la que se deriva de lo dispuesto en el artículo 975 del Código Civil al establecer que las enajenaciones realizadas por el reservista subsistirán si a su muerte no le sobrevive alguno de los reservatarios (en este sentido, la STS de 7 de julio de 1978 señala que el reservista puede disponer de los bienes inmuebles como dueño con las limitaciones impuestas en el art. 975 del Código Civil). Las enajenaciones de bienes

⁴² VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil*. «Artículo 974», t. I, *ob. cit.*, p. 2319. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 974», *ob. cit.*, p. 206.

Vid. en este mismo sentido, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, *ob. cit.*, p. 271.

⁴³ SAP-Pontevedra de 28 de abril de 2003 (JUR 210875, 2003), siguiendo a las anteriores SSTS de 4 de diciembre de 1933 (RJ 651, 1933), 18 de abril de 1942 (RJ 470, 1942), 8 de junio de 1954 (RJ 1591, 1954), que entienden la situación del reservista como una propiedad sujeta a condición resolutoria.

Y VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil*. «Artículo 975», t. I, *ob. cit.*, p. 2321, cita la STS de 30 de noviembre de 1953.

Igualmente, SANTOS BRIZ, J., y otros., *Tratado de Derecho Civil. Teoría y Práctica*, VI, *ob. cit.*, pp. 148 y 152-153.

inmuebles reservables no son por ese único motivo inválidas (nulas), sino que únicamente resultarán ineficaces si se cumple la condición resolutoria de la sobrevivencia del reservatario al reservista.

Los reservatarios, durante la fase de pendencia de la reserva (*mientras viva el reservista*) son titulares de una expectativa jurídicamente protegida no de derecho alguno sobre los bienes, derecho que sólo nace si se cumple la condición (para ellos suspensiva) de sobrevivir al reservista (STS de 11 de octubre de 1989). Como titulares de una expectativa jurídica no pueden accionar contra las enajenaciones de los bienes reservables mientras viva el reservista, sino que únicamente se encuentran legitimados para exigir de éste el cumplimiento de las obligaciones que la ley le impone para asegurar la efectividad de la reserva, esto es, para solicitar las medidas de aseguramiento previstas en los artículos 977 y 978 del Código Civil, y, en particular tratándose de bienes inmuebles, las previstas en el artículo 184 y siguientes de la Ley Hipotecaria (anotación de la calidad de reservable del bien, con previa inscripción, sino lo estuviesen)».

Por tanto, «la mera condición de reservable del bien no afecta a ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 1261 del Código Civil para la validez de los contratos, como tampoco lo haría el hecho de que los adquirentes conocieran en el momento de la compra la condición de reservable del bien (tal conocimiento tendría como únicos efectos el que el adquirente no podría oponerse a la resolución de la compraventa y sobre las acciones que tras la resolución podría ejercitar contra el reservista vendedor».

No podemos dejar de señalar que tampoco afecta a la validez del contrato traslativo el requisito impuesto en el artículo 975 CC, respecto a terceros hipotecarios desconocedores de la calidad de reservable del bien inscrito, si cumplen los presupuestos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ya que el propio artículo indica en su inciso final, «sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria»⁴⁴.

⁴⁴ Vid. en este sentido, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, J., *Compendio de Derecho Sucesorio*, ob. cit., p. 346; DORAL GARCÍA, J. A., «La reserva hereditaria común», *Anuario de Derecho Civil*, 1977, p. 538; LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Sucesiones*, ob. cit., pp. 460-461; MONTES, V. L.; ROCA, E., y otros, *Derecho de Sucesiones*, ob. cit., p. 466; RUIZ ARTACHO, J., «Algo más sobre las reservas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ob. cit., p. 427.

Igualmente opina VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil*. «Artículo 975», t. I, ob. cit., pp. 2322-2323; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 975», ob. cit., p. 221.

Y del mismo modo se pronuncia la jurisprudencia respecto de los actos de administración, como lo es, por ejemplo, el contrato de arrendamiento que quedará resuelto al deceso del reservista⁴⁵.

Sobre la referencia genérica del artículo 975 del Código Civil a la Ley Hipotecaria, Vallet de Goytisolo, expone las diferentes líneas de interpretación y argumentos de los diferentes autores que han reflexionado sobre la materia agrupándolos en tres grupos⁴⁶: favorables a la única aplicación del artículo 34 LH, a favor de la aplicación de los artículos 32, 34 y 37 LH, defensores de la única referencia al artículo 37 LH.

Los argumentos esbozados por los defensores del artículo 34 de la Ley Hipotecaria se centran en el juego de la fe pública registral, si se cumplen todos los requisitos del artículo 34, pero los partidarios de los artículos 32 y 37, afirman que la no constancia de la calidad de reservable del bien, que podría conllevar la ineficacia de la transmisión en perjuicio de tercero, hace inimpugnable la propiedad del tercero que inscribe, salvo los supuestos de enajenación en fraude de los acreedores reservatarios, si ha sido a título gratuito, y la complicidad del fraude, es decir, el simple conocimiento por el tercero de la calidad reservable del bien no invalida la transmisión.

Pero no es difícil pensar, en este último caso, que el conocimiento de la calidad de reservable del bien por el tercero, le hace cómplice, de alguna manera, del fraude a los reservatarios.

Vallet de Goytisolo se inclina por la tesis de la aplicación de los artículos 32 y 37, basándose en la STS de 8 de octubre de 1910,

⁴⁵ STS de 11 de octubre de 1989 (RJ 6910, 1989).

⁴⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, pp. 175-193; *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *ob. cit.*, pp. 824-828.

Favorables a la única aplicación del artículo 34 LH cita a CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral*, LXXV. Madrid, 1978, p. 477; DE DIEGO, C., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 1932, p. 390; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, t. V, Madrid, 1957, p. 86, y BORRELL Y SALAS, A. M.^a, *Miscelánea jurídica*, Revista Jurídica de Cataluña, XXXII, 1926, p. 312.

A favor de la aplicación de los artículos 32, 34 y 37 LH cita a MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código Civil Español*, vol. VI, artículo 811, IV, B, 2.º, p. 307, y vol. VII, artículos 968 a 980, III, II, C, f, pp. 298 ss., Madrid, 1943; BARRACHINA Y PASTOR, F., *Derecho Hipotecario Notarial*, t. I, Castellón, 1911, pp. 272 ss.; MARÍN MONROY, A., «La reserva llamada tradicional u ordinaria. Su evolución», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. VI, 1930, pp. 779 y 820; ROCA SASTRE, L., *Derecho Hipotecario*, vol. IV, p. 683, y *Derecho de Sucesiones*, t. II, Barcelona, 1997, pp. 734-739; SÁNCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho Civil VI*, 3.º, artículo II, 3,1, Madrid, 1910, p. 1910.

Como defensores de la única referencia al artículo 37 LH cita a DE BUEN, D., *Notas al Curso Elemental de Derecho Civil*, de A. Colin y H. Capitant, vol. VIII, Madrid, 1928, pp. 388 ss.; DE LA RICA, R., *Comentarios al nuevo Reglamento hipotecario*, vol. II, Madrid, 1949, p. 296; MORELL Y TERRY, J., «Reservas», en *Estudios sobre el Código Civil*, Madrid, 1894, pp. 272 ss., y MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado y concordado extensamente*, XVII, artículos 974-976, Madrid, 1944, p. 288.

las RRDGRN de 6 de marzo de 1910, 29 de diciembre de 1931 y 10 de agosto de 1939, entendiendo que la «enajenación de bienes inmuebles inscritos cuando su reserva no se hallare anotada o constatada debidamente en su inscripción, transformará esa reserva de bienes en reserva de valor, fenómeno igual al que ocurre con la enajenación de bienes muebles reservables».

No obstante, es importante resaltar la reflexión de Díez-Picazo y Gullón, entendiendo que «las enajenaciones de bienes inmuebles hechas a tercero no subsisten por imperativo del artículo 975 si la reserva llega a consumarse, lo que en alguna jurisprudencia se traduce como que tales enajenaciones de resuelven (STS de 9 de febrero de 1934 y 30 de noviembre de 1953)»⁴⁷.

Sin embargo, también, añade que sobre «la naturaleza de la acción para evitar que subsistan las enajenaciones de inmuebles hechas por el reservista pendiente la reserva», cree que «se trata de un supuesto de ineficacia sobrevinida, es decir, que la enajenación será válida hasta el momento de la consumación de la reserva, por lo que la acción que mejor cuadra para destruir la eficacia de un negocio válido es evidentemente la rescisoria⁴⁸ (arts. 1290 y 1299). Ahora bien, no debemos olvidar que el reservista puede haber llamado a su herencia (distinta de los bienes reservables) a los reservatarios. Si son herederos de aquél, no podrán impugnar las enajenaciones realizadas, porque continúa su personalidad a estos efectos. Pero la herencia del reservista será deudora a los reservatarios del valor de los bienes, equiparándose la situación por razón de analogía a la que se produce cuando estamos ante enajenaciones de inmuebles válidas».

Pero, respecto de esta última observación, no debemos olvidar el fundamento y finalidad de la reserva y ésta se vulneraría ante posibles situaciones de fraude, que se producirían cuando, para evitar dicha obligación de reservar, el reservista nombrase herederos a los reservatarios, puesto que dichos bienes reservables, una vez enajenados, nunca podrían ser recuperados por ellos, y ésta salida del entorno familiar es lo que, precisamente, trata de evitar la institución de la reserva.

Vallet de Goytisolo, ante esta posibilidad de uso de la acción rescisoria, ha estimado que «si se tratase de una situación rescindible al consumarse la reserva, no podría ejercitarse la acción rescisoria sin hacer previa excusión de los bienes del reservista

⁴⁷ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *ob. cit.*, p. 466.

⁴⁸ *Vid. igualmente*, SANTOS BRIZ, J., y otros, *Tratado de Derecho Civil. Teoría y Práctica*, VI, *ob. cit.*, p. 157.

(art. 1294 CC) y caducaría a los cuatro años del fallecimiento de éste (art. 1288). De tratarse de una anulabilidad se daría el mismo plazo de caducidad»⁴⁹.

Y añade que «la rescisión parece una protección algo débil para el interés de los reservatarios, en especial, porque no les permitiría, ni en caso de constatación registral de la reserva, la recuperación *in natura* de los bienes reservados, si se pudiera indemnizar en dinero, dada la subsidiariedad de la acción rescisoria con arreglo al artículo 1294 del Código Civil, indemnización que habría que estimarse posible mientras no se hiciera excusión de la herencia no reservada del reservista. De ese modo, la constatación registral sólo significaría una afección subsidiaria y cuasi-hipotecaria de los inmuebles reservables. Ninguno de estos resultados conjuga bien con el texto de los artículos 975, palabras «subsistirá únicamente», y 978.4 «el valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados», que, como contrapartida, indican que hay disposiciones que no subsisten, que no resultan válidas, porque la reserva se consume –civil o hipotecariamente– sin que, en sus textos, se salve su subsistencia por la sola circunstancia de que sea posible indemnizar en dinero a los reservatarios»⁵⁰.

Tampoco es favorable Vallet de Goytisolo a la atribución de la naturaleza de nulidad ni anulabilidad de la acción de impugnación de las enajenaciones de estos bienes sometidos a reserva, porque el efecto de la impugnación «no consiste en anular la enajenación sino en impedir su subsistencia, esto es, en hacer cesar su eficacia al consumarse la reserva. El resultado previsto en el artículo 1303 no es aplicable, ya que no hay que devolver los frutos anteriores a la muerte del reservista, ni base legal para exigirlos, puesto que los reservatarios no tienen derecho a ellos. Ciertamente es que esto quieren explicarlo algunos autores rompiendo la unidad de la venta, entendiéndolo que sólo se anula la venta de la nuda propiedad, mientras la del usufructo se consume y extingue por finalizar su término, que está ligado a la vida del reservista transmitente. Pero entonces, no se explicaría el derecho a las expensas que, con mayor razón que al heredero gravado de fideicomiso (art. 783.2) o al comprador con pacto de retro (art. 1518.2) debe corresponder al reservista, y, por ende, también a quien sea derechohabiente suyo. Tampoco hay devolución del precio con sus intereses, en virtud del artículo 1303, sino en su caso, evicción, de acuerdo con el

⁴⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, p. 164; *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *ob. cit.*, p. 829.

⁵⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, pp. 165-166.

artículo 1477, y no se hubiese vendido asumiendo el comprador el riesgo de la reserva»⁵¹.

En consecuencia, a juicio de este autor y de acuerdo con la jurisprudencia, la acción aplicable podría ser la derivada del cumplimiento de la condición resolutoria de sobrevivencia de los reservatarios al fallecimiento del reservista⁵². Y cita, en este sentido, las SSTs de 9 de febrero de 1954 y 30 de noviembre de 1953, y las Resoluciones de la DGRN de 25 de junio de 1892, 10 de junio de 1924 y 29 de diciembre de 1931.

Sin embargo, tampoco llega a convencerle porque los efectos de la no subsistencia de la enajenación no se corresponden con los de la resolución, en cuanto al abono de las expensas, que no se rige por el artículo 1122.6. Y se le plantea la duda tanto de la naturaleza jurídica de la acción, como de su plazo de prescripción.

En este sentido, lo que si está claro, es que la acción de impugnación nace en el momento del fallecimiento del reservista, momento en que su derecho expectante se consuma⁵³.

En conclusión, y según Vallet de Goytisolo⁵⁴, «queda, pues, claro que aun cuando de datos del Registro resulten los hechos constitutivos de la reserva, ésta no afecta a los adquirentes de bienes inscritos si su existencia no consta inscrita de modo expreso en el Registro o anotada marginalmente a petición de los reservistas, de los reservatarios o de quienes en defensa de los intereses de éstos legalmente puedan solicitarlo. Así la reserva de bienes inmuebles no inscrita es de efectos meramente obligacionales —como lo es siempre la de los bienes muebles—, de igual modo que las hipotecas legales requieren ser inscritas sobre inmuebles determinados. La enajenación de bienes inmuebles inscritos sin que su reserva se halle anotada o constatada debidamente la transforma en reserva de valor, como ocurre con la enajenación de bienes muebles reservables. El reservatario que no haya exigido su anotación habrá aceptado —sea conscientemente o pacientemente con su omisión— esa metamorfosis de la obligación de reservar el inmueble enajenado por la de reservar su valor y de asegurarlo con hipoteca conforme el artículo 978.4 CC.

No obstante, la reserva afectará a los adquirentes por actos inter vivos de inmuebles inscritos, aunque no se hubiera constatado en

⁵¹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, p. 167; *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *ob. cit.*, pp. 829-830.

⁵² VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, pp. 168-175; *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *ob. cit.*, p. 830.

⁵³ *Vid.* al respecto, STS de 2 de julio de 1963 (RJ 3515, 1963).

⁵⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil*. «Artículo 975», t. I, *ob. cit.*, pp. 2323-2324.

forma en el Registro, en los siguientes casos: *a)* Si la transmisión se hubiera celebrado en fraude de los reservatarios, es decir, con el fin de burlar su expectativa de adquirir los bienes, y el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude, e incluso contra el subadquirente que fuese *consciens fraudi*, requisitos necesarios para el ejercicio de la acción pauliana (arts. 1291.3 y 1295.2 CC y STS de 21 de marzo de 1920, 10 de julio de 1928 y concordantes). *b)* Si se hubieran otorgado a título gratuito, dada la regla «donación equivalente a fraude», presumida *iuris et de iure* en el artículo 1227.1 CC. No parece que pueda extenderse a los bienes inmuebles lo establecido en el artículo 987.3 CC, inciso final, que consagra la validez de las enajenaciones de bienes muebles reservables hechas a título gratuito, porque el criterio aplicado a estos bienes es excepcional respecto al principio general de presuposición de fraude en los actos gratuitos. *c)* Incluso cabe sostener que quien adquiera a título oneroso antes de cumplirse los 180 días previstos en el artículo 187 LH, resulta afectado por la reserva, con tal de que ésta se constate en debida forma en ese plazo.

Inversamente, la reserva de inmuebles inscritos, aun cuando esté debidamente constatada en el Registro (e igualmente la referente a los no inmatriculados), no debe afectar a los adquirentes a título oneroso en los siguientes supuestos: *a)* Si el bien reservable es enajenado en virtud de un derecho anterior a la reserva –*v. gr.*, ejecución forzosa de una hipoteca existente en el momento de nacer la reserva, comiso derivado de una enfiteusis también anterior a la reserva, retracto u opción constituidos por el cónyuge viudo antes de contraer nuevas nupcias o por el cónyuge premuerto, descendiente o pariente de quien aquél recibió los bienes, o de anteriores causantes–; o bien en virtud de resolución del derecho de cualquiera de éstos; así como por ejecución forzosa de deudas de los mismos; pues, en esos casos, la reserva corresponde a un activo líquido, en el cual activo y un pasivo son constituyentes de una sola masa respecto de la cual hay preferencia de los acreedores de los anteriores titulares respecto de los reservatarios –como corolario del principio «antes es pagar que heredar»–, reconocida para la reserva del artículo 811, en STS de 29 de septiembre de 1905, 30 de abril de 1906, 4 de mayo de 1910, 8 de octubre de 1910, declarativas de que, para determinar los bienes reservables, hay que deducir previamente las deudas del descendiente. *b)* Si los bienes son expropiados, dado el rango superior de la facultad expropiatoria, basada en el interés público, y porque significa una limitación ínsita en la misma esencia medular del derecho de propiedad. *c)* Cuando la reserva recaiga en alguna participación indivisa, si el bien se enaje-

na en virtud del ejercicio por otro condueño de la acción divisoria; pues a diferencia de los derechos referidos a la cosa común, los que solamente recaen en la participación o derecho de uno o varios de los condóminos no pueden afectar a los demás, como ocurriría si persistiera el gravamen de la reserva sobre una cuota, pese el ejercicio de la acción de división y consiguiente venta en pública subasta de la cosa indivisible. En esos casos, al ser válida la enajenación, la reserva se concreta al valor de la cosa —en los supuestos *a)* y *b)*—, o al de la cuota a que la reserva se refería —en el supuesto *c)*—; y, dejando de afectar a la cosa y a la cuota, entrará en juego lo preceptuado en el artículo 978.4 CC».

Por otro lado, una vez consumada la reserva, al fallecer el reservista, los reservatarios tienen ya una serie de facultades sobre los bienes reservables. «Los reservatarios que no sean herederos consolidan su derecho a los bienes reservables, no en los bienes reservables, porque pueden exigirlos, pero no los adquieren automáticamente si no los reclaman»⁵⁵.

En este sentido, tras el fallecimiento del reservista, los reservatarios pueden:

- Exigir los inmuebles y muebles reservados en el estado en que se encuentren.
- Reclamar el abono de los deterioros ocasionados por culpa o negligencia del reservista.
- Pedir la devolución del precio de venta de los muebles enajenados o su valor en el momento de la enajenación, cuando ésta lo es a título gratuito.
- Solicitar el valor de los inmuebles válidamente enajenados.

La acción para pedir las indemnizaciones establecidas en el artículo 978 del Código Civil es de naturaleza personal y tiene un plazo de prescripción de quince años, salvo que haya sido asegurada con hipoteca, en cuyo caso se extenderá a veinte años (art. 1964 CC).

La acción para solicitar la restitución de bienes inmuebles y muebles reservados, tiene una naturaleza diferente, según se hallen en poder de herederos del reservista o hallan sido enajenados por éste a terceras personas, cuando no se hallen a salvo de dicha reivindicación⁵⁶.

⁵⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, p. 319.

En contra, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, *ob. cit.*, p. 764, admite la adquisición automática, sin necesidad de aceptación, y la transmisión a sus herederos si no ejercitan el *ius delationis* o *ius adeundi*.

⁵⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, pp. 320-321.

Si se hallan en poder de los herederos del reservista, estamos ante una acción real, reivindicatoria, y el plazo de prescripción sería de seis años para los muebles (art. 1962 CC), y treinta años para los inmuebles (art. 1963 CC).

Pero si el poseedor de los bienes es un tercer adquirente a título intervivos del reservista, la naturaleza de la acción, como ya se ha mencionado en líneas anteriores, sería la derivada de una condición resolutoria⁵⁷, y su plazo de prescripción sería de quince años, contados desde el momento de la muerte del reservista, al tratarse de una acción personal y no mencionar el Código Civil ningún otro plazo en concreto⁵⁸.

No obstante, Vallet de Goytisolo ha afirmado que esta posibilidad de reclamación desaparece si los reservatarios son herederos del reservista, al no poder impugnar los actos de su causante, como consecuencia de la continuación de su personalidad, al aceptar la herencia, y la doctrina de los actos propios y el saneamiento por evicción⁵⁹.

Pero también, muestra, este mismo autor, los argumentos que otro sector doctrinal ha defendido a favor de la impugnabilidad, tales como:

- La diversidad de títulos de heredero del reservista y de reservatario.
- La desigualdad de trato entre reservatarios herederos y no herederos.

Volviendo a su opinión, en este tema, para Vallet de Goytisolo, la única solución para los reservatarios que no pueden impugnar es «la reclamación a sus coherederos, a prorrata de sus respectivas cuotas, la parte que a éstos corresponda en la obligación de evicción de los bienes...». O la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, respondiendo de evicción frente al tercero, dentro del límite de los bienes que por herencia le correspondan⁶⁰.

⁵⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Sucesiones*, ob. cit., p. 474. No puede ser reivindicatoria, dice este autor, puesto que la recibe del mismo del que proceden los bienes.

⁵⁸ Aunque VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, ob. cit., pp. 321, 336 y 376, afirma que la acción a interponer, en este caso, es la reivindicatoria, y el plazo de prescripción el señalado para bienes muebles e inmuebles. Pero, en su obra *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, ob. cit., p. 814, menciona, para este mismo supuesto, «la resolución de las enajenaciones de bienes inmuebles reservados».

⁵⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, ob. cit., pp. 328, 331 y 336-365.

Vid. en el mismo sentido, MONTÉS, V. L.; ROCA, E., y otros, *Derecho de Sucesiones*, 1992, p. 470 y DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, ob. cit., pp. 466-467.

⁶⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, ob. cit., p. 365.

En este sentido, le apoya LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Sucesiones*, ob. cit., p. 474.

No obstante, no podemos dejar de señalar, que Puig Peña, entiende, creemos que más acertadamente, siguiendo a Scaevola, que «el derecho a la reserva lo reciben los hijos de la Ley, como el derecho a la legítima, y es bien sabido que ésta puede defenderla aun contra los actos de sus padres; luego, en principio, no debe haber obstáculo legal ni moral para que puedan atacar unas enajenaciones que impremeditada o dolosamente se realizaran en su propio perjuicio»⁶¹.

VIII. RELACIÓN DE LA RESERVA CON LA LEGÍTIMA, FACULTAD DE MEJORAR A RESERVATARIOS Y PRETERICIÓN

Los reservatarios suceden al causante reservista según las reglas de la sucesión intestada, pero cabe también la mejora. Ello se desprende de los artículos 972 y 973 CC. El artículo 972, establece que «a pesar de la obligación de reservar, podrá el padre, o madre, segunda vez casado, mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 823».

Y, según el artículo 973, «si el padre o la madre no hubiere usado, en todo o en parte, de la facultad que le concede el artículo anterior, los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, aunque a virtud del testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen repudiado su herencia».

La mejora, según la doctrina y jurisprudencia⁶², es una facultad del reservista que puede realizarse en cuanto no lesione la legítima individual de los legitimarios, por lo que los bienes reservables se computan, junto con los del reservista, para calcular las legítimas, pero éste puede disponer de todos ellos para mejorar.

Lo que no es tan uniformemente aceptado por la doctrina, como también señala la jurisprudencia⁶³, «es el contenido que, en cada

⁶¹ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, ob. cit., pp. 888-889.

⁶² MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas. Voz: Reserva*, ob. cit., p. 5854; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, ob. cit., pp. 274-283 y 293-297, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, ob. cit., p. 807; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 972», ob. cit., p. 176. SSTS de 25 de marzo de 1933 (RJ 1578, 1933), 14 de diciembre de 1957 (RJ 3445, 1957) y 21 de octubre de 1991 (RJ 7228, 1991).

⁶³ STS de 17 de junio de 1967 (RJ 3025, 1967).

caso, ha de tener la mejora, es decir, el *quantum*, con relación al todo, con el que el padre o madre reservista puede mejorar; ello es debido a que se hace entrar en juego a un tercer factor, el tercio de libre disposición, en función del cual, unos autores, sumándolo al de mejora, componen dos tercios, y otros autores, dividiéndolos entre los dos restantes, llegan a la conclusión de que el reservista puede disponer como mejora de la mitad. Sin duda, olvidan los que propugnan una u otra solución, que en los bienes reservables hay tercio de mejora, por la expresa referencia que a ella hace el artículo 972 CC, pero a ningún efecto hay para qué hablar de otras operaciones específicas, a las que la ley en este caso para nada se refiere, y, por tanto, cuando se habla de mejorar en la reserva, ha de interpretarse como posibilidad de favorecimiento en un tercio, que es lo que la ley autoriza bajo esa palabra».

No obstante, Vallet de Goytisolo⁶⁴, tras barajar diversas opiniones, llega a la conclusión de que, respetando las legítimas y computando los bienes reservables para su determinación, el reservista puede mejorar con todos o con parte de ellos a cualquiera de los descendientes comunes⁶⁵.

Por otro lado, en esta institución de la reserva viudal, puede aparecer otro supuesto a tener en cuenta, como es la preterición de uno de los reservatarios.

En este caso, cuando se produce la preterición de un reservatario, según ha mantenido el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de junio de 1967 (RJ 3025, 1967), no puede admitirse dentro de la figura de la reserva, que se produzca «una mejora en la totalidad de los reservables a favor de otro», porque «se llegaría a una desheredación sin expresión de causa, y de peor condición que la deshere-

⁶⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, pp. 283-292; *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *ob. cit.*, pp. 805-808; *Comentario del Código Civil*. «Artículo 972», t. I, *ob. cit.*, p. 2313; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 972», *ob. cit.*, pp. 181-182.

⁶⁵ Sobre este tema, *vid.* opiniones de diferentes autores: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, *ob. cit.*, p. 347, quien opina que «sólo la cantidad de todos o un tercio tienen fundamento sólido»; SANTOS BRIZ, J., y otros, *Tratado de Derecho Civil. Teoría y Práctica*, VI, *ob. cit.*, p. 154, opina que también pueden usarse todos los bienes reservables para mejorar, y cita la STS de 17 de marzo de 1975.

LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Sucesiones*, *ob. cit.*, p. 462, y MONTES, V. L.; ROCA, E., y otros, *Derecho de Sucesiones*, 1992, p. 466, por su parte, creen que la cantidad de bienes reservables utilizados para mejorar sólo puede ser la mitad.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *ob. cit.*, p. 464, según STS de 17 de junio de 1967, opina que sólo un tercio de los bienes reservables son susceptibles de integrar la mejora.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, *ob. cit.*, pp. 747-751, no vincula la mejora con la legítima del reservista, porque opina que los reservatarios suceden al cónyuge premuerto.

dación común; ya que si en ésta los hijos del desheredado ocuparán su lugar (art. 857), en aquélla no tendrían los hijos del desposeído ningún derecho; llegándose a la injusta conclusión de que si un reservatario comete contra su padre algún hecho grave que merezca la desheredación, sus hijos no perderán el derecho a la reserva; pero los hijos de los que, sin haber pecado, son sencillamente ignorados por el padre reservista, éstos no tendrían ningún derecho a percibir la parte de lo que se privó a su padre o madre».

En consecuencia, la preterición de uno de los reservatarios debe asimilarse a la desheredación sin justa causa, y, en cualquier caso, aplicarse la regulación de las consecuencias de la preterición establecidas en el artículo 814, es decir, el no perjuicio de la legítima.

IX. LIQUIDACIÓN DEL ESTADO POSESORIO DEL RESERVISTA: MEJORAS

Respecto a la obligación, establecida en el artículo 978 del Código Civil, de devolver los bienes muebles no enajenados en el estado en que tuvieren al tiempo de su muerte, cabe preguntarse por el régimen jurídico de las mejoras introducidas por el reservista, al igual que los supuestos 3 y 4 del artículo 978, sobre restitución del precio de los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación gratuita y el valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados, cuando el reservista hubiera hecho mejoras en ellos incrementando su valor.

E, igualmente, cómo no, en el caso de entrega de los bienes inmuebles reservados y no enajenados válidamente.

Se trata, pues, de liquidar el estado posesorio del reservista⁶⁶, que guarda analogía con un supuesto regulado específicamente por el Código Civil, como es la sustitución fideicomisaria⁶⁷, por lo que debe regirse por esta normativa concreta, contenida en el artículo 783.2 del Código Civil, y completarse con la general, establecida en los artículos 453 y siguientes del mismo Código.

Respecto de los gastos necesarios extraordinarios, éstos se abonan a todo poseedor, por lo que los reservatarios deberán abonarlos a los herederos del reservista, o deducirse antes de entregar

⁶⁶ Vid. DÍAZ ROMERO, M.^a R., *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, Madrid, 1997, pp. 198-199 y 201-202.

⁶⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, p. 212; *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *ob. cit.*, pp. 835-838; *Comentario del Código Civil*. «Artículo 978», t. I, *ob. cit.*, p. 2329; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 978», *ob. cit.*, pp. 252-253.

los bienes a los reservatarios, según establece el artículo 783.2 del Código Civil.

No ocurre así con los gastos necesarios ordinarios, que se compensan con el uso y disfrute del bien,

Respecto de las mejoras suntuarias se otorga al poseedor, en este caso herederos del reservista, el derecho a deducir el importe o valor de la expensa, cuantificable en el momento de la entrega (art. 454 CC)⁶⁸.

Las mejoras útiles, según dispone, también, el artículo 783 del Código Civil, se deducirán por los herederos del reservista, antes de la entrega de los bienes.

Según Vallet de Goytisolo⁶⁹, la condición del reservista es de un poseedor de buena fe, y, por tanto, el derecho a la compensación de las mejoras útiles en el momento de la entrega de los bienes pertenece a los herederos del reservista, con la misma opción que concede el artículo 453, en sede de liquidación posesoria.

Se basa en la STS de 4 de diciembre de 1933, en un supuesto de reserva lineal, y en un acuerdo de la Academia Matritense del Notariado de 30 de mayo de 1894, según los cuales, «aun en el caso de ser conocidos los reservatarios (al hacerse las mejoras), no será fácil obtener de los mismos, dado lo condicional de su derecho, los capitales necesarios para la subsistencia de la cosa; en segundo término, ha de evitarse el desamparo de los bienes por el titular aparente, con daño de la economía nacional, y, en fin, porque dada la íntima unión existente entre la reserva troncal y el derecho hereditario podría, con la solución contraria, favorecerse el enriquecimiento ilícito de los reservatarios».

Por las mismas razones, entiende, también, Vallet⁷⁰, que en caso de sufrir los bienes reservables deterioros por culpa o negligencia del reservista, éste podrá compensarlos con las mejoras efectuadas, según se deriva del artículo 978 del Código Civil.

En todo caso, al considerarse al reservista poseedor de buena fe, los herederos de éste, conservan, respecto del abono por los reservatarios de las correspondientes cantidades por gastos necesari-

⁶⁸ Vid. DÍAZ ROMERO, M.ª R., *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, Madrid, 1997, pp. 69 ss.

⁶⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, pp. 211-213; *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *ob. cit.*, pp. 836; *Comentario del Código Civil*. «Artículo 978», t. I, *ob. cit.*, p. 2329.

⁷⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, pp. 209-211; *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *ob. cit.*, p. 837; *Comentario del Código Civil*. «Artículo 978», t. I, *ob. cit.*, p. 2330; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 978», *ob. cit.*, p. 255.

rios extraordinarios y mejoras, el derecho de retención que concede el artículo 453 del Código Civil⁷¹.

X. EXTINCIÓN Y LÍMITES

El artículo 970 del Código Civil establece que «cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio, mayores de edad, que tengan derecho a los bienes, renuncien expresamente a él, o cuando se trate de cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre, sabiendo que estaban segunda vez casados».

Y el artículo 971, completa esta regulación, estableciendo que «cesará además la reserva si al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio no existen hijos ni descendientes del primero».

Incluso, el artículo 973.2 dispone, también, que «el hijo desheredado justamente por el padre o por la madre perderá todo derecho a la reserva, pero si tuviere hijos o descendientes se estará a lo dispuesto en el artículo 857, y en el número 2 del artículo 164».

Estas son, pues, las formas de extinción de la reserva, que la doctrina⁷² puntualiza con las siguientes afirmaciones:

– El supuesto del previo conocimiento de las segundas nupcias por los hijos que dan o dejan, no extingue la obligación de reservar, porque no llega a nacer.

– Tampoco extingue la obligación de reservar el mero reconocimiento de la legítima y la concreción de los bienes en el momento particional⁷³.

– La renuncia hace referencia al derecho derivado de la reserva pendiente, no a otros títulos sucesorios por los que puedan también corresponderles dichos bienes. Y esta renuncia ha de ser expresa.

Esta renuncia puede ser total, parcial o, incluso, consistir en una modificación, sustituyendo el bien por su valor.

También, se entiende como renuncia la dispensa expresa ordenada por el hijo o descendiente al testar o donar, sea antes o después de las nuevas nupcias de su padre o madre⁷⁴.

⁷¹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, p. 323.

⁷² MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *Enciclopedia Jurídica Básica*, *ob. cit.*, p. 5851; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil*. «Artículo 969», t. I, *ob. cit.*, p. 2304.

⁷³ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, pp. 99-105; *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *ob. cit.*, p. 795; *Comentario del Código Civil*. «Artículo 970», t. I, *ob. cit.*, p. 2303; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 970», *ob. cit.*, p. 148; LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil, V. Sucesiones*, *ob. cit.*, p. 600.

⁷⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil*. «Artículo 969», t. I, *ob. cit.*, p. 2032.

X.1 Renuncia

Sobre la necesidad que la renuncia sea expresa, la jurisprudencia⁷⁵ ha manifestado que «como ya ha dicho esta Sala –Sentencias de 26 de septiembre de 1983 (RJ 4680), y 16 de octubre de 1987 (RJ 7292)–, la renuncia supone una declaración de voluntad, recepticia o no (según los casos y supuestos en que se produzca), dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica. A su vez y por lo que a requisitos se refiere, partiendo de que nos hallamos aquí ante una de las denominadas doctrinalmente renuncia propia en cuanto evidentemente abdicativa –y no traslativa– de un derecho, la misma ha de ser cual tiene declarado esta Sala, clara, precisa e inequívoca –Sentencias de 4 de octubre de 1962 (RJ 3790), 7 de diciembre de 1963, 10 de diciembre de 1966 (RJ 5711), 4 de octubre de 1968 (RJ 4088), 26 de septiembre de 1983 y 24 de mayo de 1984 (RJ 2502), 18 de octubre de 1984 (RJ 4088), 25 de abril de 1986 (RJ 2002), 16 de octubre de 1987 (RJ 7292) y 7 de julio de 1987».

Por otra parte, y respecto de la posibilidad de renunciaciones tácitas, esta misma sentencia se muestra en contra, alegando la terminología del propio Código Civil, cuando manifiesta que ha de ser «expresa».

Y es más, tampoco es válida dicha renuncia cuando no hace referencia «expresa» a la reserva, sino a otros derechos sucesorios. En este sentido, esta misma STS de 5 de mayo de 1989, estima que «esta renuncia solamente puede ser expresa, entendiéndose por tal la que se proyecta de modo directo sobre el derecho de reserva, no puede por tanto presumirse derivándola de actos o conductas de clase alguna...», ni de manifestaciones abdicativas generales y realizadas con anterioridad a la celebración del segundo matrimonio.

Y en este mismo sentido ha continuado manifestándose la jurisprudencia⁷⁶.

⁷⁵ STS de 5 de mayo de 1989 (RJ 3588, 1989).

⁷⁶ STS de 22 de junio de 1995 (RJ 4978, 1995), puntualiza que «tratándose de una renuncia abdicativa, necesita que se efectúe de una forma clara, inequívoca y derivada de actos concretos que demuestren la voluntad del sujeto», y cita la STS de 2 de marzo de 1959 (RJ 1089, 1959), que, inclinándose por la exigencia de la forma expresa, manifiesta que «no pueden equipararse actos más o menos concluyentes realizados a tal fin».

Además, esta STS de 1995 añade como supuesto concreto que la «aquiescencia del reservatario al contenido de una escritura de partición de la herencia del progenitor fallecido, debe ponerse en relación con la presunta insuficiencia de conocimientos jurídicos en el mismo, mucho más en una materia jurídica tan compleja como es el derecho de reserva».

Vid. en el mismo sentido, STS 18 de octubre de 2001 (RJ 8646, 1001).

Por otro lado, Vallet de Goytisolo⁷⁷ se ha planteado, también, la posibilidad de dispensa por el cónyuge premuerto que dispone de sus bienes a favor del cónyuge superviviente, en previsión de sus nuevas nupcias, y cree que excluye la reserva respecto de la parte del tercio de libre disposición.

No obstante, Manresa estimó, pensamos que más acertadamente, que «no cabe la interpretación extensiva, porque al fin el derecho se establece a favor de los descendientes y de ese derecho no puede privarle su padre o madre»⁷⁸.

Y parece que esta opinión se refrenda con el pronunciamiento expreso sobre este tema de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en su Ley 274.3, declara que «será nula la dispensa de la obligación de reservar hecha por un cónyuge en favor del otro para el caso de que éste contrajera nuevas nupcias».

X.2 Premoriencia

Respecto a la premoriencia de hijos o descendientes del primer matrimonio cabe decir que ello, por sí sólo, extingue ya la reserva sin necesidad de esperar a que se produzca el fallecimiento del reservista.

Vallet de Goytisolo, además, puntualiza que «la obligación de reservar existe habiendo descendientes de la primera unión y bienes de carácter reservables, por lo cual no la extingue por sí sólo el hecho de que el bñubo enviude o no de nuevo, o no le queden hijos de la segunda unión. En cambio, los autores que han examinado el supuesto de nulidad del segundo matrimonio, en franca mayoría (*vid.* comentario art. 968.II), han opinado que no hay lugar a la reserva en caso de no quedar hijos del matrimonio anulado, basándose en que entonces el viudo no es bñubo, ni tiene hijos ulteriores a sus primeras nupcias»⁷⁹.

Y ésta, parece ser la opción más razonable y acorde con el régimen jurídico de la reserva viudal en el Código Civil.

⁷⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, p. 98; *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *ob. cit.*, p. 794; *Comentario del Código Civil*. «Artículo 968», t. I, *ob. cit.*, p. 2298.

Le apoya, en este sentido MONTES, V. L.; ROCA, E., y otros, *Derecho de Sucesiones*, 1992, p. 464.

⁷⁸ MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código Civil español*, vol. VII, artículos 968 a 980, 1943, p. 269.

En este sentido, *vid.* también, LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, V, *Sucesiones*, *ob. cit.*, p. 463.

⁷⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, p. 120; *Comentario del Código Civil*. «Artículo 971», t. I, *ob. cit.*, pp. 2311-2312; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 971», *ob. cit.*, p. 165.

X.3 Desheredación

En lo que se refiere a la desheredación, existen dudas en la doctrina sobre si el Código Civil permite al reservista que deshereda a los hijos del primer matrimonio extender dicha desheredación respecto de su derecho a la reserva⁸⁰.

Sobre esta cuestión, Vallet de Goytisolo⁸¹, tras un análisis de las posturas enfrentadas⁸², se ha manifestado, razonablemente, a favor de reconocer la facultad de desheredación al reservista respecto de los bienes objeto de la reserva, argumentando, acertadamente, que:

- Los reservatarios a quien realmente suceden es al reservista.
- Precedentes históricos del precepto así lo indican.
- Literalmente, la expresión «padre o madre», siempre se refiere al bínubo, en los artículos 971, 972 y 973. Mientras que denominan «cónyuge premuerto» al otro padre o madre.
 - Si el bínubo puede mejorar, tanto más puede desheredar.
 - Que los bienes reservables, tanto lo son si proceden de «cualquiera de los hijos de su primer matrimonio», o «de los parientes del difunto por consideración a éste», por lo que no puede referirse únicamente al cónyuge premuerto la facultad de desheredar.
 - Que es una sanción de la ingratitud de los hijos hacia sus padres.

Queda, no obstante, por señalar una reflexión que Genovés Amorós⁸³ hizo en su día: «si la desheredación hecha por el padre o madre premuerto surte efecto respecto a los bienes reservables que no fueran propiedad de aquél, sino que pertenecían al cónyuge

⁸⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *Enciclopedia Jurídica Básica*, *ob. cit.*, p. 5854.

⁸¹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *ob. cit.*, pp. 264-273; *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *ob. cit.*, pp. 808-811, *Comentario del Código Civil*. «Artículo 973», t. I, *ob. cit.*, pp. 2317-2318; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículo 973», *ob. cit.*, p. 196.

⁸² *Vid.* a favor: TORRES MURCIANO, J. M.^a, «La desheredación por el reservista», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1943, pp. 277-286, quien basándose en tratadistas como Manresa, Scaevola, Sánchez Román, Valverde y De Buen, entre otros, mantiene que «si al fallecimiento del cónyuge premuerto no hay sino hijos o descendientes desheredados, lo que ocurre, según dichos autores, es que la reserva no nace. ... Y por ello, hay que deducir, lógicamente, que la desheredación que extingue la reserva –la del art. 973.2– no puede ser otra que la especial del reservista».

PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, *ob. cit.*, p. 875, entiende que los reservatarios suceden, respecto de los bienes reservables, al cónyuge premuerto, pero sí puede desheredarlos el reservista.

Vid. en contra de la facultad de desheredación del reservista: ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, *ob. cit.*, pp. 753-757; SANTOS BRIZ, J., y otros, *Tratado de Derecho Civil. Teoría y Práctica*, VI, *ob. cit.*, p. 160.

⁸³ GENOVÉS AMORÓS, C., «La desheredación y las reservas», *Revista de Derecho Privado*, 1947, p. 739.

bínubo por haberlos adquirido de cualquiera de los hijos del primer matrimonio o por haberlos habido de los parientes del difunto por consideración a éste». Y estimó, este autor, que «aquella desheredación no puede surtir efecto en cuanto a estas especies de bienes, porque, según la más reciente doctrina, el reservatario sucede al reservista y no al primitivo causante, y es evidente que donde no hay sucesión no puede haber desheredación».

Y debería haber añadido que si los bienes no pertenecían al cónyuge premuerto, no puede desheredar de ellos a los reservatarios, por no estar en su patrimonio, y, por tanto, no poder disponer de ellos.

XI. PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA INSTITUCIÓN

Respecto a la permanencia o supresión en el futuro de esta institución, cuestión que empieza a debatirse en nuestra doctrina, merece destacarse la opinión de López Tena⁸⁴, quien entiende que la finalidad de la reserva ordinaria «propia de una normativa familiar y sucesoria basada en el matrimonio indisoluble, la discriminación positiva de los hijos legítimos y la preferencia de la familia consanguínea frente al cónyuge, rasgos todos ellos desaparecidos de la familia actual y por las reformas legislativas de la década pasada, ha suscitado en la doctrina muchas voces partidarias de la supresión..., si bien su mantenimiento y reordenación no deja de plantear problemas de coherencia legislativa dada su extensión a supuestos ajenos al tradicional de nuevo matrimonio del cónyuge superviviente y, sin embargo, pervivencia de la muerte como única causa de disolución del matrimonio que da lugar a la reserva y del carácter matrimonial del nuevo vínculo. No obstante, la naturaleza de la reserva como limitación de la libertad de disponer exige una interpretación restrictiva en cuanto a los supuestos de aplicación, la cual deviene fatalmente favorecedora de las uniones de hecho frente a las matrimoniales, únicas éstas sometidas a la limitación de la reserva...».

De esta opinión se muestra partidario Roca Sastre: «Se impone una interpretación literal y restrictiva de las normas legales sobre las reservas sucesorias, dada la evidente claridad y excepcionalidad o singularidad de dichas normas. Sin embargo, al margen de dicho aspecto y al margen asimismo del supuesto de reserva en los casos

⁸⁴ LÓPEZ TENA, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, II, Barcelona, 1994.

de nulidad del primer matrimonio o disolución del mismo por divorcio, del que se tratará después, puede plantearse una cuestión de inconstitucionalidad por discriminación por razón de nacimiento, bien cuando exista una primera unión o convivencia de hecho estable con hijos y ulteriormente se den algunos de los supuestos por los que nace la reserva ordinaria, o bien cuando exista un primero o anterior matrimonio con hijos y ulteriormente se produzca una unión o convivencia estable del viudo o viuda con otra persona, sin que existan hijos de esta última, pues, en caso contrario, nace legalmente la reserva por aplicación de lo dispuesto en el artículo 980.1, *in fine*, del Código Civil.

Siempre, pero, actualmente, con mayor intensidad, al lado de la familia derivada de una unión matrimonial, puede existir la familia (especialmente en la llamada nuclear, o sea, la compuesta por hombre y mujer y su descendencia) que se derive de una unión no matrimonial o concubinato estable o continuado. Estas relaciones sin matrimonio exigen, naturalmente, estabilidad o permanencia, es decir, convivencia *more uxorio*, para que el Derecho les pueda otorgar determinadas consecuencias jurídicas entre dicho hombre y mujer. Pero, por otra parte, tanto si son estables como si son uniones libres o temporales, todas ellas producen plenos efectos jurídicos en relación a la prole, descendencia, generación o filiación, o sea, verticalmente.

Ahora bien, esta falta de coherencia legislativa debe ser enmendada por el propio legislador y, en su caso, por el Tribunal Constitucional, a instancias de parte interesada o de los Tribunales de Justicia, el cual deberá considerar si existe inconstitucionalidad por razón de que el contenido esencial de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución es intocable por cualquier poder público (art. 53.1 de la Constitución y Sentencias del Tribunal Constitucional de 10 y 16 de noviembre de 1981 y 8 de abril de 1982, entre otras) y también por la razón de infringir las condiciones básicas (art. 149.1.1 de la Constitución) de su ejercicio sobre paternidad y filiación, como lo es la equiparación de la filiación no matrimonial y de la adoptiva a la matrimonial (arts. 14 y 39.2 de la Constitución, cuyo principio es aplicado como condición básica en materia de paternidad y filiación por el art. 108.2 del Código Civil, complementado por otros artículos sobre alimentos, legítimas, sucesión intestada, etc.), así como el desarrollo de dicho ejercicio, tales como limitaciones y ciertas desigualdades, a excepción de las condiciones básicas, corresponde efectuarlas al legislador civil, con reserva de ley formal (art. 53.1 en relación con el art. 14, ambos de la Constitución).

La Ley de 13 de mayo de 1981, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, cuyo objetivo primordial fue adaptar estas materias civiles a los principios de la Constitución de 1979, en especial al principio de igualdad de todos los españoles, sin prevalencia de discriminación por razón de nacimiento (art. 14) y al de igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2), en cuyo cumplimiento se modificó el referido artículo 108 del propio Código Civil, modificó asimismo los supuestos de procedencia de la reserva ordinaria y los amplió en uno más, de suerte que dicha reserva tiene lugar actualmente, como se ha visto y según los artículos 968, 979 y 980, por el segundo o ulterior matrimonio del viudo o viuda, por haber tenido éste durante el matrimonio un hijo no matrimonial (es el supuesto nuevo), haber tenido el mismo en estado de viudez un hijo no matrimonial y haber adoptado en estado de viudez a otra persona que no sea hijo del consorte de quien descienden los que serían reservatarios. La ley civil, por tanto, tiene en consideración en los dos supuestos segundo y tercero la existencia de dichos hijos no matrimoniales, pero no la unión que los ha generado, existan o no hijos o descendientes, de forma que no se da beligerancia alguna a estas uniones para estimar que ellas, *per se*, solas o exclusivamente, puedan ser causa de desviaciones del que se considera que constituye el orden normal sucesorio, es decir, el que favorece a los hijos y descendientes del primero o anterior matrimonio. Pero, además, tampoco se da beligerancia a la existencia de hijos de una anterior unión no matrimonial para el supuesto de que uno de los dos progenitores incida después en alguno de los casos que dan lugar a la reserva ordinaria.

Más las normas del Código Civil que regulan esta reserva, como se ha dicho, son claras a este respecto y a ellas hay que estar...»⁸⁵.

Sin embargo, ya hemos visto que algunos autores son partidarios, con lógica, de extender la reserva a los supuestos de nulidad matrimonial y divorcio cuando el «cónyuge reservista» contraiga ulterior matrimonio. Y aunque no afecte, aún, a las uniones de hecho, es previsible que la tendencia a la armonización de disposiciones aplicables al matrimonio y a las parejas de hecho, haga que también estos artículos del Código Civil, reguladores de la reserva ordinaria, se apliquen a estas uniones extra matrimoniales. El tiempo lo dirá, pero lo cierto es que, en la actualidad, la normativa de las reservas sigue vigente, y tiene carácter restrictivo, tanto en

⁸⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones, ob. cit.*, pp. 690-692.

Derecho común como en las legislaciones de las Comunidades Autónomas, y los Tribunales siguen aplicándola para resolver los conflictos que continúan surgiendo en la vida real en los supuestos planteados en torno a esta figura.

No obstante, hay que resaltar que existen algunas Comunidades Autónomas que reconocen derechos sucesorios a las parejas de hecho, equiparándolas, en esta materia, a las parejas matrimoniales, y puede entenderse que por esta equiparación extienden, también, la reserva ordinaria a las uniones de hecho.

Es el caso de Navarra, País Vasco y Baleares (Ibiza y Formentera).

En Navarra, la Ley 253 de su Compilación de Derecho Civil establece que: «El cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento...» «Y, además, en su último párrafo, introducido por el artículo 11 Ley Foral [Comunidad Foral de Navarra] 6/2000, 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, dispone que «se considera equiparada a estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley».

En el País Vasco, el artículo 9 de la Ley 2/2003, 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, expresa que: «A los efectos de la Ley 3/1992, de 1 de julio (LPV 1992, 266), de Derecho Civil Foral del País Vasco, las parejas de hecho tendrán la misma consideración que las casadas. Así, en relación con el régimen sucesorio y en función del Derecho Civil foral aplicable en cada caso...».

En Baleares, la equiparación la expone el artículo 13, de la Ley 18/2002, 19 de diciembre, sobre parejas estables: «Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho civil balear prevé al cónyuge viudo».

Recordamos que el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, dedica, en referencia a las islas de Ibiza y Formentera, el artículo 72. 2: «Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones *mortis causa*, a título universal o singular, con las sustituciones, modalidades, reservas, renunciaciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que los otorgantes establezcan».

XII. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencias del Tribunal Supremo

- 4 de enero de 1911 (núm. 2, 1911)⁸⁶.
- 1 de abril de 1914 (núm. 1, 1914).
- 21 de enero de 1922 (núm. 24, 1922).
- 8 de octubre de 1923
- 25 de marzo de 1933 (RJ 1578, 1933).
- 4 de diciembre de 1933 (RJ 651, 1933).
- 18 de abril de 1942 (RJ 470, 1942).
- 30 de noviembre de 1953.
- 8 de junio de 1954 (RJ 1591, 1954).
- 14 de diciembre de 1957 (RJ 3445, 1957).
- 2 de marzo de 1959 (RJ 1089, 1959).
- 2 de julio de 1963 (RJ 3515, 1963).
- 17 de junio de 1967 (RJ 3025)⁸⁷.
- 10 de noviembre de 1953 (RJ 2704, 1953).
- 8 de junio de 1954 (RJ 1591, 1954).
- 7 de julio de 1978 (RJ 2755).
- 5 de mayo de 1989 (RJ 3588, 1989).
- 11 de octubre de 1989 (RJ 6910, 1989).
- 21 de octubre de 1991 (RJ 7228, 1991).
- 22 de junio de 1995 (RJ 4978, 1995).
- 18 de octubre de 2001 (RJ 8646, 1001).

Sentencias de las Audiencias Provinciales

- AP Cádiz: 13 de enero de 2000 (AC 717, 2000).
- AP Toledo: 11 de diciembre de 2000 (JUR 78966, 2000).
- AP Vizcaya: 24 de junio de 2002 (JUR 97761, 2002)⁸⁸.
- AP Baleares 14 de octubre de 2002 (JUR 29111, 2002).
- AP Pontevedra 28 de abril de 2003 (JUR 210875, 2003).
- AP Barcelona: 6 de septiembre de 2004 (JUR 30709, 2004).

⁸⁶ Número de la Colección Legislativa y de Jurisprudencia Civil.

⁸⁷ RJ Colección de Jurisprudencia Aranzadi.

⁸⁸ JUR Repertorio Sentencias de Audiencias Provinciales, Aranzadi.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

– 27 de octubre de 1917 (núm. 122, 1917).

XIII. BIBLIOGRAFÍA

- CASASUS HOMET, E.: «La conmutación del usufructo vidual y la reserva ordinaria», *Revista de Derecho Notarial*, núms. 85-86, 1974.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, t. IV, 1944.
- CUENA CASAS, M.: «Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio», *Diario La Ley*, núm. 6210, 15 de marzo de 2005. Ref. D-62.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Compendio de Derecho Sucesorio*, 1999.
- DÍAZ ROMERO, M.^a R.: *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2004.
- DORAL GARCÍA, J. A.: «La reserva hereditaria común», *Anuario de Derecho Civil*, 1977.
- ESPÍN CANOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. V, *Sucesiones*, Madrid, 1978.
- GALICIA AIZPURÚA, G.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1995», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 39, 1995.
- GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de Sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*, Madrid, 2000.
- GENOVÉS AMOROS, C.: «La desheredación y las reservas», *Revista de Derecho Privado*, 1947.
- GIMÉNEZ DUART, T.: «Los desajustes de la reforma sobre legítimas y reservas», *Revista de Derecho Notarial*, 1985.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros: *Elementos de Derecho Civil*, V, *Sucesiones*, Madrid, 2004.
- LÓPEZ TENA: *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, II, Barcelona, 1994.
- LLEDÓ YAGÜE, F., y otros: *Sistema de Derecho Civil, Sucesiones*, Madrid, 2002.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a: *Comentarios al Código Civil español*, vol. VII, artículos 968 a 980, Madrid, 1943.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a: *Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas. Voz: Reserva (D.º Civil)*, vol. IV, Madrid, 1995.
- MONTÉS, V. L.; ROCA, E., y otros: *Derecho de Sucesiones*, Valencia, 1992.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. III, Barcelona, 1983.
- PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho Civil Español*, t. V, Familia y Sucesiones, Pamplona, 1972.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de Sucesiones*, t. II, Barcelona, 1997.
- RUIZ ARTACHO, J.: «Algo más sobre las reservas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1931.
- SANTOS BRIZ, J., y otros: *Tratado de Derecho Civil. Teoría y Práctica*, VI, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 2003.

TORRES MURCIANO, J. M.^a: «La desheredación por el reservista», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1943.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.:

- *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. V, *La reserva clásica*, Madrid, 1983.
- *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *Fundamentos*, Madrid, 1982.
- «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1958.
- *Comentario del Código Civil*. «Artículos 968 a 980», t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. «Artículos 968 a 980», t. XIII.2, EDERSA, Madrid, 1981.

Una aproximación al derecho de sucesiones inglés

MIRIAM ANDERSON

Doctora en Derecho. Prof. Lector de Derecho Civil
Universitat de Barcelona

RESUMEN

Debido a los esfuerzos de armonización europea y a la propia internacionalización del tráfico comercial, son frecuentes los estudios que analizan, saltando la tradicional barrera entre los sistemas de civil law y aquellos de common law, el derecho contractual y la regulación de los derechos reales vigentes en los ordenamientos angloamericanos, pero son menos habituales los trabajos relativos al derecho de familia o a la ordenación de la sucesión mortis causa. Si tenemos en cuenta la existencia de un creciente número de trabajos tendentes a la armonización en derecho de familia y las estrechas relaciones que se establecen entre éste y el derecho sucesorio, pronto se advierte la necesidad de conocer, siquiera de modo general, la perspectiva inglesa en la materia. El presente trabajo pretende describir, de manera básica y siguiendo una sistemática generada en el ordenamiento de origen, el derecho de sucesiones inglés –que no británico–, de manera que pueda servir como primera aproximación a esta materia y a su terminología propia. El derecho inglés de sucesiones se caracteriza por una mayor simplicidad que los sistemas continentales, por la fuerte tendencia a la liquidación del caudal relicto por parte de sujetos que no ostentan la categoría de herederos y por la posición prevalente del cónyuge viudo en la sucesión intestada, así como por la ausencia de una figura paralela a la legítima continental. No obstante, como en todo estudio realizado desde un prisma comparatista, hay que advertir que las previsiones sucesorias no son normas aisladas y debe buscarse su comprensión a través de un entendimiento global del sistema, a la cual este trabajo, en último término, busca contribuir.

SUMARIO: I. *Consideraciones generales.*—II. *La sucesión intestada:* A) Sucesión totalmente intestada; B) Sucesión parcialmente intestada.—III. *La sucesión testada:* A) Concepto y características del testamento; B) El contenido del testamento; C) Formalidades testamentarias; D) Testamentos privilegiados o especiales; E) La capacidad para testar; F) La impugnación del testamento; G) Revocación, alteración, reviviscencia y republicación de testamentos; H) Testamentos vinculados o recíprocos; I) Los llamados «secret trusts»; J) La interpretación del testamento.—IV. *La ineficacia de disposiciones testamentarias y abintestato:* A) Causas de ineficacia de disposiciones testamentarias; B) Causas de ineficacia propias de las disposiciones testamentarias, pero que afectan igualmente a los sucesores abintestato; C) Causas de ineficacia propias de cualquier tipo de sucesión.—IV. *La ejecución y administración del caudal relicto.*—VI. *Las llamadas «Family Provisions».*—VII. *Otras atribuciones por causa de muerte.*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En una escala de complejidad para el jurista de tradición civilista que se enfrenta al Derecho inglés¹, el derecho de sucesiones ocuparía un rango relativamente bajo; a pesar de las marcadas diferencias existentes respecto del ordenamiento español, el sistema sucesorio inglés tiende a una mayor simplicidad, tanto por lo que se refiere a la elaboración de negocios *mortis causa*, como respecto de las consecuencias de la apertura de la sucesión, especialmente desde el momento en que desaparecen reglas de larga tradición que complicaban la ordenación sucesoria². En las páginas que siguen se intenta ofrecer un panorama general del derecho sucesorio inglés; es necesario advertir, no obstante, y como no podía ser de otro modo, que cualquier aproximación a este derecho debe leerse en el contexto de su propio marco jurídico de referencia y, por tanto, desde una comprensión de los sistemas de *common law*³. Por otro lado, y todavía a modo de reflexión preliminar, se observará rápidamente que se ha optado en muchos casos por mantener términos jurídicos en inglés, en lugar de ensayar una traducción; si bien podemos compartir la afirmación conforme a la cual «la tra-

¹ Nótese que el estudio que sigue se ciñe a la regulación sucesoria que rige en los territorios de Inglaterra y Gales. No se analizan, por tanto, otros sistemas existentes en el Reino Unido.

² Es el caso de las llamadas *Hotchpot Rules*, comparables a nuestra colación en sentido propio (arts. 1035 ss. del Código Civil español).

³ Recientemente, desde la óptica comparatista, puede verse especialmente AJANI, Gianmaria. *Sistemi Giuridici Comparati. Lezioni e Materiali*, G. Giampicchelli Editore, Torino, 2005.

ducción es (casi) siempre posible», lo hacemos con análogos matices a los apuntados por quienes formularon dicha conclusión⁴, con el añadido de que por medio de este trabajo se aspira únicamente a proporcionar una herramienta básica y rudimentaria a quien pretenda adentrarse en el estudio de esta materia, para lo cual se estima oportuno propiciar una primera familiarización con la terminología de origen.

Adentrándonos ya en el tema que nos ocupa, pueden resaltarse como principales rasgos distintivos de la ordenación sucesoria inglesa, que llaman la atención a quien se ha formado en el ámbito civilista o continental, los siguientes:

a) En primer lugar, la figura del heredero, central al sistema sucesorio de nuestro entorno, no es en absoluto relevante, hasta el punto de no ostentar ni tan sólo un *nomen* que lo identifique; simplemente se distingue entre las atribuciones a título singular (*legacies, bequeaths*) y la eventual disposición del remanente. En los sistemas continentales la regla general consiste en atribuir al sucesor a título universal (el heredero) la tarea de gestionar la herencia, al tiempo que subentra en la posición del causante, no sólo en sus titularidades activas, sino también en las pasivas. Por ello, la figura del heredero es esencial, puesto que representa la continuidad tras el fallecimiento de la responsabilidad patrimonial universal recogida en el artículo 1911 del Código Civil español. En cambio, para el derecho inglés no es preciso encontrar un sucesor en las deudas, puesto que, por definición, el patrimonio de una persona fallecida se destina al pago de deudas.

b) Justamente por ello, adquiere especial relevancia la figura del *executor* o del *administrator* (según que nos halleemos ante un supuesto de sucesión testada o intestada, respectivamente), por cuanto que su función, similar a la de un albacea con amplias facultades y responsabilidades, consiste justamente en distribuir la herencia neta entre los beneficiarios a título particular o en el remanente.

c) El Derecho inglés no conoce en estos términos el instituto de la legítima. La Ley no destina una cantidad proporcional del patrimonio del causante a sus parientes cercanos ni al cónyuge, sino que simplemente se contemplan las llamadas *family provisions*, por medio de las cuales la autoridad judicial, discrecionalmente, dispone a favor de los dependientes del causante la provisión de bienes suficientes para sobrevivir o, según los casos, para

⁴ AJANI, *Sistemi Giuridici Comparati*, cit., pp. 21 a 27.

llevar una vida de nivel parecido a la que llevaban con anterioridad al fallecimiento del causante.

d) Destaca, por último, la importancia del cónyuge viudo en el reparto de bienes hereditarios. En concordancia con la separación de bienes durante el matrimonio, al abrirse una sucesión intestada, su posición deviene prevalente, tomando del activo hereditario con anterioridad a cualquier otro atributivo participaciones importantes, como habrá ocasión de ver. A igual nivel que el cónyuge viudo se encuentra, desde diciembre de 2005, el conviviente homosexual que haya formado una unión estable de conformidad con las previsiones del *Civil Partnership Act 2004*; todas las referencias al cónyuge deben extenderse en la actualidad también a los *civil partners*.

Realizadas estas consideraciones previas, a continuación se presenta una aproximación tanto al sistema intestado como al testado (que son, por lo demás, compatibles), para finalizar haciendo referencia a estas provisiones en beneficio de la familia, así como a otras atribuciones no sucesorias⁵.

II. LA SUCESIÓN INTESTADA

Como indica su propio nombre (*intestacy*), la sucesión intestada se abre a falta de disposición testamentaria; se entiende que concurre el referido presupuesto cuando nunca se otorgó testamento o bien cuando, habiéndose otorgado, no se dispuso por medio de él de ningún *beneficial interest*, esto es, no se realizó atribución patrimonial alguna⁶.

⁵ Como es sabido, el derecho inglés no es únicamente de formación judicial, sino que cuenta con un importante volumen de legislación escrita. En el ámbito del derecho sucesorio, destacan como principales textos legales, con sus sucesivas reformas: *Wills Act 1837*; *Wills (Soldiers and Sailors) Act 1918*; *Administration of Estates Act 1925*; *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*; *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996*; *Trustee Act 2000*. Doctrinalmente, este estudio se basa en las explicaciones del profesor Roger KERRIDGE, vertidas en el capítulo dedicado a las sucesiones, en BIRKS, P. (ed.). *English Private Law*. OUP, Oxford, 2000, vol. I, pp. 509 ss., con las actualizaciones de la obra en su *Second Cumulative Updating Supplement*, OUP, Oxford, 2004, pp. 71 ss. La sistemática adoptada es también la diseñada por el referido autor; pese a que quizá pudiera resultar más manejable para el jurista español un texto organizado conforme a las categorías propias del sistema sucesorio continental, he estimado mucho menos arriesgado ceñirme a una estructura que, siendo comprensible desde la óptica de los sistemas latinos, respete el «modo de ver el derecho» que se pretende explicar, como aconseja la metodología comparatista.

⁶ La noción de *beneficial interest* se explica por su contraposición al concepto de *legal title*. Generalmente, ambos deberían coincidir en la misma persona, pero en virtud de la figura del *trust*, generada por la *equity*, cabe distinguir entre el sujeto que ostenta la titu-

Habida cuenta de la posibilidad de que una persona muera habiendo distribuido sus bienes en testamento sólo de modo parcial, se distingue entre sucesión total y parcialmente intestada.

A) SUCESIÓN TOTALMENTE INTESTADA (*TOTAL INTES-TACY*)

Como ocurre en toda sucesión abierta al amparo del derecho inglés, cuando es totalmente intestada es preciso distinguir entre la administración y la posterior distribución del remanente entre los beneficiarios designados por la ley, que en este caso es la *Administration of Estates Act 1925* y que ha sido objeto de sucesivas reformas.

En cuanto a la administración liquidativa, ésta corresponde a los llamados *personal representatives* del causante, que actúan como *trustees*⁷ con poder de disposición. Las funciones de estos administradores vienen definidas en el *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996* y en el *Trustee Act 2000*, que alteran el contenido de la *Administration of Estates Act 1925* en este punto. El *personal representative*⁸, que será nombrado entre los designados para suceder abintestato, siguiendo el mismo orden de prioridad, ostenta la titularidad fiduciaria del caudal relicto, con un poder, pero no una obligación, de enajenar y con la facultad de posponer la distribución de los bienes hasta el momento en que le parezca oportuno; todo ello, claro está, sin perjuicio de su responsabilidad en la gestión del patrimonio, que puede justificar pretensiones de compensación por los daños generados a raíz de una actuación tardía o desafortunada.

Obviamente, entre sus funciones se encuentran las de satisfacer los gastos de funeral y de administración, así como el pago de deudas del causante, con cargo al dinero en efectivo existente en el caudal relicto y al que resulte de la enajenación de bienes.

Realizadas estas operaciones, se procede a la distribución del remanente entre los destinatarios finales (*beneficially entitled*),

laridad conforme al *common law* (ahora entendida la expresión como opuesta a *equity*), que sería el *trustee*, de aquel en cuyo beneficio redunda esa titularidad, es decir, el *beneficiary*. Por tanto, no basta para impedir la apertura de la sucesión intestada que únicamente se haya dispuesto del *legal title*; es preciso que se haya dispuesto de ambos a la vez o bien sólo del *beneficial interest*, si era ésta la titularidad del causante.

⁷ Como es sabido, el *trustee* viene a hacer las veces de un administrador en beneficio ajeno, aunque investido de la titularidad legal o formal de los bienes.

⁸ El Act de 1925 llamaba *heirs and assigns*, s 1(2) a los *personal representatives*.

que son las personas designadas en la parte IV del *Act 1925* y de cuyo orden se da cuenta seguidamente⁹.

La distribución del caudal se realizará de distinto modo dependiendo de qué parientes próximos sobrevivan al causante:

1. El causante muere dejando descendientes (*issue*) pero no un cónyuge viudo

Los hijos adquieren el caudal relicto por partes iguales, pero con sujeción a los llamados *statutory trusts*, conforme a los cuales rigen las siguientes reglas:

a) La primera regla consiste en lo que llamaríamos el derecho de representación (*representation*), según el cual si uno de los hijos ha premuerto, su porción se distribuye entre sus descendientes también por partes iguales; es decir, suceden *per stirpes*, y por cabezas dentro de la stirpe.

b) Conforme a la segunda regla, si uno de los hijos o descendientes no ha cumplido todavía los 18 años, no podrá recibir su parte hasta que alcance esa edad o contraiga matrimonio; si muere antes, su parte acrece a las de sus hermanos por partes iguales.

2. El causante muere dejando descendientes y también cónyuge viudo (*surviving spouse*)

Se considera cónyuge superviviente a quien al tiempo de la muerte del causante estaba legalmente casado con él. No importa el tiempo que hubiese durado el matrimonio. En caso de matrimonio nulo, el cónyuge de buena fe puede ostentar derechos contra el caudal relicto de acuerdo con el *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, pero no será uno de los beneficiarios en la sucesión intestada. Lógicamente, se entiende que no hay matrimonio si ha habido divorcio. Si los cónyuges únicamente estaban separados, el superviviente es tratado como si hubiese premuerto al causante (*Family Law Act 1996, s 21*) y, por consiguiente, no tiene derechos en la sucesión intestada, aunque también puede ostentar pretensiones al amparo del *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*. Por otro lado, si el fallecimiento tiene lugar tras el 1 de enero de 1996, para tener derechos en la sucesión intes-

⁹ Nótese que en la mayoría de casos el representante ostentará también la condición de beneficiario. En este contexto, surgen importantes problemas relativos a la prohibición de autocontratación.

tada el cónyuge viudo debe sobrevivir 28 días al causante, regla que no rige para los restantes beneficiarios ¹⁰.

Si se cumplen los anteriores requisitos:

a) El cónyuge viudo tiene derecho a: i) *the personal chattles absolutely* ¹¹; ii) una suma fija, conocida coloquialmente como *the statutory legacy*, que genera intereses (altos) desde el momento del fallecimiento. Esta suma se revisa cada pocos años por vía de un *statutory instrument*, y ronda las £125.000; iii) *a life interest in one-half of the balance of the residuary estate*; es decir, un derecho vitalicio al rendimiento generado por la mitad del remanente, una vez descontado el ajuar y el legado legal. Si el cónyuge viudo así lo solicita, esta partida puede ser capitalizada y pagada de una sola vez; iv) un derecho de apropiación preferente del hogar familiar (*right to appropriate the matrimonial home*); no se trata, por tanto, de un derecho absoluto y acumulado a los demás, sino que configura una mera facultad de atribución preferente, que se imputa al legado legal o a la capitalización del derecho al rendimiento.

b) Los hijos y descendientes reciben el remanente una vez satisfechos los derechos del cónyuge viudo. En la práctica, esto hace que a menudo no quede remanente a repartir entre los descendientes, especialmente si los cónyuges eran *beneficial joint tenants* del hogar familiar, puesto que en este tipo de cotitularidad la cuota del premuerto revierte automáticamente en el superviviente y no computa a efectos de calcular lo que pueda corresponderle en la herencia ¹².

3. El causante muere sin dejar descendientes, pero sí cónyuge viudo, padre o madre, hermano o hermana de doble vínculo (*brother or sister of the whole blood*) o descendientes de estos últimos

En estos casos, el cónyuge viudo tiene igualmente el derecho al ajuar doméstico, al legado legal incrementado (que ronda en este caso las £200.000) y a la mitad, no del rendimiento, sino del capital restante. Si todavía queda remanente, corresponde a los padres del causante por mitades, sin derecho de representación, pero sí con

¹⁰ La regla general consiste en que, ante la incertidumbre respecto de quién ha fallecido antes, se estima que la persona más joven ha sobrevivido a la de mayor edad.

¹¹ Definido por la s 46 (2A) del *Act* de 1925, reformado en 1996. Es el equivalente a nuestras disposiciones sobre el ajuar doméstico y restantes efectos personales (art. 1320 Código Civil español). Para más detalles, puede verse *Re Crispin's Will Trusts* [1975] Ch 245, CA.

¹² Sobre la diferencia entre los distintos tipos de cotitularidad, se vuelve *infra VII*.

derecho de acrecer. A falta de padres, corresponde a los hermanos de doble vínculo, a los cuales resultan de aplicación los *statutory trusts* vistos respecto de los descendientes. Como puede comprobarse, en este caso es aún más improbable que quede remanente, una vez abonadas las partidas correspondientes al cónyuge viudo.

4. **El causante muere dejando cónyuge superviviente, pero no descendientes, padres, hermanos de doble vínculo ni descendientes de estos últimos**

El cónyuge viudo, lógicamente, tiene derecho a todo el caudal, con independencia de su cuantía.

5. **Sólo sobreviven al causante ciertos parientes (los abuelos o sus descendientes)**¹³

El orden de beneficiarios del remanente es el siguiente:

- a) Padres (sin derecho de representación para ascendientes ulteriores).
- b) Hermanos de doble vínculo con sujeción a los *statutory trusts*.
- c) Hermanos de vínculo sencillo (*of the half blood*), también con sujeción a los *statutory trusts*.
- d) Abuelos (sin derecho de representación en favor de ascendientes ulteriores).
- e) Tíos de doble vínculo, con sujeción a los *statutory trusts*.
- f) Tíos de vínculo sencillo, también con sujeción a los *statutory trusts*.

En esta relación, el orden más próximo excluye al más remoto, de manera que, por ejemplo, si existen hermanos de doble vínculo, no serán llamados los de vínculo sencillo.

6. **A falta de todas las personas hasta aquí mencionadas o bien si ninguna de ellas llega a suceder, el remanente se atribuye a la Corona, que lo adquiere como *bona vacantia*. Generalmente, los bienes adquiridos de este modo por la Corona se destinan a personas próximas al causante o a las cuales presumiblemente hubiera querido beneficiar.**

A los efectos de la sucesión intestada, los hijos adoptivos son tratados igual que los hijos por naturaleza; es decir, suceden a sus

¹³ Nótese que otros parientes más lejanos en línea colateral no son llamados.

progenitores adoptivos y no a los biológicos. Desde 1976 (*Legitimacy Act 1976*), los hijos legitimados (*legitimated*) por matrimonio de sus progenitores con posterioridad a su nacimiento fueron equiparados a los hijos legítimos. Por otro lado, para las sucesiones abiertas a partir del 3 de abril de 1988, los hijos ilegítimos (*illegitimate children*), cuyos progenitores nunca contrajeron matrimonio, suceden en régimen de plena igualdad respecto de los nacidos de padres casados, de conformidad con la *Family Law Reform Act 1987*, que obliga a tratar las relaciones de parentesco entre dos personas con independencia de que sus padres estuviesen o no casados en cualquier tiempo. En esta materia, es preciso tener en cuenta también las cuestiones que pueden surgir a raíz de la utilización de técnicas de reproducción asistida¹⁴.

B) SUCESIÓN PARCIALMENTE INTESTADA (*PARTIAL INTESTACY*)

La sucesión es parcialmente intestada cuando el causante no dispuso de todos sus bienes y derechos por medio de testamento, cosa que con frecuencia sucede a raíz de la ineficacia de la disposición voluntaria del remanente.

En estos supuestos, las restantes disposiciones testamentarias eficaces se mantienen y se abre la sucesión intestada por el resto; en cualquier caso, el testamento prevalece en todos aquellos puntos en los que pueda desplegar su eficacia.

Salvo que en el testamento se hubiese previsto otra cosa, los *personal representatives* del causante serán nombrados entre los mismos sujetos y tendrán las mismas facultades que en los supuestos de sucesión totalmente intestada. La única diferencia sustancial consiste en que si la sucesión es sólo parcialmente intestada, tendrán que constituir una provisión de fondos para hacer frente a las atribuciones previstas en el testamento.

Respecto del caudal no dispuesto en testamento, rigen las reglas de distribución propias de la sucesión intestada. El ordenamiento en cierto modo presume que todo testamento contiene una cláusula de cierre conforme a la cual el caudal no distribuido debe pasar a los que serían llamados por la vía intestada¹⁵.

¹⁴ *Human Fertilization and Embryology Act 1990* (El marido de la mujer que haya dado a luz al hijo será considerado padre, salvo que se acredite que no consintió a la inseminación o implantación) y *Human Fertilization and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003*.

¹⁵ *Re McKee* [1931] 2 Ch 145, 161, CA.

Finalmente, es preciso hacer referencia a las llamadas *hotchpot*¹⁶ *rules*. Se trataba de un conjunto de normas, de aplicación variable y compleja, conforme a las cuales debían computarse en la parte correspondiente al cónyuge o a los descendientes del causante que le sucediesen abintestado, las donaciones que hubiesen recibido de él en vida. Estas normas, hasta cierto punto semejantes a las disposiciones continentales relativas a la colación en sentido propio¹⁷ y con fundamento también en la idea de que los descendientes deben recibir una cantidad igual en la herencia de sus ascendientes, generaban múltiples problemas debido a su complejidad y, por ello, fueron derogadas para las sucesiones abiertas a partir del 1 de enero de 1996, de conformidad con *Law Reform (Succession) Act 1995*.

III. LA SUCESIÓN TESTADA

A) CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO

El testamento (*will*) puede describirse como el instrumento a través del cual el causante expresa la ordenación que desea tenga efecto únicamente tras su fallecimiento.

En cuanto a los caracteres definatorios del testamento, cabe afirmar que es *ambulatory*, en el sentido de que no es eficaz y no confiere beneficio alguno hasta la muerte del causante, y *revocable*, hasta el momento mismo del fallecimiento; ni siquiera el causante puede declarar la irrevocabilidad de sus disposiciones.

La intención de que un documento contenga el testamento es suficiente para considerarlo como tal, con independencia del modo en que se exprese, siempre que el otorgante quiera que tenga efectos sólo a partir de su propio fallecimiento y que se elabore de conformidad con los requisitos exigidos para el válido otorgamiento del testamento (que se comentarán en breve). Si lo que se pretende es que un determinado documento sea complementario de un testamento, suele recibir el nombre de *codicil*.

La intención de testar debe quedar probada; el tribunal deduce la intención de testar tanto del lenguaje empleado como de eventuales pruebas extrínsecas; en cualquier caso, si el documento aparece a primera vista como testamentario, surge una presunción

¹⁶ La expresión es francesa y significa «platillo» o «revoltillo».

¹⁷ Artículos 1035 ss. Código Civil español.

iuris tantum (a *rebuttable presumption*) conforme a la cual esa fue la intención del otorgante.

Una disposición de propiedad realizada bajo la condición del fallecimiento del transmitente no puede valer como acto *inter vivos* y, por tanto, sólo resultará eficaz si vale como testamento o como codicilo, lo cual significa que debe haber sido elaborado cumpliendo los requisitos propios de las disposiciones *mortis causa*. Sí puede valer como acto *inter vivos* uno de los llamados *settlements*, por medio del instrumento del *trust*, incluso en el supuesto en que la atribución final al beneficiario quede pospuesta al momento del fallecimiento del transferente¹⁸.

Se afirma que el causante puede dejar únicamente un testamento, por cuanto que el término *will* no se ciñe a un documento en concreto, sino que abarca la expresión de todas sus disposiciones de última voluntad¹⁹, con independencia de que estén contenidas en un solo documento o en varios, pero siempre que cumplan los requisitos exigibles al testamento.

Los testamentos condicionales (*conditional wills*) se admiten²⁰, pero siempre que el carácter condicional sea expreso; en este caso, el testamento es válido y será eficaz si se cumple la condición. En cambio, si el causante no condicionó el testamento de manera expresa, pero se comprueba que sólo quiso su eficacia si se cumplía una determinada condición, el testamento no valdrá por falta de *animus testandi*. A menudo es difícil averiguar si nos hallamos ante el establecimiento de una verdadera condición o bien si se trata de una mera explicación de las circunstancias o razones que llevaron al causante a otorgar testamento; debido a la menor trascendencia de esto último respecto de la validez del negocio, se tiende a presumir la *causa demonstrativa*, en lugar de la condición.

B) EL CONTENIDO DEL TESTAMENTO

El principal contenido del testamento lo constituyen las disposiciones de propiedad. Para llevarlas a cabo, el causante puede atribuir bienes directamente a los beneficiarios o bien puede encomendarlos a *trustees*.

¹⁸ El parecido a nuestro llamado fideicomiso contractual es evidente.

¹⁹ Así se expresó el *Privy Council* en su conocida decisión en el caso *Douglas-Menzies v Umphelby* [1908] AC 224, 233 PC.

²⁰ Sin lugar a dudas, se admite la condicionabilidad de singulares disposiciones testamentarias, pero el tema que se plantea en el texto es el más amplio de la condicionabilidad del testamento como tal.

Estas disposiciones o *gifts* pueden ser *legacies* (o *bequests*) o bien *devises*. Los primeros constituyen disposiciones relativas a la llamada *personal property or personalty* (es decir, el equivalente a nuestros bienes muebles, incluyendo los *leases*²¹, que pueden describirse como cesiones de propiedad por un período de tiempo, a cambio de una renta). En cambio, los *devises* constituyen disposiciones sobre la *real property or realty*, que incluye el *freehold land* (las formas más completas de dominio sobre la tierra posibles en el ordenamiento inglés) y los *incorporeal hereditaments* (que conforman una categoría legal y no física, referida a derechos transmisibles por causa de muerte), entre los que destacan los *easements* (figuras que guardan cierta semejanza a nuestras servidumbres y limitaciones del dominio).

Los *legacies* pueden ser *specific*, *general* o *demonstrative*. Por su parte, los *devises* pueden ser *specific* o *general*.

Se dice que un *legacy* es *specific* cuando recae sobre *personalty* determinado integrado en el patrimonio del causante. La determinación puede venir referida al momento de otorgamiento del testamento (por ejemplo, «los muebles que actualmente se encuentran en el comedor de mi casa») o bien al del fallecimiento del causante («los muebles que se encuentren en el comedor de mi casa al tiempo de mi muerte»).

En cambio, un *general legacy* (o *general bequest*) es una disposición de cosa genérica, a satisfacer a cargo del caudal hereditario, pero sin necesidad de que se encuentre en él. El ejemplo típico es la atribución de una cantidad de dinero²².

A medio camino entre unos y otros se encuentran los *demonstrative legacies*, extraños en la práctica, por medio de los cuales el causante señala con qué bienes debe satisfacerse el *legacy*, pero no de modo exclusivo, sino reflejando simplemente una preferencia²³.

Por su parte, los *devises* son *specific* si recaen sobre *realty* específico y determinado perteneciente al testador. En cambio, un *devise* relativo a todo el *realty* del cual no se hubiese dispuesto de otro modo sería calificado como *general devise*.

²¹ Los *leaseholds* en ocasiones se llaman «*chattels real*», por cuanto que presentan considerable proximidad respecto de la *real property*.

²² Debe notarse, sin embargo, que, aunque no sea frecuente, un *pecuniary legacy* puede no ser *general*, si el dinero aparece determinado como cosa específica: así, por ejemplo, si el testador ha atribuido a uno de sus beneficiarios «el dinero que se encuentre en su caja fuerte al tiempo de su fallecimiento» o «el dinero que esté depositado en la cuenta bancaria X».

²³ Si la designación de la fuente de pago fuese exclusiva, el *legacy* sería específico y no demostrativo.

La determinación del carácter específico o genérico del *legacy* es una cuestión de interpretación del testamento, que se resuelve, en caso de duda, a favor de la clasificación como general, de manera que el *legacy* pueda mantener su eficacia a pesar de haber dejado de pertenecer al testador los bienes sobre los que recayese²⁴. La clasificación es relevante por cuanto que ciertas reglas de ineficacia sobrevinida, que se verán más adelante, operan de modo distinto según que el *legacy* sea *general* o *specific*.

En segundo lugar, el testamento puede contener el nombramiento de administradores testamentarios (*executors*)²⁵.

Por otro lado, las manifestaciones relativas al destino de los restos mortales del causante, están sujetas a lo dispuesto en *Human Tissue Act 2004*.

Finalmente, el testamento puede ser empleado para realizar disposiciones de carácter personal, como puede ser el nombramiento de guardadores (*testamentary guardians*). De conformidad con la *Children Act 1989*, no modificada en este punto por la *Adoption and Children Act 2002*, los padres pueden nombrar guardadores para sus hijos bajo potestad, para el caso del fallecimiento de aquellos, en testamento o en otro documento debidamente firmado y fechado; el nombramiento se revoca por testamento o documento posterior. A su vez, también el guardador podrá hacer uso de la referida facultad en su propio testamento. Pero hay que tener en cuenta que estas disposiciones generalmente sólo serán eficaces cuando fallezca el último de los progenitores. Asimismo, es instrumento idóneo para el ejercicio de facultades de nombramiento (*exercise of testamentary powers of appointment*) que el causante tuviese atribuidas y que puedan ser ejercitadas por testamento. Esto sucederá, por ejemplo, en casos en los que el causante tenga derecho a disfrutar de una propiedad durante su vida y esté facultado para otorgar lo que quede de ella a sus hijos por medio de una disposición testamentaria.

C) FORMALIDADES TESTAMENTARIAS

Como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, las formalidades testamentarias se establecen tanto para prevenir la falsifica-

²⁴ *Re Rose* [1949] Ch 78, 82; *Re Willcocks* [1921] 2 Ch 327.

²⁵ Debe prestarse atención a la expresión *execution* en materia testamentaria, puesto que puede tener dos sentidos completamente distintos. Por un lado, se habla de que un testamento ha sido *executed* para hacer referencia a su otorgamiento; por otro, los albaceas reciben la denominación de *executors*, lo cual los diferencia de los *administrators*, nombrados en defecto de previsión testamentaria al respecto.

ción o la coacción, como para asegurar la suficiente reflexión del causante y, en consecuencia, una de sus funciones radica en enfatizar la importancia de testar.

Con anterioridad a 1837, las formalidades testamentarias dependían del tipo de propiedad que se transmitía, de manera que un testamento podía ser válido respecto de cierto tipo de bienes, pero no respecto de otros²⁶.

La *section 9* del *Wills Act 1837*, que ha sido objeto de sucesivas reformas, establece los requisitos necesarios para la validez del testamento:

a) Debe hacerse por escrito. Pero es indiferente el soporte, así como el hecho de que se escriba a mano o bien por medios mecánicos. A menudo, los testamentos hechos en casa (los llamados «*home-made*» *wills*) se elaboran rellenando a mano los espacios correspondientes de un formulario. El testamento puede ser escrito a tinta o a lápiz, pero si se combinan ambos medios, el juez tenderá a estimar que lo que aparece en lápiz es meramente deliberativo y lo excluirá del testamento, salvo que conste que esa fue la voluntad definitiva del causante.

b) Debe ser firmado por el testador o bien en su presencia y bajo su dirección. Las formalidades respecto de la firma son muy laxas en comparación con las que rigen en nuestro ordenamiento²⁷. Se puede utilizar un pseudónimo o un marca –como una cruz, la huella dactilar, las iniciales o expresiones como «*your loving mother*». Lo esencial para la validez del testamento es que el testador quisiese hacer valer la expresión o la marca como firma suya, hasta el punto de que incluso puede resultar irrelevante a estos efectos que otra persona le guiase la mano. Por otro lado, un tercero puede firmar el nombre del causante o el suyo propio por indicación del testador, y así debe hacerlo constar. Si el testamento consta de varias hojas, deberían aparecer grapadas o unidas de cualquier modo, para evitar pérdidas o intercalaciones, pero han recaído decisiones judiciales que han dado por correcta la unión en casos realmente insólitos²⁸.

c) El testador debe, por medio de su firma, pretender la efectividad del testamento. Es indiferente a estos efectos dónde conste

²⁶ Justamente por ello todavía se utiliza la expresión «*last will and testament*», que en sus orígenes no era redundante, puesto que describía los distintos instrumentos idóneos para transmitir cada tipo de propiedad.

²⁷ En concordancia, seguramente, con la también mayor flexibilidad respecto de los cambios de nombre.

²⁸ Véanse, por ejemplo, *Lewis v Lewis* [1908] P 1; *In the Estate of Little* [1960] 1 WLR 495.

la firma y ésta puede valer incluso para atribuir efectos a lo que conste tras ella, siempre que se respete la unidad de acto (*all one operation*).

d) El testador debe firmar o reconocer su firma ante dos o más testigos simultáneamente. Los testigos no tienen por qué saber que el documento es un testamento; basta con que vean que el testador firma el documento que elabora. Si los testigos no están presentes cuando el testador firma el documento, es preciso que reconozca su firma ante ellos, bien sea de manera expresa, bien por medio de gestos. Los testigos deben estar presentes, tanto física como mentalmente; así, en su día se estableció que no estaban presentes «*if they are asleep, or intoxicated, or of unsound mind*»²⁹. Los testigos y sus cónyuges pierden los derechos que les hubiesen sido otorgados en ese testamento, pero no la capacidad de testificar en favor de la validez del referido testamento (son buenos *attesting witnesses*). No hay obstáculo alguno para que el *executor* actúe como testigo.

e) Los testigos deben firmar o reconocer su firma en presencia del testador, aunque no es preciso que lo hagan entre ellos. El testamento no valdrá si el testador pierde la consciencia antes de que firme el último de los testigos. También en este caso, es indiferente dónde consten sus firmas.

No es necesario que la comprobación de la firma por parte de los testigos conste en una cláusula específica (la llamada *attestation clause*), pero resulta aconsejable que así sea en aras de la obtención de la sanción judicial (*grant of probate*). En otro caso, el juez requerirá que los testigos confirmen la correcta elaboración del testamento por medio de *affidavit*.

En cuanto a la interpretación de los requisitos hasta ahora comentados, la jurisprudencia en los últimos tiempos ha empezado a flexibilizar su exigencia, cosa que la doctrina en general considera adecuada.

El testador puede incorporar a su testamento un documento que no se hubiese formalizado adecuadamente y convertirlo así en parte de su testamento (*incorporation by reference*). Para la validez de esta incorporación, deben cumplirse tres requisitos: a) que el documento sea previo al otorgamiento del testamento; b) que el testamento se refiera a su existencia; c) que en el testamento se identifique el documento en cuestión de manera suficiente. Si la incorporación es válida, el documento pasa a formar parte del testamento y, por tanto, será objeto de publicidad en

²⁹ *Hudson v Parker* (1844) 1 Rob Ecc 14, 24; 163 ER 948, 952 per Dr Lushington.

orden a la obtención del *grant of probate*. Por tanto, si el causante quiere evitar esa publicidad, debe acudir a la fórmula del *secret trust*³⁰.

Téngase en cuenta, por otro lado, que existe abundante jurisprudencia relativa a la responsabilidad del *solicitor* o de quien preste profesionalmente servicios de redacción de testamentos, cuando alguna atribución testamentaria falla por no haber avisado del riesgo de que esto sucediera (así, por ejemplo, el *solicitor* no aconseja la división de una cotitularidad en mano común y el beneficiario previsto por el causante se ve en la imposibilidad de adquirir la participación que el causante quiso dejarle). Esta responsabilidad puede ser tanto contractual como extracontractual y, dependiendo de los casos, será exigible por el causante (o por su herencia) o bien por el beneficiario perjudicado.

D) TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS O ESPECIALES (*PRI-VILEGED WILLS*)

Siguiendo la tradición romana, que se mantuvo parcialmente con anterioridad, el *Wills (Soldiers and Sailors) Act 1918* permite que ciertos sujetos realicen testamentos informales, tanto respecto del *personalty* como del *realty*.

Son testadores privilegiados:

- los soldados en campaña, con la precisión de que tanto el término «soldado» como la situación contemplada, han sido interpretados en sentido amplio;
- los marineros y navegantes cuando se han hecho al mar;
- los miembros de la marina o de las fuerzas navales de Su Majestad, aunque no se encuentren en alta mar, pero siempre que se encuentren en circunstancias que permitirían que un soldado gozase del privilegio.

El privilegio consiste en la inexistencia de formalidad alguna de otorgamiento (el testamento puede ser oral, no se requiere la concurrencia de testigos, etc.) y en el hecho de que la manifestación de voluntad valdrá como testamento incluso si falta la voluntad de testar, pero siempre que exista una declaración de intenciones respecto de la disposición de bienes. Además, el testamento vale aunque el causante no tuviese edad de testar. Por otro lado, si

³⁰ Sobre el *secret trust*, puede verse *infra i*).

no es revocado, conservará su eficacia, a pesar de que el testador pierda el privilegio con posterioridad.

La doctrina aboga por la derogación de esta especialidad testamentaria, porque las razones que aconsejan el respeto de unas mínimas formalidades rigen, tal vez incluso con mayor intensidad, en los casos contemplados.

E) LA CAPACIDAD PARA TESTAR

Por lo que respecta a la edad, el testamento otorgado por un menor de 18 años no es válido, salvo que se trate de un testador privilegiado.

Por otro lado, para poder otorgar un testamento válido, la persona debe estar en posición de entender tres cosas:

- 1) los efectos de su testamento³¹;
- 2) el alcance de su patrimonio³²;
- 3) las pretensiones que puedan tener otros sujetos sobre ese patrimonio³³.

Se presta especial atención a los supuestos de falsa aprehensión de la realidad (*delusion*), como particularidades respecto de la general capacidad para testar. El causante sufre una *delusion* si vive con una creencia irracional que no puede ser disipada con argumentos racionales; así, por ejemplo, si estima que le rodean fantasmas o si tiene manías persecutorias. A menudo, es difícil distinguir la *delusion* de una visión simplemente equivocada de las cosas con las radicales diferencias en cuanto a los efectos que ello produce³⁴. De todos modos, es preciso tener en cuenta que la *delusion*, por absurda que sea, no priva de validez al testamento si no afecta a las disposiciones en él realizadas³⁵.

El causante debe ser capaz al otorgar testamento, aunque en ocasiones se ha estimado que es suficiente que lo sea en el momento de

³¹ *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, 565.

³² *Wood v Smith* [1993] Ch 90, CA; el objetivo no es tanto que se conozca exactamente a cuánto asciende el patrimonio propio, sino observar que, si la propia concepción sobre el mismo es irreal, denota falta de capacidad mental.

³³ *Wood v Smith* [1993] Ch 90, CA; *Boughton v Knight* (1873) LR 3P&D 64, 65-66.

³⁴ En *Dew v Clark* (1826) 3 Add 79, 162 ER 410, un causante que creía que su hija, de moral estricta y hábitos religiosos, era un «monstruo» fue considerado incapaz para disponer sobre esta base y, por tanto, el testamento donde se la desheredaba fue descartado.

³⁵ *Banks v Goodfellow* (1870) LE 5 QB 549, donde se estimó que un causante que temía la presencia de fantasmas y espíritus malignos tenía capacidad suficiente para testar a favor de su sobrina: al parecer, su falsa comprensión de la realidad se consideró irrelevante a los efectos de disponer de su patrimonio.

dar las instrucciones precisas para otorgarlo³⁶. De todos modos, si la *delusion* afecta sólo a una parte del testamento, el resto puede conservar su validez. De ahí que esta situación merezca un tratamiento diferenciado al de la capacidad para testar en sentido estricto: la *delusion* sólo afecta al negocio en cuanto sea determinante de un contenido que sin ella no se le hubiere conferido.

Con frecuencia, la impugnación del testamento se fundamenta en lo que podríamos llamar la falta de conocimiento y aprobación (*lack of knowledge and approval*): si el testador otorga un documento como si fuese su testamento y resulta que no es éste el negocio que pretendía otorgar, le falta el *conocimiento y aprobación*, y el testamento no superará el *probate*. Igualmente, se excluirán las palabras que figuren en el testamento sin que el testador tuviese conocimiento de ellas. Si el problema radica en que el testador no ha entendido el sentido legal de algún término (estaríamos ante un supuesto de error), el término se mantiene y será una cuestión de interpretación averiguar cuál fue la voluntad del causante.

Justamente para casos de error, existe la posibilidad de rectificación judicial (*rectification*) del testamento. El *Administration of Justice Act 1982, s 20*, permite que el tribunal rectifique el contenido del testamento cuando tenga la fundada creencia de que no se adecua a la voluntad del testador³⁷; esto puede ser debido a un error de expresión (literalmente, un *clerical error*, es decir, un error de quien redactó el documento) o de una incorrecta comprensión de las instrucciones del causante. Las adiciones realizadas por la autoridad judicial pueden ser de importancia³⁸, pero, como contrapartida, el tiempo para solicitar esta rectificación es limitado.

Tratamiento aparte merecen la coacción y el fraude. En materia testamentaria, la *undue influence* se relaciona necesariamente con la idea de coacción, alejándose de la mera persuasión: el testador es forzado a elaborar un testamento que no quería otorgar.

En cambio, el fraude (*fraud*) se considera concurrente siempre que el testador sea conducido a confusión o a error de manera intencionada; así, por ejemplo, si se le dice que uno de sus posibles beneficiarios ha fallecido, o que ha llevado a cabo una conducta que el testador reprobaría.

³⁶ *Parker v Felgate* (1883) 8 PD 171.

³⁷ Respecto de muertes acaecidas con anterioridad al 1 de enero de 1983, la única forma de modificar el testamento, pero exclusivamente en el sentido de eliminar lo que no se correspondiese con la intención del testador, pasaba por la falta de conocimiento y aprobación, comentada líneas más arriba.

³⁸ Así, por ejemplo, en *Wordingham v Royal Exchange Trust Co Ltd* [1992] Ch 412.

Se trata de dos alegaciones distintas, con efectos también diferentes. Una demanda por *undue influence* conduce en la práctica generalidad de los casos a la ineficacia del testamento o de la disposición afectada, mientras que el fraude seguramente comportaría el establecimiento de un *constructive trust*³⁹, aunque de hecho no se encuentran casos en que una demanda basada en una alegación de fraude haya tenido éxito, de modo que no existen argumentos de autoridad que establezcan cuáles serían las consecuencias de tal proceder⁴⁰.

F) LA IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO (*CHALLENGING A PURPORTED WILL*)

No es tarea fácil la de impugnar un testamento, debido al hecho de que el causante ya ha fallecido y puede resultar complicada la prueba de su capacidad o de las circunstancias concurrentes al tiempo del otorgamiento.

En la actualidad, como ya se ha apuntado, se observa una tendencia a impugnar por falta de conocimiento y aprobación, en lugar de acudir al fraude o a la coacción. Las ventajas se cifran en la carga de la prueba (que parece favorecer a quien alega la concurrencia de «circunstancias sospechosas» en el otorgamiento) y las costas, que en estos supuestos suelen imputarse a la herencia. Un ejemplo de autoridad, un *leading case* en la materia, es *Wintle v Nye*⁴¹, donde la sospecha recaía sobre el abogado que había redactado el testamento; en el fondo, las alegaciones conducían inevitablemente a la noción de fraude y la normativa procesal hubiera exigido su alegación separada, pero la House of Lords, en apelación, estimó que el juez de instancia no había informado suficientemente al jurado de la especial fuerza con la que debía operar la carga de la prueba sobre el abogado, que había redactado el testamento en el cual aparecía como un importante beneficiario⁴².

³⁹ Un *constructive trust* es el que nace por obra de la ley (en su aplicación judicial) en determinados supuestos, sobre la base más o menos firme de una presuposición de consentimiento inicial, aunque su falta de consurrencia efectiva no tiene por qué impedir que surja el *trust*; se contraponen, pues, al *express trust*, en el cual se afirma abiertamente en el momento de su constitución (generalmente con transferencia del derecho real) que el *beneficial interest* redundan en sujeto distinto al que ostenta el *legal title*.

⁴⁰ KERRIDGE, R., *Succession*. En BIRKS, P. (ed.), *English Private Law*, cit., p. 538, cita como caso de alegación de fraude *Betts v Doughty* (1879) 5 PD 26, señalando que en el supuesto enjuiciado las partes llegaron a un acuerdo y, por tanto, se sigue sin conocer cuál sería el resultado de una alegación de fraude exitosa.

⁴¹ [1959] 1 WLR 284, HL.

⁴² Para un análisis sobre estas cuestiones, KERRIDGE, R., «Wills Made in Suspicious Circumstances: The Problem of the Vulnerable Testator» [2000] 59 CLJ 310-34.

G) REVOCACIÓN, ALTERACIÓN, REVIVISCENCIA Y REPUBLICACIÓN DE TESTAMENTOS

i) Revocación (*revocation*)

Existen cuatro maneras de revocar un testamento o un codicilo⁴³:

En primer lugar, la revocación puede tener lugar por testamento o codicilo posterior y puede ser expresa (*express*) o tácita (*implied*). La primera no tendrá efecto revocatorio si pertenecía a un testamento condicional, y la condición no se ha cumplido, o si es la propia cláusula revocatoria la que es condicional. La revocación tácita tiene lugar en la medida en que el testamento o el codicilo posterior contengan cláusulas incompatibles o incongruentes (*inconsistent*) con el anterior testamento o codicilo.

Este tipo de revocación podrá probarse incluso si el testamento o el codicilo posterior se han perdido o destruido, siempre que se pueda acreditar con una razonable probabilidad que existió de forma válida y cumpliendo los requisitos legalmente exigibles.

En segundo lugar, una disposición testamentaria quedará sin efecto por testamento o codicilo puramente revocatorios (*revocation by duly executed writing*). Cualquier documento posterior, que cumpla los requisitos exigidos para el otorgamiento de un testamento, puede contener la voluntad de revocar el testamento anterior.

En tercer lugar, se contempla también la revocación material (*revocation by destruction*). Para este tipo de revocación, se requiere un acto de destrucción y la intención de revocar. El acto de destrucción no tiene por qué ser total (seguramente basta con la destrucción de la propia firma o de la de los testigos), pero no es suficiente con tachar el contenido, escribir detrás que queda revocado o tirarlo a la basura⁴⁴. Se reputa también revocado el testamento si el acto de destrucción es realizado por un tercero en presencia y bajo la dirección del testador. En cuanto a la intención de revocar, ésta sólo puede estimarse concurrente si el testador es capaz en el momento de destruir y si cree que el testamento que destruye era un testamento válido; si, contrariamente, piensa que ya estaba revocado, la destrucción no revoca. Si la destrucción sólo afecta a parte del testamento, se interpretará que ha querido des-

⁴³ Téngase en cuenta que el cambio de circunstancias, una vez otorgado el testamento, no tiene efecto alguno sobre el mismo, salvo lo que se dirá más adelante en caso de separación o divorcio. Así, por ejemplo, el nacimiento posterior de un hijo no afectaría a la validez de una disposición efectuada sin tenerlo en cuenta.

⁴⁴ *Cheese v Lovejoy* (1877) 2 PD 251, CA.

truirlo íntegramente si desturbe la firma, pero no si únicamente tacha legacies concretos.

Si el testamento se encontraba en poder del causante la última vez que se tuvieron noticias del mismo y ha desaparecido en el momento de su fallecimiento, se presume la destrucción y, por tanto, la intención de revocar. Pero la fuerza de la presunción varía en función del grado de seguridad en la custodia⁴⁵.

En cuarto y último lugar, la revocación puede tener lugar por nuevo matrimonio. Como norma general, el matrimonio revoca el testamento de cualquiera de las partes, con independencia de que exista o no intención de revocar. El matrimonio nulo (*void*) no tiene fuerza revocatoria, pero sí el anulable (*voidable*), aunque después efectivamente se anule. Esto genera problemas cuando el matrimonio es anulable por falta de consentimiento⁴⁶. Para testamentos otorgados a partir del 1 de enero de 1983, se ha establecido de manera clara que el testamento realizado en contemplación de un futuro matrimonio no queda revocado cuando éste se celebra. Para los testamentos anteriores, la regla, que tiene el mismo fundamento lógico, presenta más complejidad en su aplicación, por faltar una previsión expresa⁴⁷.

En cualquier caso, téngase en cuenta que la revocación –salvo la que tiene lugar por razón de matrimonio– puede haber sido condicional, en cuyo caso sólo producirá efecto cuando se cumpla la condición. Si la revocación se realiza en testamento o documento revocatorio, su carácter condicional o no será una cuestión de interpretación⁴⁸, mientras que si estamos ante una revocación por destrucción, será una cuestión de hecho, para cuyo establecimiento se admitirán pruebas respecto de las declaraciones de intenciones efectuadas por el causante⁴⁹.

ii) Alteración (*Alteration*)

Toda alteración realizada con posterioridad al otorgamiento del testamento se tiene por no puesta, de conformidad con *Wills Act 1837*, s 28. Si la alteración (tachadura, borrón, etc.) se realizó con anterioridad a la formalización, forma parte del testamento y, por consiguien-

⁴⁵ *Sugden v Lord St Leonards* (1876) 1 PD 154, CA.

⁴⁶ *Re Davey* [1981] 1 WLR 164.

⁴⁷ Todas estas reglas de revocación se aplican también a los testadores privilegiados, con la única diferencia de que pueden otorgar testamentos informales.

⁴⁸ Para un caso de revocación implícitamente condicionada, puede verse *Re Finne-more* [1991] 1 WLR 793.

⁴⁹ Serían supuestos de revocación por destrucción condicionada, por ejemplo, aquellos en los que el causante sólo la quisiera para el caso de que se formalizase válidamente un testamento posterior, o si debía revivir un testamento anterior. Sobre esta cuestión puede verse, por ejemplo, *In the Estate of Southerden* [1925] P 177, CA.

te, vale como tal, siempre y cuando no se estime que fue meramente deliberativa, cosa que se presume, como ya ha habido ocasión de comentar, si unas partes aparecen escritas a lápiz, frente a otras escritas a tinta. Igualmente, existe una presunción *iuris tantum* conforme a la cual toda alteración que no haya sido *attested* ha sido realizada con posterioridad al testamento. Si el testamento es confirmado, también las alteraciones posteriores a la formalización pero anteriores a la confirmación resultarán integradas en el testamento⁵⁰.

Por el contrario, si la alteración se ha realizado de conformidad con las formalidades legalmente requeridas para la validez del testamento (firma o iniciales del testador salvando la enmienda y estampadas o reconocidas frente a dos testigos simultáneamente), forma parte del testamento.

Como excepción a la regla general, según la misma *Wills Act 1837, s. 21*, si una alteración no formalizada se ha realizado con la intención de revocar el testamento y ha convertido en ilegibles («*non apparent*») las palabras que se querían revocar, la revocación de lo descartado se tendrá por buena. Existe casuística considerable respecto de cuándo se entiende que las palabras se han hecho ilegibles; en general, lo serán cuando no se puedan ver por medios naturales, con independencia de que la aplicación de medios químicos o infra-rojos pudieran desvelarlas. Si la alteración obliterante se realizó de modo condicional (por ejemplo, a la efectividad de algún otro legado que se pretendía realizar) el incumplimiento de la condición determinará la ineficacia de la alteración y, para descubrir el contenido eliminado, serán admisibles cualesquiera medios de prueba.

iii) Reviviscencia y confirmación (*Revival and republication*)

Aunque la revocación de un segundo testamento no hace revivir al primero, un testamento o un codicilo pueden revivir, siempre que existan —es decir, que no hayan sido destruidos— por nueva formalización del mismo documento o bien por el otorgamiento de un codicilo posterior que refleje la voluntad de darle nueva eficacia, lo cual será una cuestión de interpretación. La fecha del testamento será la del momento en que se le restituye la eficacia.

La confirmación (*confirmation or republication*) de un testamento tiene lugar si es formalizado de nuevo o si se otorga un codicilo con referencia a ese testamento⁵¹, de modo que no se hace revivir un

⁵⁰ Pero debe tenerse en cuenta que ello sólo ocurre cuando la confirmación se lleva a cabo por testamento, pero no si tiene lugar por codicilo, puesto que en este caso la alteración se presume posterior no sólo al testamento, sino también al codicilo.

⁵¹ Sin necesidad de que el codicilo refleje la intención de confirmar el testamento; basta que se refiera a él.

testamento anteriormente revocado. Se entiende que la fecha del testamento confirmado es la de la confirmación, aunque se respeta la voluntad del causante, en el sentido de que no se permite que el cambio de fecha conduzca a la ineficacia de disposiciones que hubieran sido eficaces de haberse mantenido la fecha más antigua.

H) TESTAMENTOS VINCULADOS O RECÍPROCOS (*MUTUAL WILLS*)

El derecho inglés admite que dos o más personas⁵² puedan acordar una cierta distribución de todo o parte de su patrimonio para el momento en que se abran sus respectivas sucesiones, de modo que el superviviente quede vinculado al referido acuerdo cuando fallezca el primero de los testadores.

Para la efectividad de este tipo de disposiciones se requiere:

a) el acuerdo (*the arrangement*): las partes convienen en una cierta distribución de sus bienes y otorgan sus respectivos testamentos de conformidad con dicho acuerdo. Generalmente, el acuerdo establece que los bienes pasen al superviviente, bien de modo absoluto, bien con carácter vitalicio, para luego revertir en los beneficiarios pactados, pero nada obsta a que el superviviente no reciba atribución alguna del premuerto, sino que meramente mantenga los bienes en *trust* para los beneficiarios finales;

b) que se acuerde la vinculación del superviviente: no es ni siquiera preciso que las partes otorguen testamentos de contenido igual o similar, pero lo que sí se requiere es que pacten la vinculación del superviviente⁵³, lo cual significa que convienen en no revocar los testamentos otorgados en aplicación del acuerdo una vez haya fallecido uno de ellos. Las averiguaciones en torno a si hubo o no acuerdo de vinculación pueden resultar complejas, especialmente si no existe documento alguno que exponga claramente la intención de las partes al respecto;

c) que se produzca el hecho determinante de la vinculación: aunque no siempre ha estado claro cuál es el evento determinante de

⁵² No se encuentran casos en que una pluralidad de personas hayan otorgado testamentos vinculados, pero en teoría es admisible. Por lo general, los testamentos vinculados son otorgados por marido y mujer y tienen como finalidad asegurar que sus respectivos patrimonios pasarán a unos beneficiarios determinados o que determinadas personas serán excluidas de sus sucesiones (así, por ejemplo, si se acuerda que los bienes pasarán a una fundación benéfica, aunque no esté especificada, de manera que no se pueda disponer a favor de determinados parientes).

⁵³ Pueden verse, en este sentido, *Re Goodchild* [1997] 1 WLR 1216, CA; *Re Oldham* [1925] Ch 75.

la vinculación, en la actualidad se tiende a entender que radica en el primer fallecimiento⁵⁴; en consecuencia, mientras ambas partes viven, los testamentos pueden ser alterados, revocados por acuerdo de las partes o incluso por voluntad de uno solo de ellos⁵⁵.

La vinculación no supone una imposibilidad de revocar el testamento, pero sí priva de eficacia a la revocación, puesto que la *equity* estima que el superviviente mantiene la propiedad afectada en concepto de *trustee*, generándose un *constructive trust* que sujeta incluso a los albaceas del testamento revocatorio. Por tanto, no es que este segundo testamento sea inválido, pero no será eficaz en orden a privar de virtualidad a la disposición mutua.

Un problema por el momento no resuelto es el relativo al efecto del nuevo matrimonio del superviviente en cuanto a la revocabilidad del testamento; únicamente se ha comentado su irrelevancia *obiter dicta* y en un supuesto en que los testadores eran de edad avanzada y, por tanto, ya no podían tener más hijos⁵⁶. Por otro lado, tampoco queda claro hasta qué punto resultan limitadas las facultades de disposición del superviviente, tanto respecto de los bienes recibidos del premuerto, como de los suyos propios⁵⁷.

La incertidumbre sobre aspectos esenciales de la regulación, como los que se acaban de apuntar, explica la poca aplicación de la figura, puesto que la misma finalidad se puede conseguir por otros medios más seguros y menos proclives a generar problemas, como puede ser un *trust* constituido de manera expresa.

I) SECRET TRUSTS

La figura del *secret trust* puede ser empleada por el testador cuando no quiere que sea público y notorio a quién beneficia en su testamento; en consecuencia, un beneficiario testamentario o abintestato promete al testador que mantendrá los bienes en *trust* para el beneficiario realmente querido. Ello puede hacerse sin que en el testamento aparezca referencia alguna a la intención última del causante, o bien se puede hacer constar que el adquirente reci-

⁵⁴ *Re Dale* [1994] Ch 31.

⁵⁵ *Dufour v Pereira* (1769) Dick 419, 21 ER 332.

⁵⁶ *Re Goodchild* [1996] 1 WLR 694.

⁵⁷ Únicamente aparece un caso australiano, *Birmingham v Renfrew* (1937) 57 CLR 666 Australian HC, donde se sugiere que las facultades de disposición no deben verse cercenadas en vida, salvo cuando las enajenaciones respondan a la intención de defraudar el acuerdo. Más recientemente, puede verse también *Healey v Brown* [2002] WTLR 849, donde se sostiene que el *constructive trust* afecta sólo a la propiedad recibida del premuerto, pero esta opinión no es bien recibida por la doctrina.

be la atribución en *trust*, pero sin especificar quiénes serán los beneficiarios finales. En este último caso se habla de un *half-secret trust*.

Esta institución goza de escaso favor entre los autores, habida cuenta de los múltiples problemas que puede generar y de la inseguridad que se cierne incluso sobre la admisibilidad de la figura. Efectivamente, los *secret trusts* han sido admitidos por los tribunales⁵⁸ desde el caso *Thynn v Thynn*⁵⁹, pero parecen chocar frontalmente con la letra de la *s 9, Wills Act 1837*, además de no resultar claro si constituyen *express or constructive trusts*, con las consiguientes dificultades que ello puede generar, especialmente debido a los requerimientos específicos de los *trusts of land*. Otras cuestiones, como las relativas a la premoriencia del *trustee* o del beneficiario respecto del causante, tampoco se resuelven de modo pacífico. Por todo ello, no parece un método de disposición testamentaria aconsejable.

J) LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

El Derecho inglés se enfrenta, como todos los ordenamientos que admiten la libertad de disponer *mortis causa*, con las dificultades inherentes a la interpretación del testamento, que, por definición, se generan una vez que el otorgante ya ha fallecido. Generalmente se entiende que no hay cuestión alguna a interpretar si el sentido literal de las palabras empleadas por el causante coincide con el significado que quiso darles; en cambio, si existe divergencia entre ambos, será preciso inclinarse por la interpretación literal o gramatical (*literal or grammatical approach*) o bien por la subjetiva o intencional (*intentional, inferential or purposive approach*).

Durante el siglo XIX inglés, convivieron ambas tendencias, tanto en el contexto doctrinal⁶⁰ como en el judicial. En este último marco, los juristas del *Common Law* se inclinaron por la interpretación subjetiva o intencional, mientras que los de la *Chancery* adoptaron el criterio literal, pero existían abundantes excepciones en uno y otro caso, y la propia *House of Lords* contaba con partidarios

⁵⁸ Con preferencia de los *fully secret trusts* sobre los *half secret*, quizá porque se confunden los primeros con la incorporación por referencia.

⁵⁹ (1684) 1 Vern 296, 23 ER 479.

⁶⁰ Es clásica la contraposición entre la postura literal de Sir James Wigram (*An Examination of the Rules of Law Respecting the Admission of Extrinsic Evidence in Aid of the Interpretation of Wills*, 1831) y la intencional de FV Hawkins (*Concise Treatise on the Construction of Wills*, 1st edn 1863; 5th edn as *Hawkins on the Construction of Wills*, by R. KERRIDGE, 2000).

de ambas posturas⁶¹. En general, prevaleció la fuerza de la interpretación literal. Ya en el siglo xx, el enfrentamiento entre ambas posturas puede verse, por ejemplo, en *Perrin v Morgan*⁶² y *Re Rowland*⁶³.

Estas y otras decisiones fueron erosionando gradualmente el criterio literal, cuya virtualidad mermó en extremo tras el contundente rechazo que mostró el *Law Reform Committee*, en su informe *Interpretation of Wills 1973*, respaldando sin lugar a dudas el criterio subjetivo o intencional.

No obstante, los miembros de la Comisión no lograron conciliar sus posturas respecto de una de las posibles pruebas extrínsecas que pueden conducir a averiguar cuál fue la voluntad del causante. Los tipos de prueba extrínseca a considerar son tres:

a) pruebas relativas a las circunstancias que rodearon al testador al tiempo de otorgar testamento; no hay duda sobre su admisibilidad, puesto que resulta esencial para conectar el testamento con los beneficiarios y con los bienes a repartir;

b) pruebas sobre el uso del lenguaje por parte del testador; así, por ejemplo, si se puede acreditar que llamaba siempre al hijo de su esposa «hijo» o no. Los partidarios de la interpretación intencional admitían este tipo de pruebas; no así los defensores de la interpretación literal;

c) pruebas sobre la intención dispositiva del testador: así, si afirmó en alguna ocasión, pongamos por caso, que había otorgado testamento a favor de determinada persona.

El *Law Reform Committee* se encontraba dividido respecto de este último tipo de pruebas extrínsecas. La cuestión no quedó resuelta hasta 1982, cuando se promulgó la *Administration of Justice Act 1982* (de aplicación a sucesiones abiertas a partir del 1 de enero de 1983), de cuya *s 21* se desprende que incluso este tercer tipo de pruebas serán admisibles, siempre que no se pueda averiguar cuál fue la intención del testador por otros medios —así, por ejemplo, acreditando su uso habitual del lenguaje—.

Todavía en términos generales, es preciso tener en cuenta que las cuestiones de interpretación son competencia de la *Chancery Division*; de ahí que, generalmente, con anterioridad a 1983, se

⁶¹ Lord Wensleydale defendió la interpretación literal; en cambio, Lord St Leonards se inclinó decididamente por la intencional. Estos dos magistrados son, pues, ejemplos de marcadas excepciones a la distinción entre *Chancery lawyers* y *Common lawyers* a estos efectos, puesto que el primero era un *Common lawyer* y el segundo un *Chancery lawyer*.

⁶² [1943] AC 399.

⁶³ [1963] 1 Ch 1.

tendiese a la interpretación literal, muy especialmente cuando el testador hubiese empleado expresiones técnicas⁶⁴.

Por lo demás, existen también reglas particulares para la interpretación de ciertas disposiciones testamentarias, que sin embargo admiten siempre la prueba en contrario de la intención del testador. No obstante, las reglas más antiguas (contenidas en *Wills Act 1837, s 24* y siguientes, y también, por ejemplo, en *Law of Property Act 1925, s 61*), sólo admiten como prueba en contrario la que aparezca del propio texto testamentario⁶⁵, mientras que las establecidas en leyes más modernas (como, por ejemplo, *Family Reform Act 1979, Adoption Act 1976*) admiten cualquier tipo de prueba en contrario, en consonancia con el abandono del criterio de interpretación literal.

Como ejemplos de este tipo de reglas de interpretación específicas, pueden citarse entre otras muchas, las que se establecieron en *Family Law Reform Act 1969, s 1* (por lo que se refiere a la mayoría de edad y a todas las expresiones que puedan girar en torno a ella); *Adoption Act 1976, s 39 y s 42 (1)* (en cuanto a equiparación de los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza); *Family Law Refrom Act 1987, s 19* (en cuanto a la irrelevancia del carácter legítimo o ilegítimo de la filiación a efectos sucesorios); *Wills Act 1837, s 28* (invirtiendo la regla de interpretación vigente con anterioridad, este precepto presume que las disposiciones testamentarias sobre *realty (devises)* se consideran ilimitadas –y no vitalicias y con limitaciones en la facultad de disposición–, salvo que se desprenda del testamento una intención en sentido contrario).

Igualmente, existen una serie de disposiciones conocidas como *class-closing rules*. Con esta expresión se hace referencia al conjunto de reglas de interpretación que intentan dar solución a los problemas de determinación del conjunto de sujetos llamados a suceder cuando éstos vienen defininidos por su pertenencia a un grupo, en particular, a un grupo de parientes. Así, por ejemplo, si el causante dispuso de bienes a favor de «los hijos de A», se tratará de averiguar cuáles de los nacidos con posterioridad a la apertura de la sucesión deben ser llamados, sin que el reparto sucesorio se eternice.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, *Re Cook* [1948] Ch 212; en cambio, en *Re Bailey* [1945] Ch 191, el criterio había sido mucho más flexible.

⁶⁵ No obstante, el modo de escapar de la estrechez de estas normas puede encontrarse en la noción de un «contexto» del documento, divisado por algunos jueces con anterioridad a la reforma en materia de interpretación, y que en la actualidad deberá regir con más motivo para las reglas dictadas a su amparo.

Especial importancia reviste la norma de interpretación contenida en *Wills Act 1837, s 3 y 24*, cuyo cometido es el de determinar qué bienes y qué beneficiarios resultan comprendidos en la disposición testamentaria (*the date from which a will speaks*). La s 3 derogó la regla de derecho anteriormente vigente conforme a la cual no se podía transmitir por medio de *devise* la *real property* adquirida con posterioridad al otorgamiento del testamento. Por otro lado, la s 24 establece que los testamentos se interpretan, salvo intención en contrario, con referencia a los bienes que integren el patrimonio del causante en el momento de su fallecimiento; es decir, como si el testamento se hubiese otorgado justo antes de la apertura de la sucesión. Por tanto, si el causante ha dispuesto a favor de A de sus acciones en la compañía X, debe recibir las que estuviesen en su patrimonio al momento de su fallecimiento, con independencia de que, en el momento de testar, hubiese más o menos. Pueden surgir contiendas respecto de la intención contraria del causante a la aplicación de esta regla; parece que dos datos pueden indicar su concurrencia: la referencia al presente (esto es, al momento del otorgamiento) y la descripción detallada, pero las decisiones judiciales no son claras al respecto⁶⁶. Por el contrario, respecto de los beneficiarios se entiende que el testamento se refiere a los que lo fuesen en el momento del otorgamiento, con independencia de que hayan dejado de serlo cuando se abra la sucesión: así, una disposición a favor del Primer Ministro, pongamos por caso, se refiere a quien lo fuese en el momento de testar⁶⁷.

IV. INEFICACIA DE ATRIBUCIONES TESTAMENTARIAS Y ABINTESTATO (*FAILURE OF GIFTS BY WILL OR OF INTERESTS ON INTESTACY*)

A) CAUSAS DE INEFICACIA DE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

1. **Ademption**

Si el objeto de un *specific legacy* no forma parte del patrimonio del causante en el momento del fallecimiento, se dice que *the gift is adeemed*. Pierde toda eficacia. Esta causa de ineficacia no rige para

⁶⁶ Pueden verse, por ejemplo, *Re Sikes* [1927] 1 Ch 364; *Re Willis* [1911] 2 Ch 563; *Re Gibson* (1866) LR 2 Eq 669.

⁶⁷ *Re Whorwood* [1887] 34 Ch D 446, CA.

los *general legacies*; de ahí que resulte tan relevante la tarea de interpretar si una determinada disposición es específica o genérica. Tampoco los *demonstrative legacies* están sujetos a *ademption*, puesto que si no se pueden satisfacer con los bienes indicados por el causante, se acude al resto de su patrimonio.

A efectos de la *ademption*, lo que importa es que cambie la sustancia del bien, no que se altere el nombre o la forma, pero la frontera entre una y otra situación no es siempre clara⁶⁸.

Por otro lado, la *ademption* también tiene lugar, aunque el causante no haya enajenado todavía el bien, si ha celebrado un contrato transmisivo respecto del mismo con posterioridad al momento de testar. Hasta que se complete la enajenación, el beneficiario del *legacy* puede aprovechar el bien, pero la contraprestación por la transmisión se integra en el remanente⁶⁹. También los contratos condicionales y las opciones ejercitadas con posterioridad al fallecimiento del causante pueden dejar la disposición testamentaria sin efecto.

2. Abatement

Esta causa de ineficacia es el resultado de la reducción de disposiciones testamentarias para hacer frente a los gastos, deudas y responsabilidades del caudal hereditario. Las reglas de reparto de la carga entre los sucesores se contienen en *Administration of Estates Act 1925 s 34 (3)* y *First Schedule, Part II*. De conformidad con estas reglas, los *gifts* de la misma clase se reducen proporcionalmente, los *general legacies* se reducen antes que los *specific legacies and devises* y los *demonstrative legacies* son considerados *specific* en tanto puedan ser satisfechos con las partidas designadas por el causante.

3. El beneficiario o su cónyuge es uno de los testigos

Aunque existen una serie de excepciones⁷⁰, como regla general la disposición testamentaria que beneficia a uno de los testigos o a

⁶⁸ Pueden contrastarse, a este respecto, *Re Slater* [1907] 1 Ch 665, CA y *Re Dorman* [1994] 1 WLR 282.

⁶⁹ En cambio, si el contrato se celebró con anterioridad al otorgamiento del testamento, el legatario tendrá derecho al producto de la enajenación.

⁷⁰ Así, por ejemplo, no rige si el testigo contrajo matrimonio con el beneficiario con posterioridad al otorgamiento del testamento; si se trata del testamento de un testador privilegiado; si la atribución lo era sólo en *trust*; si se confirma por medio de un codicilo posterior debidamente formalizado; si la participación del testigo en cuestión puede considerarse superflua (por ejemplo, si era un tercer testigo).

su cónyuge es nula de pleno derecho, sin perjuicio de que pueda acabar respondiendo por los daños y perjuicios causados el *solicitor* que hubiese redactado el testamento sin avisar a los implicados; la compensación debida puede ascender al valor de la atribución fallida. Nótese que en estos supuestos el testamento conserva su validez; es sólo la atribución la que la pierde.

4. **Uncertainty**

Esta causa de ineficacia incluye tanto la indeterminación del objeto de la disposición como la relativa a los beneficiarios. La única excepción la encontramos en las disposiciones a favor de instituciones benéficas, que se mantendrán aunque no se haya especificado cuál es la destinataria.

B) CAUSAS DE INEFICACIA PROPIAS DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS, PERO QUE AFECTAN IGUALMENTE A LOS SUCESORES ABINTESTATO

1. **Lapse**

A no ser que la situación haya sido prevista por el causante (por ejemplo, por medio de un *substitucional gift* –mecanismo parecido a la sustitución vulgar), la premoriencia del beneficiario al causante determina la ineficacia de la disposición realizada a favor de aquél. Cuando existe una pluralidad de beneficiarios, el tipo de atribución (*joint tenancy* o bien *tenancy in common*)⁷¹ determinará que haya o no acrecimiento; es decir, que el fallecimiento de uno comporte la extinción de su cuota o bien que no haya extinción mientras sobreviva uno solo de los beneficiarios.

Para muertes ocurridas a partir del 1 de enero de 1926, el *Law of Property Act 1925, s 184*, establece, respecto de los derechos reales inmobiliarios, que en caso de incertidumbre respecto de cuál de dos personas ha fallecido primero, se presume que el más joven ha sobrevivido al de mayor edad⁷². Esta regla, no obstante, no rige entre esposos desde 1953 (*Administration of Estates Act 1925, s 46, as amended by the Intestates' Estates Act 1952, s 1(4)*); de

⁷¹ Véase para estos dos tipos de comunidad el epígrafe VII de este estudio.

⁷² Se entiende que la regla rige también cuando varias muertes se hayan producido de manera simultánea: *Hickman v Peacey* [1945] AC 304, HL.

conformidad con *Law Reform (Succession) Act 1995, s 1*, el cónyuge debe sobrevivir al menos 28 días para suceder al premuerto.

Por otro lado, *Wills Act 1837, s 33*, redactada conforme a la *s 19 Administration of Justice Act 1982*, establece un derecho de representación en favor de los descendientes en línea directa del causante, cuando uno de ellos haya premuerto.

2. **Dissolution of Marriage**

Para fallecimientos ocurridos a partir del 1 de enero de 1996, de conformidad con la *s 18A Wills Act 1837* [reformada por la *s 3 Law Reform (Succession) Act 1995*], el ordenamiento trata al cónyuge divorciado como si hubiese premuerto al causante, de modo que las atribuciones a su favor no tendrán efecto. Esto soluciona en buena medida los problemas que surgían a raíz de la legislación anterior (conforme a la cual si el causante divorciado no había contraído nuevo matrimonio ni otorgado nuevo testamento, la disposición a favor del ex cónyuge seguía en pie), pero aún así parece aconsejable otorgar nuevo testamento tras un divorcio.

C) CAUSAS DE INEFICACIA PROPIAS DE CUALQUIER TIPO DE SUCESIÓN

1. **Murder and Manslaughter**

Hasta el año 1870, la propiedad de los homicidas y de los asesinos pasaba a la Corona. Desde la referida fecha, esta regla fue abolida, pero se generó judicialmente la *forfeiture rule* conforme a la cual los homicidas y asesinos no pueden resultar beneficiados en la sucesión de su víctima. No obstante, la regla no es clara, porque no define, por ejemplo, a qué tipos concretos de delito se refiere y parece que no afecta a los que hayan sido declarados no culpables por desequilibrio mental. El *Forfeiture Act 1982* atribuye a los tribunales la facultad de modificar la regla si consideran que conduce a resultados injustos en el caso tratado, para algunos tipos de delito.

2. **Disclaimer**

La renuncia por parte del beneficiario de una disposición testamentaria puede ser expresa o tácita, pero no podrá tener lugar

con posterioridad a la aceptación inequívoca de la atribución⁷³. Si varias disposiciones favorecen a un mismo beneficiario, éste puede aceptarlas o repudiarlas independientemente las unas de las otras⁷⁴.

En todo caso, si falla un *legacy* o un *devise*, los bienes objeto del mismo se integran en el remanente y, si no hay disposición sobre el remanente, se abre la vía intestada.

V. LA EJECUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL CAUSAL RELICTO

El gestor del caudal relicto puede ser un *executor* o bien un *administrator*. El *executor* es nombrado por el causante y el *administrator* por el juez, pero ambos reciben la impropia denominación de *personal representatives*. La terminología es incorrecta, desde el punto de vista inglés, puesto que tanto se ocupan del *personalty* como del *realty*.

La designación testamentaria de un *executor* puede ser pura o condicional y referirse a todos los bienes o sólo a algunos. Puede ser expresa, pero también se encuentran nombramientos implícitos, en cuyo caso se hace referencia a *executors according to the tenor* (por ejemplo, si el causante ha dicho: «quiero que A pague mis deudas»). Además, el causante puede otorgar poderes de nombramiento a un tercero o a uno de los designados para el caso de premoriencia de alguno de los *co-executors*, por ejemplo, y el juez puede sustituir las previsiones del causante en un número importante de supuestos, de conformidad con *Administration of Justice Act 1985, s 50*.

El cargo es personal e intrasferible *inter vivos*, pero puede transmitirse *mortis causa* al *executor* del *executor*; en este caso se afirma que este último es un *executor by representation*. Se crea así una cadena de *executors* que sólo se rompe si alguno muere intestado, si uno de ellos no nombra *executor* o bien si no se obtiene el *probate*.

Cualquier persona puede ser nombrada *executor* (incluyendo a los propios beneficiarios del testamento, a profesionales del Derecho o contables, así como a las *trust corporations*). No con-

⁷³ *Re Hodge* [1940] Ch 260.

⁷⁴ *Re Joel* [1943] Ch 311, CA, distinguiendo esta situación de aquella otra en la que se hubiese dispuesto de varios bienes por medio de una sola disposición testamentaria, en cuyo caso la aceptación no puede ser parcial.

viene nombrar a un menor o a un incapaz, porque no podrán obtener el *probate*.

Si se trata de nombrar un *administrator* y el causante ha dejado testamento, se establece⁷⁵ un orden de nombramiento que tiene en cuenta a los designados como beneficiarios y a los posibles llamados por la vía intestada para el remanente. Si el causante no ha dejado testamento, se prefiere al cónyuge viudo y, en su defecto, al resto de llamados a la sucesión intestada. A falta de beneficiarios, el *Treasury Solicitor* puede solicitar la administración, por considerar que el patrimonio constituye *bona vacantia*. A falta de llamados conforme a estas reglas, puede solicitar la administración un acreedor. El juez, por lo demás, puede excluir a cualquiera de estas personas si las considera inidóneas. Como regla general, si uno de los beneficiarios es un menor o bien si el testamento conlleva que se establezca un *life interest*, se nombrará como administrador, bien a una *trust corporation*, bien a un número de administradores no inferior a dos.

El nombramiento efectivo de los representantes y el reconocimiento de sus poderes de actuación forman parte del proceso de control judicial conocido como *probate*, cuya principal finalidad es la de verificar la autenticidad del testamento⁷⁶. En sentido más amplio, la expresión se emplea también para hacer referencia a toda la actuación conducente al pago de deudas, gastos e impuestos y posterior distribución del caudal relicto entre los beneficiarios.

VI. *FAMILY PROVISION*: ÓRDENES DE MANUTENCIÓN

Como se ha apuntado al principio de este capítulo, la libertad de testar en Inglaterra y Gales es muy amplia; de hecho, no se restringe la facultad del causante de disponer de todos sus bienes con independencia de cuáles sean sus parientes o familiares supervivientes, ni tampoco vienen protegidas las expectativas económicas de estos últimos por medio de instituto alguno semejante a la legítima continental. No obstante, desde 1938⁷⁷, el legislador permite que ciertos allegados puedan solicitar judicialmente que se les atribuyan medios de subsistencia con cargo al caudal relicto. En la actualidad, estas órdenes judiciales vienen sujetas a la *Inheritance*

⁷⁵ *Non-Contentious Probate Rules 1987*, r 20.

⁷⁶ Cuya necesidad deriva del carácter ológrafo de los testamentos ingleses; como puede comprobarse, la función notarial es inexistente en este ámbito.

⁷⁷ *Inheritance (Family Provision) Act 1938*.

(*Provision for Family and Dependants*) Act 1975, reformada por la *Law Reform (Succession) Act 1995*, así como por la *Civil Partnership Act 2004*; en este último caso, se equipararon completamente las uniones de personas del mismo sexo a las uniones matrimoniales a estos efectos.

La solicitud de una de estas órdenes puede formularse ante distintos órganos jurisdiccionales. Debe presentarse dentro de los seis meses siguientes a la obtención del *probate* o de las *letters of administration*, aunque este período es prorrogable judicialmente ⁷⁸.

Pueden solicitar este tipo de órdenes seis clases de personas distintas, pero conviene remarcar desde ahora que existen dos niveles de prestación o *standards* distintos a estos efectos: el correspondiente al cónyuge viudo (al que ahora debe añadirse, en igualdad de condiciones, el *civil partner*) y el llamado *maintenance standard*. El primero busca atribuir al superviviente el tipo de provisión que sería *adecuado*, según las circunstancias, que recibiese el cónyuge o compañero/a ⁷⁹; el segundo, en cambio, persigue averiguar cuál es el nivel de prestación de manutención que, también atendiendo a las circunstancias del caso, sería *conveniente* que recibiese el solicitante del caudal relicto.

Para merecer una de estas atribuciones, es preciso que: *a*) la distribución de bienes hecha en el testamento o resultante de la aplicación de las reglas de la sucesión intestada no responda adecuadamente a las necesidades y situación del solicitante, de conformidad con un criterio objetivo, basado en el análisis de las circunstancias concurrentes; *b*) posteriormente, el juez decida ejercitar su facultad de otorgar una orden de las que ahora se comentan, atendiendo a los distintos parámetros que marca la ley para cada tipo de solicitante. En este segundo momento, la decisión del juez es discrecional.

En todo caso, en aras de otorgar o no la provisión, el juez debe tener en cuenta la capacidad económica presente y futura del solicitante, de los restantes solicitantes y de los beneficiarios; las obligaciones y responsabilidades que gravan el caudal relicto; la incapacidad física o mental del solicitante o de cualquier otro beneficiario,

⁷⁸ *Re Salmon* [1981] Ch 167.

⁷⁹ Se incluye en esta categoría al cónyuge o al compañero/a, pero, en cambio, el cónyuge separado entra en la segunda categoría de solicitantes, al igual que el divorciado. Pero en supuestos de separación y divorcio, el juez puede, discrecionalmente, elevar al cónyuge o ex cónyuge a la primera categoría, si el divorcio o la orden de separación han tenido lugar dentro de los doce meses inmediatamente anteriores al fallecimiento y la solicitud de alimentos/manutención se hubiese formulado, pero todavía no determinado. Estas reglas se extienden a los *civil partners* por obra del *Civil Partnership Act 2004*, s 71 y *Schedule 4, Part 2*.

así como cualquier otro dato que el juez pueda estimar relevante, como puede ser la conducta del solicitante hacia el premuerto.

Pueden obtener una orden de manutención las siguientes personas:

a) El cónyuge viudo (o *civil partner*). Retiene la condición de cónyuge aquel cuyo matrimonio es anulable, pero no ha sido todavía anulado, así como el que contrajo de buena fe un matrimonio nulo, pero todavía no disuelto o anulado, siempre que no haya contraído ulterior matrimonio. Se estima que el cónyuge superviviente debe tener al menos los mismos derechos sobre el caudal relicto que tendría el divorciado sobre el patrimonio del ex cónyuge. Además de tener en cuenta las circunstancias a valorar en todo caso, en este supuesto el juez debe sopesar también la edad del solicitante, la duración del matrimonio, la contribución del solicitante al bienestar de la familia del fallecido, así como lo que presumiblemente se le hubiera atribuido en un pleito de divorcio. Nótese que la situación en que quede el superviviente no podrá ser igual a la derivada de un divorcio, por el hecho de que el cónyuge premuerto no va a seguir generando ingresos; en consecuencia, no es extraño que el superviviente pueda percibir por esta vía más de lo que le correspondería si el matrimonio hubiese finalizado por divorcio⁸⁰.

b) El ex cónyuge y el que contrajo matrimonio nulo, siempre que no se haya casado de nuevo. Estas pretensiones no suelen prosperar, habida cuenta de que el juez que conoce de la causa matrimonial tiene amplios poderes para establecer las medidas que estime oportunas y, además, se tiende a buscar el *clean break*, siempre que ello sea posible.

c) El conviviente (*cohabitant*). Si el fallecimiento tiene lugar a partir del 1 de enero de 1996, también la persona que ha convivido con el causante durante los dos últimos años, «como marido y mujer»⁸¹ (o como *civil partner*)⁸², puede tener derecho a una orden alimenticia en términos parecidos a los reflejados en el apartado anterior.

d) Hijos del causante. Además de tener en cuenta las circunstancias generales, el juez atenderá al modo en que el hijo solicitante está siendo educado o debería estar siendo educado. Igualmente,

⁸⁰ *Re Bunning* [1984] Ch 480; sobre la posibilidad de establecer en estos casos derechos vitalicios, habida cuenta de que no es tan necesario un *clean break*, *Re Besterman* [1984] Ch 458, CA.

⁸¹ Esta expresión ha generado problemas de interpretación. Puede verse, a título de ejemplo, *Re Watson (dec'd)* The Times, 31 December 1998.

⁸² *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, s 1 (A) and 1 (B) (introducida esta última por la *Civil Partnership Act 2004*, s 71 y Schedule 4, Part 2).

se considerarán cuestiones como el hecho de que el hijo hubiere trabajado para el causante sin remuneración o con remuneración insuficiente o aplazada, que el causante hubiese sucedido a otra persona (por ejemplo, al otro progenitor), puesto que se entendía que los bienes revertirían en el hijo, etc. Se admiten también las solicitudes por parte de hijos mayores de edad⁸³, cuyo éxito dependerá generalmente de que todavía no hayan finalizado su formación o de que alguna circunstancia personal les impida acceder al mercado laboral.

e) Menores o adultos a los cuales el causante hubiese tratado como hijos por razón de matrimonio, en cualquier tiempo; es decir, hijos del cónyuge a los cuales el causante hubiese brindado trato familiar. En este caso, el juez debe tener en cuenta el mismo tipo de circunstancias que respecto de los hijos, pero además debe valorar si el causante asumió alguna responsabilidad respecto de la manutención de estas personas, si sabía que no eran hijos suyos y si otro sujeto puede ostentar el deber de alimentarlas. Parece que debe regir una regla análoga cuando la relación fáctica se haya establecido entre el causante y el hijo de su *civil partner*.

f) Dependientes del causante. Quien solicite la manutención con base en esta categoría debe acreditar que, inmediatamente antes del fallecimiento del causante, éste realizaba aportaciones sustanciales en aras de satisfacer las necesidades del solicitante. Debe tenerse en cuenta por qué el causante asumió esta carga⁸⁴, con qué extensión y durante cuánto tiempo. Esta categoría incluye a personas que no conviviesen con el causante^{85, 86}.

Si alguno o algunos de los solicitantes obtienen la orden de manutención, ésta puede adoptar distintas formas, que van desde la fijación de una pensión periódica hasta el pago de una cantidad alzada, pasando por el establecimiento de un *trust* o bien por la transmisión de propiedad, ya sea de manera definitiva, ya sea para su enajenación.

⁸³ Véase, no obstante, el enfoque restrictivo de Oliver, J., en *Re Coventry* [1980] Ch 461, 465, CA; también *Re Dennis* [1981] 2 All ER 140, 145.

⁸⁴ Sobre esta cuestión, *Re Beaumont* [1980] Ch 444, 452-3; *Jelley v Iliffe* [1981] Fam 128, CA.

⁸⁵ *Re B (dec'd)* [2000] 1 All ER 665.

⁸⁶ Debe notarse que una interpretación literal de esta categoría, en contraste con la contemplada *supra c)*, puede llevar a resultados absurdos. Así, por ejemplo, si una pareja convive, pero no se llenó el requisito de los dos años establecidos para las uniones de hecho, pudiera resultar que fuese más difícil para quien ha prestado asistencia al causante durante sus últimos tiempos obtener una orden de manutención que no a quien no se ha ocupado de él lo más mínimo y simplemente vivía a su costa. De ahí que los tribunales realicen una interpretación conjunta de la situación, teniendo en cuenta el cariño y el apoyo recíproco que se presta una pareja que convive: *Bishop v Plumley* [1991] 1 WLR 582, CA.

VII. OTRAS ATRIBUCIONES NO SUCESORIAS

Aparte de la distribución de bienes por efecto de las reglas del derecho de sucesiones, y de la particularidad relativa a la *family provision* que se acaba de resumir, el Derecho inglés conoce también otras transmisiones de situaciones jurídicas patrimoniales que se producen a raíz de la muerte de una persona, pero que no tienen carácter sucesorio; es decir, siguen las reglas propias del concreto instituto de que se trate en cada caso, y no el régimen jurídico sucesorio. Entre ellas, destacan las siguientes:

A) SITUACIONES DE COPROPIEDAD (JOINTLY OWNED PROPERTY)

Tanto sobre bienes muebles como sobre inmuebles, el Derecho inglés reconoce dos formas de copropiedad:

1. *Beneficial tenancy in common*, en la que cada cotitular tiene un derecho separado (*a separate interest*) sobre su cuota, de modo que cuando uno de ellos fallece, su cuota de participación pasa a sus sucesores en virtud de las reglas propias de la sucesión, testada o intestada.

2. *Beneficial joint tenancy*, en la que opera el *jus accrescendi*, habida cuenta de la existencia de un solo interés en la cosa y un derecho de supervivencia. Este tipo de cotitularidad, cuando no tenga origen legal, puede ser dividida y convertida en una *tenancy in common*. Tanto su constitución como su disolución pueden tener cabida en el genérico marco de la ordenación del patrimonio por causa de muerte, a pesar de no integrarse ni en la vía testada ni en la intestada. Por ello, si el abogado no aconseja la división (*severance*) de la cotitularidad, responderá de los daños ocasionados a los beneficiarios del testamento que por esta causa habrán perdido las atribuciones que el causante quiso realizar a su favor.

B) PROPIEDAD EN TRUST

Si una persona ostenta el título legal de propiedad (*legal title to property*), pero otra ostenta el título de beneficiario (*beneficial title*), los sucesores del primero recibirán su título legal, pero no el de beneficiario, y ello con independencia del tipo de *trust* (*express, resulting or constructive*) ante el cual nos hallemos.

C) BENEFICIARIOS DE PLANES DE PENSIONES (PENSION FUND NOMINATIONS)

Los planes de pensiones vinculados a un puesto de trabajo normalmente incluyen una cláusula conforme a la cual si el trabajador fallece antes de alcanzar la edad de la jubilación, una determinada cantidad sea pagada por parte de los *trustees* del fondo a las personas designadas por el trabajador. Esta designación en determinados supuestos será considerada una disposición testamentaria y por tanto estará sujeta a los requisitos de forma propios del testamento y a la tributación correspondiente. Por razones fiscales, se intentan evitar estas consecuencias.

D) STATUTORY NOMINATIONS

Los titulares de ciertos tipos de inversiones pueden disponer de ellos por medio de la designación de una persona que deba recibirlos cuando se produzca el fallecimiento de su titular inicial. Estas designaciones no están sujetas a las formalidades del testamento y, al no involucrar la intervención de abogados, vinieron a recibir la denominación de *poor men's wills*. La expresión «*statutory nominations*» deriva de que, durante el siglo XIX, numerosos *statutes* establecieron esta posibilidad. El límite dentro del cual puede funcionar este mecanismo ronda las £5.000.

Son *ambulatory*, lo cual significa que, igual que el testamento, no tendrán eficacia hasta la muerte del causante, pero se diferencian de aquél en que son menos formales, la capacidad necesaria para llevarlos a cabo se alcanza a los 16 años y no quedan revocados por el otorgamiento de un testamento posterior. Por tanto, no conviene acudir a este mecanismo cuando se tenga intención de otorgar testamento en el futuro.

E) DONACIONES *MORTIS CAUSA*

Concebidas como un híbrido entre las disposiciones testamentarias y los negocios jurídicos *inter vivos*⁸⁷, se entiende que deben cumplir tres requisitos⁸⁸:

⁸⁷ *Re Beaumont* [1902] 1 Ch 889, 892.

⁸⁸ *Re Craven's Estate (No 1)* [1937] Ch 423, 46; *Ward v Turner* (1752) 28 ER 275, 2 Ves Sen 431.

1. Deben realizarse en contemplación de una muerte relativamente próxima
2. Es preciso que se haya querido supeditar su eficacia al fallecimiento
3. El donante debe haberse desprendido (*to have parted with dominion*) de la cosa antes de su fallecimiento. Esto puede tener lugar por medio de la entrega del objeto, o de los medios necesarios para obtener una cosa mueble o de un documento equivalente a la entrega (*which amounts to transfer*).

Parece que todo bien mueble es susceptible de ser objeto de donación *mortis causa*, y en un caso de 1991⁸⁹, el tribunal de apelación admitió que, aunque estas donaciones constituyen una anomalía en el Derecho inglés, ello no implica que deba excluirse que puedan recaer sobre bienes inmuebles.

Las donaciones *mortis causa* son revocables hasta el momento del fallecimiento del donante y se entenderán revocadas si el donante se recupera de la enfermedad en cuya contemplación las realizó⁹⁰. Producido el fallecimiento, la donación deviene firme.

⁸⁹ *Sen v Headley* [1991] Ch 425.

⁹⁰ *Staniland v Willott* (1850) 42 ER 416, 3 Mac & G 664.

El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

Catedrático de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

I. El Código Civil de la República de Chile¹ fue promulgado el 14 de diciembre de 1855, su primera edición oficial vio la luz en mayo de 1856, y el nuevo cuerpo legal entró en vigencia el 1 de enero de 1857. Todavía hoy está en vigor, y ello lo convierte en uno de los códigos de más antigua promulgación y aún vigentes en el mundo; de hecho, el tercero, después del *Code Civil* (1804) y el *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* austriaco (1811), aunque el primero, antes de existir el chileno, haya sido adoptado en otros países distintos al de su origen, como en Haití (1825) o Bélgica (1830); pero ello no lo transforma en una obra distinta de modo que en esos países el texto sigue su primera antigüedad sin adquirir una nueva intermedia.

a) El código chileno fue obra del sabio humanista nacido en Venezuela (1781) y nacionalizado chileno (1832), Andrés Bello (†1865)². Tardó más de veinte años en componerlo, pues comenzó

¹ Sobre la historia de este código, pero también de todo el movimiento que le precedió, puede verse: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982), 2 volúmenes, en donde se encontrará citada la literatura precedente. De todos modos, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile, durante la república, VII: Ensayo de una bibliografía, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 3 (Valparaíso, Chile, 1978), pp. 325 ss., y en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 7 (Florenza, 1979), pp. 601 ss.; Nuevo ensayo de una bibliografía para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república (1978-1988), en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 12 (1987-1988) pp. 363 ss.; Bibliografía sobre Andrés Bello considerado como jurista, en *Archivio Giuridico* 195 (Bologna, 1978), pp. 145 ss.; Nuevo ensayo de una bibliografía sobre Andrés Bello considerado como jurista (1948-1988), en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 12 (Valparaíso, Chile, 1987-1988), pp. 357 ss.

² Sobre la figura de Bello, pueden consultarse las siguientes biografías: la clásica de AMUNÁTEGUI, Miguel Luis, *Vida de don Andrés Bello* (Santiago, Impreso por Pedro J.

su redacción hacia 1833 ó 1834, no mucho después de su llegada a Chile (1829), con lo que puso término a su exilio de casi veinte años en Londres. El talento superior de Bello, su amplísima cultura y sus dotes literarias de alta calidad convencieron fácilmente al gobierno chileno de tener ante sí al sujeto preciso para acometer la empresa de la codificación del derecho civil, de la que hacía unos diez años que se venía hablando en el país, con universal reclamación. Con todo, diversos obstáculos impidieron la aprobación de un proyecto de ley del gobierno, propuesto en 1831, que fijaba el marco dentro del cual debía elaborarse el futuro código; así que Bello, en alguno de los años indicados, dio comienzo privadamente a la obra, por orden informal del entonces ex ministro Diego Portales, a la sazón el hombre más poderoso y respetado del país.

Pero Bello fue un hombre muy ocupado, pues, además, servía y habría de servir una gran cantidad de tareas públicas, que el gobierno no cesaba de encomendarle: subsecretario del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, senador, rector de la universidad del Estado, establecida en 1842 con el nombre de Universidad de Chile, para renovar la antigua Universidad Real de San Felipe (1739), redactor y director del periódico oficial llamado *El Araucano*, consultor de los altos funcionarios del Estado, a todo lo cual se añadía su actividad intelectual, que nunca dejó a un lado: en 1832 había publicado sus *Principios de derecho de gentes*; y en 1835 daría a las prensas sus *Principios de ortología y métrica de la lengua castellana*; en 1841, su *Análisis ideológico de los tiempos de la conjugación castellana*; en 1843 sus *Instituciones de derecho romano*; entre 1843 y 1844 los seis primeros capítulos de una *Filosofía del entendimiento*, que apareció completa solo en 1881;

Ramírez, 1882); también CALDERA, Rafael, Andrés Bello (1935, varias ediciones, pero Caracas, Monteavila, 1978); SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *Vida de Bello*, en VV.AA., *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1973), pp. 11 ss.; moderna y completa la de MURILLO RUBIERA, Fernando, *Andrés Bello: historia de una vida y de una obra* (Caracas, La Casa de Bello, 1986); ahora, muy renovadora e incluso con aportes documentales nuevos: JAKSIĆ, Iván, *Andrés Bello: la pasión por el orden* (Santiago, Ediciones Universitarias, 2001). Con ocasión del bicentenario del nacimiento de Bello en 1982, se realizaron varios congresos internacionales, destinados a tratar los diversos aspectos de la personalidad cultural multifacética de este sabio, y también por cierto, el jurídico. Se trata de: *Bello y Caracas. Primer Congreso del Bicentenario* (Caracas, La Casa de Bello, 1979); *Bello y Londres. Segundo Congreso del Bicentenario* (Caracas, La Casa de Bello, 1980), 2 volúmenes; *Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario* (Caracas, La Casa de Bello, 1981), 2 volúmenes; *Bello y la América Latina. Cuarto Congreso del Bicentenario* (Caracas, La Casa de Bello, 1982). Exclusivamente dedicados al derecho: *Congreso Internacional «Andrés Bello y el derecho»* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982); *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso internacional* (Caracas, La Casa de Bello, 1987). Ahora, además: MARTINIC, Dora - TAPIA, Mauricio (editores), *Sesquicentenario del Código Civil de Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación* (Santiago de Chile, LexisNexis, 2005), 2 volúmenes.

en 1847 su *Gramática de la lengua castellana*, todavía hoy autoridad en el idioma; en 1848 una *Cosmografía*; hacia 1849 se hallaba escribiendo unos *Principios de derecho romano*, precozmente seguidores del historicismo de Savigny; sin perjuicio de una multitud de escritos menores difundidos por lo general en el periódico *El Araucano*, sobre muy variados temas científicos, artísticos, políticos, jurídicos, literarios y culturales, destinados a ilustrar al público. Su trabajo de codificador, pues, hubo de desenvolverse paralelamente con la prodigiosa actividad pública e intelectual que se acaba de reseñar; y ello explica, en buena parte, el dilatado tiempo que transcurrió antes de dar por terminado Bello su proyecto de código.

En el resto, la tardanza se explica por el hecho de que, si bien el país sentía la necesidad de contar con una obra tal, objetivamente no había una urgencia por tenerla, que no fuera la genérica y política, de renovar el derecho privado vigente, que, por cierto, no era otro que el romano-castellano-indiano, heredado por Chile de la Monarquía castellana y que regía al momento de su independencia en 1818. No se produjo en el país algún acontecimiento que desencadenara una suerte de angustioso apremio por tener un código sustitutivo del antiguo derecho.

b) Lo contrario había ocurrido precedentemente, en cambio, en otras secciones de América. Desde luego en la Luisiana, en donde, a poco de empezar a hacer parte de los Estados Unidos (1803), se manifestó la pretensión de las autoridades federales de introducir el *common law* y de extirpar la tradición vernácula de *civil law* (derecho castellano y francés), y ello condujo, en defensa de la tradición, a que se promulgara rápidamente un código de *civil law*, en 1808, con el nombre engañoso de *Digeste de la loi civile*, el primer código de toda América. Entre 1827 y 1829, en el Estado mexicano de Oaxaca, fue emitido un presuroso e incompleto código civil, que fue, a su turno, el primero de Hispanoamérica, esta vez bajo el impulso del apremiante deseo de Oaxaca de darse una legislación propia en señal de su autoafirmado federalismo, no siempre aceptable para el resto del país. En 1845, la República Dominicana, creada el año anterior por secesión de la República de Haití (que, por consiguiente, hasta entonces cubría a toda la isla de Santo Domingo), en medio de la premura consistente en deshacerse del código de Haití de 1825, del que enseguida hablaremos, por el cual la nueva república continuó rigiéndose después de la separación, y en medio el estado de guerra en que entonces se encontraba precisamente con Haití a causa de la separación, también adoptó con desesperada rapidez un código, a al que nos referiremos. Tam-

bién en 1845, por último, en Bolivia fue derogado el código que Santa Cruz había emitido en 1830, y reemplazado por uno nuevo, no bien haya durado tan solo un año, pues el primero fue restablecido en 1846. Esta vez, la urgencia estuvo alimentada por el odio a Santa Cruz y el deseo de abolir toda su obra, incluido el código, que por algún tiempo había sido llamado *Código Civil Santa Cruz*, a imitación del *Code Napoléon*, que, a su vez, imitaba la tradición romana del *Codex Iustinianus*.

En Chile, nada semejante acaecía que impeliera a tener un código a toda costa. Tampoco ocurría ni ocurrió después, que el país fuera regido por un gobierno dictatorial, pero deseoso de modernizar a la fuerza y a como diera lugar a la nación que regía, también en el campo de la legislación, merced a la emisión lo más rápida posible de un código. Tal había sido el caso de Haití, en los tiempos del gobierno, más que dictatorial, tiránico, del presidente Jean Pierre Boyer, imbuido, empero, de un afán modernizador, que en lo legislativo se manifestó en la precoz sanción de un código en 1825. En 1830 fue emitido el Código Civil Boliviano, esta vez el primero de América del Sur, por el presidente Andrés de Santa Cruz, quien puso su empeño personal de gobernante autoritario, ilustrado y realizador, en la obtención de la obra. Ese cuerpo legal fue extendido en 1836 a los dos Estados en que el Perú había sido dividido al formarse la Confederación Peruano-Boliviana, el Estado Norperuano y el Estado Sud-peruano. El primero, a su turno, fue adoptado en Costa Rica, en 1841, por el dictador Braulio Carrillo, un político de talante muy similar al de Santa Cruz, excepto en el carácter militar.

Ahora bien, la urgencia política por codificar, en unos casos; la vehemencia codificadora en función modernizadora del gobernante dotado del poder suficiente, en otros, determinaron, sin excepción, que los encargados de codificar en los respectivos países que hemos mencionado, se vieran conducidos, no, por cierto, a la redacción de un cuerpo legal original fundado en el derecho vernáculo y tradicional, lo que en circunstancias apremiantes es casi imposible, sino a la adopción de una obra extranjera, o a seguirla muy de cerca. Ello, por la época en que todo lo dicho tuvo lugar, a saber, la primera mitad del siglo XIX, necesariamente implicó que la obra extranjera recurrida fuera el célebre *Code Civil* que en 1804 había promulgado Napoleón I, o, en el caso de la Luisiana, en parte el *Projet de Code Civil* del año VIII (1800), base del código de 1804, y en parte este mismo. El primero fue el caso de Haití, Oaxaca y Bolivia (no en el derecho de familia y en el sucesorio, sin embargo, respecto de los cuales la comisión codificadora

usó el derecho tradicional, hasta que, no pudiendo resistir más la presión angustiosa y angustiante de Santa Cruz, simplemente se limitó a copiar epitomadamente el derecho de bienes y de obligaciones y contratos del *Code Civil*). Indirectamente fue el caso de Costa Rica cuando adoptó el código del Estado Nor-peruano, que era el boliviano; y casi escandalosamente fue el de la República Dominicana, que, para responder a su urgencia por desplazar al código civil de Haití, optó por dar vigor sin más al *Code Civil* en la versión a que había llegado bajo el gobierno de Luis Felipe I de Orleans, y en su lengua original, que tardó más de cuarenta años en traducir al castellano (1884). No menos fue el caso del efímero segundo código de Bolivia, aquel de 1845, sustitutivo del de 1830, que asimismo fue una imitación del francés, incluso más cumplida que la operada por el cuerpo legal que reemplazaba, cuya independencia del modelo con respecto a los derechos de familia y sucesorio ya hemos indicado³.

c) En esta forma, la ausencia de apremios políticos y gubernamentales libró a Chile de adoptar el *Code Civil*, o de darse un cuerpo legal muy influido por aquél. Con seguridad más cierta que cierta hubiera tenido que hacer lo uno o lo otro, si en 1833 o 1834 de alguna manera se hubiera impuesto un designio de tener redactado lo más rápido posible y sin dilación, un nuevo código, con que sustituir al viejo derecho heredado de la Monarquía. Por lo demás, la primera vez que en el país se oyó hablar de códigos, fue por iniciativa del director supremo Bernardo O'Higgins, el Libertador, quien en 1822, en un discurso político, dijo: «*Sabéis cuán necesaria es la reformación de las leyes. Ojalá se adoptaren los cinco códigos célebres, tan dignos de la sabiduría de estos últimos tiempos y que ponen en claro la barbarie de los anteriores*». O'Higgins, pues, había propuesto nada menos que la adopción de «*les cinq codes*» de Napoleón, y podemos suponer que, de haber gobernado él por más tiempo (debió renunciar en enero de 1823), hubiera conseguido dar cima a su plan. Ahora bien, esta sugerencia no fue tomada en consideración por nadie y nunca después hubo de ser planteado algo semejante. Es más. La oposición que en las cámaras legislativas se creó en contra del proyecto gubernamental de 1831, que creaba un cierto marco al proceso de codificación, de que antes algo dijimos, en parte estuvo motivada por el temor que se suscitó, en orden a que ese proceso condujere a la adopción de modelos

³ Sobre todo esto, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas*, ahora en *Historia de la codificación civil en Iberoamérica* [Cizur Menor (Pamplona, Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006], pp. 421 ss.

jurídicos extranjeros, y al abandono del derecho tradicional del país. Este temor, como veremos, fue muy tomado en cuenta por Bello.

II. Ahora bien, el hecho de que éste hubiera empezado a redactar el código en forma privada, evitó toda oposición pública, pues se creó la sensación de que el gobierno había abandonado su propósito; y el hecho de que el trabajo de Bello estuviera en conocimiento del gobierno, tranquilizó a éste, en orden a tener la seguridad de que algo se avanzaba en una obra en la que ponía algún interés. Así que Bello pudo trabajar tranquilo durante el resto de la década de los años treinta, y conciliar ese trabajo con sus demás ocupaciones que hemos descrito. En ese tiempo, el sabio articuló un breve título preliminar, un libro completo *De la sucesión por causa de muerte* y otro incompleto, pero muy avanzado, *De los contratos y obligaciones convencionales*, amén de algunos títulos de un libro *De las cosas, y de su dominio, posesión, uso y goce*.

a) Contando con este material adelantado y suficiente para empezar una labor oficial, en 1840, Bello mismo propuso al Senado de que formaba parte, un proyecto de ley que creaba una Comisión de Legislación del Congreso Nacional, integrada por dos senadores y tres diputados, encargada de: «[...] *la codificación de las leyes civiles, reduciéndolas a un cuerpo ordenado y completo, descartando lo superfluo o lo que pugne con las instituciones republicanas del Estado, y dirimiendo los puntos controvertidos entre los intérpretes del Derecho y no admitiendo fuera de éstas otras innovaciones que las necesarias para la simplicidad y armonía del cuerpo legal*». Este programa no daba pie a que la tarea consistiera en adoptar modelos extranjeros, pues se trataba de codificar las leyes vigentes, y de éstas era que había de descartar lo superfluo o pugnante con las instituciones republicanas, y eran las controversias que sobre ellas habían movido los intérpretes que era necesario dirimir, y, en fin, ellas eran los objetos de las limitadas innovaciones por introducir. Un programa así estaba destinado a no inquietar a los juristas y políticos que no deseaban abandonar la tradición jurídica del país. Lo cual explica que el proyecto fuera muy rápidamente votado en ambas cámaras y que en poco tiempo la comisión por él creada empezara su labor. De ella formó parte el autor del proyecto.

En los hechos, la comisión parlamentaria creada en 1840 se limitó a revisar los proyectos que Bello había preparado en la década anterior, vale decir, el título preliminar, el libro sobre sucesiones y aquel sobre obligaciones y contratos. Su examen permitió la edi-

ción de los proyectos; de modo que el título preliminar y el libro sobre sucesiones fueron publicados en el periódico oficial *El Araucano*, entre mayo de 1841 y agosto de 1842 (y hablamos de «Proyecto de 1841-1842»); y el libro sobre obligaciones y contratos en el mismo periódico, entre agosto de 1842 y diciembre de 1845 («Proyecto de 1842-1845»). Al conjunto dicho suele llamárselo «Proyecto de 1841-1845».

b) A fines de 1845, la comisión parlamentaria dejó de funcionar por ausencia, enfermedad e incluso muerte de algunos de sus miembros, y Bello se encontró solo en su trabajo. En los dos años sucesivos, se contrajo a la revisión personal de los proyectos ya publicados, y dio origen a una nueva edición de los mismos. En 1846, esta vez bajo la forma de libro, apareció, en efecto, la parte sobre sucesiones (sin el título preliminar), y en 1847, bajo la misma forma, aquella sobre obligaciones y contratos. Faltaban, pues, la parte de personas, sobre la que Bello no había adelantado nada; y aquella sobre bienes, acerca de la cual había aquél redactado algunos títulos, como dijimos, que, sin embargo, no fueron objeto de examen por la comisión ni de edición alguna. Además, al parecer, el título preliminar original había sido repudiado por el propio codificador, como es que no lo volvió a editar en 1846.

c) Desde fines de 1847, pues, hasta fines de 1852, Bello prosiguió solitariamente su empresa. Durante ese tiempo, redactó un nuevo y muy extenso título preliminar, el libro sobre personas y aquel sobre bienes; también volvió a revisar el articulado de la segunda edición de los libros sobre sucesiones y sobre obligaciones y contratos. Hacia octubre de 1852, por consiguiente, pudo presentar un proyecto completo de código al gobierno, el cual lo hizo editar, en cuatro volúmenes, entre enero y marzo de 1853 (solemos denominarlo «Proyecto de 1853»), para ponerlo a disposición del Congreso, de los tribunales de justicia, de los abogados y del público en general, a fin de suscitar sus opiniones. Al mismo tiempo, formó una Comisión Revisora del proyecto, que iría a encabezar el propio presidente de la república, Manuel Montt a la sazón, e integrar distinguidos jueces y juristas, Bello como secretario entre ellos.

III. La Comisión Revisora examinó al menos dos veces el «Proyecto de 1853». Resultado del primer examen fue el llamado «Proyecto Inédito», porque no fue publicado en la época, sino mucho después, en 1890, en el tomo XIII de las *Obras completas* de Bello. Corresponde a la nueva redacción, modificación o supresión de muchos artículos del proyecto revisado, y al añadido de artículos nuevos, todo lo cual los amanuenses escribían en ejem-

plares de ese proyecto, para uso interno de la comisión. Sobre esta versión, fue operado un segundo examen, que dio origen a nuevas modificaciones, adiciones y supresiones. Es posible que al final, Bello practicara ulteriores revisiones personales. En todo caso, a principios del segundo semestre de 1855, la comisión concluyó su trabajo y el gobierno pudo disponer de un texto final, que fue editado en cuatro volúmenes entre octubre y noviembre de 1855 («Proyecto de 1855»). Fue presentado al Congreso Nacional para su aprobación, y este tuvo el buen tino de no discutirlo artículo por artículo, de modo de limitarse a prestarle su sanción como conjunto. Una vez aprobado, pues, el presidente de la república, todavía Montt, lo promulgó el 14 de diciembre de 1855, como dijimos al comenzar. La primera edición oficial, de mayo de 1856, estuvo al cuidado de Bello, quien en uso de la cláusula de deber hacerse una «edición correcta y esmerada» ordenada por la ley aprobatoria, introdujo enmiendas de fondo al proyecto aprobado por el Congreso Nacional, para lo que estrictamente no había habilitación, aunque los tribunales se negaron posteriormente a declararlo, dando por legítima la edición de 1856.

IV. Entre las fuentes del nuevo cuerpo legal, predominó en modo incontrastable el código de las *Siete Partidas*, con la glosa de Gregorio López, muy concordantemente con la opinión general de los juristas chilenos, y del propio Bello, quien en 1839 había escrito: «*Nuestra legislación civil, sobre todo la de las Siete Partidas, encierra lo mejor de la jurisprudencia romana, cuyo permanente imperio sobre una tan ilustrada parte de Europa atestigua su excelencia*». Pero también intervino directamente el *Corpus iuris civilis*, que Bello consideraba como la base de la ciencia jurídica, a fuer de romanista él mismo⁴. En menor medida se encuentran otras fuentes castellanas como el *Fuero Real*, la *Novísima Recopilación de Leyes de España* y las *Leyes de Toro*. Entre los autores aparecen los españoles antiguos: Acevedo, Baeza, Castillo, Gómez, Gutiérrez, Hevia Bolaños, Matienzo, Molina; y más modernos, como Escriche, García Goyena, Llamas, Sala y Tapia.

Bello usó también el derecho codificado de su época, que pudo conocer, como casi todos los codificadores de la segunda mitad del siglo XIX, a través de la *Concordance* de Saint-Joseph (1840, o de

⁴ Para Bello romanista es indispensable: HANISCH, Hugo, *Andrés Bello y su obra en derecho romano* (Santiago de Chile, Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, 1983). Véanse también el prólogo de YNTEMA, Hessel, a BELLO, Andrés, *Obras Completas* (Caracas, La Casa de Bello, 1981), XVII; asimismo de ÁVILA MARTEL, Alamiro, *Bello y el derecho romano*, en AA.VV., *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1973), pp. 79 ss.

su traducción castellana por Verlanga y Muñiz de 1843), en que se comparaban el código francés (usado como referencia), con los códigos bávaro, prusiano, austriaco, sardo, napolitano, de la LUISIANA, holandés, del cantón de Vaud; aunque varios de estos textos, Bello los pudo examinar de manera directa. Tardíamente, para el «Proyecto de 1853», apenas alcanzó a emplear el *Proyecto de Código Civil* de García Goyena y el *Código Civil del Perú* de 1852. Entre los autores extranjeros, llevaron su preferencia los franceses Delvincourt, Rogron y sobre todo Pothier en sus diversos *Traités*; también empleó a Merlin, Favard de l'Anglade, Portalis y Maleville; en la fase de revisión del «Proyecto de 1853», Bello consultó obras de Troplong, Duvergier, Toullier, Delangle y Duranton. Pero asimismo se valió de Savigny en cuidada medida.

V. El *Code Civil* ocupó ciertamente un lugar importante en la codificación chilena; no en cuanto al sistema, que no adoptó, pero sí en cuanto inspirador de muchas disposiciones, especialmente en materia de obligaciones y contratos (libro IV del código). Raramente, sin embargo, Bello copió alguna disposición del código francés; las más de las veces, cuando era el caso, acudió a la que había sido su fuente, es decir, con frecuencia a Pothier, o a sus comentaristas, por lo general a Delvincourt; y la redactó nuevamente; pero siempre superó a sus modelos, que perfeccionó no únicamente en cuanto al contenido de la disposición, mas también en lo relativo al estilo. Pero en muchos casos ese código no pudo servir de fuente a Bello. Ocurre, como es sabido, que en vastos e importantes sectores del sistema civilístico aquel es simplemente defectuoso, tal cual se ve, por ejemplo, en materia de personas jurídicas, accesión, ocupación, posesión, tradición o sustituciones hereditarias, y en muchas más. En su código, Bello colmó las lagunas del francés, con regulaciones completas y adecuadas, merced al recurso a las fuentes del derecho castellano-indiano o de la época. En todo caso, fue constante preocupación suya que la norma formalmente inspirada por el derecho extranjero tuviera su correspondiente material en el derecho patrio, por regla general en las *Siete Partidas*. La consecuencia fue un código muy romanista y tradicional, de acuerdo con el principio de que «[...] *las innovaciones de que ahora se trata son mucho menos considerables, supuesto que no se piensa en crear sino en corregir y simplificar*», como escribió en 1839.

Este tradicionalismo no se refleja en la ideología del código que, por cierto, fue la liberal de inspiración francesa. Así, las disposiciones que prohíben constituir fideicomisos sucesivos, que figuran en el artículo 745 del código chileno, están inspiradas en los

artículos 896 y siguientes del francés. Como es sabido, de ese modo se quiso evitar la posibilidad de vincular indefinidamente la propiedad a una línea de personas. Sin embargo, es notable que el código francés no haya prohibido expresamente la constitución de usufructos sucesivos, como hace el chileno en su artículo 769, aunque está claro que, por su espíritu, en este código un tal tipo de usufructos no es posible. Tampoco nada expreso dice el código francés en relación con lo que indica el chileno en su artículo 982: «*En la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura*»; pero también es claro que eso era una deducción natural del sistema liberal adoptado por el código de Napoleón. Todo el título 2.º del libro IV: *De los actos y declaraciones de voluntad*, dejando a un lado la nomenclatura que está inspirada en Savigny, se corresponde muy estrechamente con el capítulo 2.º del título 3.º del libro III del código napoleónico: *Des conditions essentielles pour la validité des conventions*, en que para obligarse sólo se pide consentir sin vicios las personas capaces sobre un objeto lícito y con una causa lícita; en el entendido que las incapacidades, los vicios del consentimiento y las ilicitudes están reducidas al mínimo, de modo de asegurar al máximo la libertad contractual; libertad que es coronada con el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el código chileno por su artículo 1545 correspondiente al artículo 1134 del francés. En algunos casos, empero, el código chileno fue más allá que el francés. Tal ocurre, por ejemplo, con el tratamiento a los extranjeros por lo que al goce de los derechos civiles respecta: mientras el código francés en su artículo 11 declaraba que los extranjeros gozarían de los derechos civiles en Francia en la medida de la reciprocidad, es decir, en cuanto se los confiriera a los franceses en el país de origen del extranjero del cual se tratara, el artículo 57 del código chileno establece: «*La ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este código*».

VI. Como consecuencia de un balance general, debe decirse que el código de Bello resultó ser un cuerpo que sustancialmente se fundó en el antiguo derecho, reformulado al estilo de las codificaciones modernas merced a una serie de operaciones técnicas practicadas sobre aquél, y reformado de acuerdo con los cánones del liberalismo jurídico, en consonancia con el espíritu de su época, fuera de lo cual se atuvo con devoción a la vieja institucionalidad romano-castellana. Todo ello fue encerrado en un conjunto cuyas secciones, limitadas a libros y títulos, y en algunos casos, párrafos, guardan armonía en extensión y en el desarrollo del articulado, sin excesos ni defectos de reglamentación y sin doctrinarismos, pues

Bello tuvo muy clara la exacta función de la ley, y la diferencia entre ésta y un tratado científico; amén del estilo literario con que fue redactado el código, porque su autor fue un lingüista mayor, que incluso hasta hoy constituye autoridad reconocida en la lengua castellana; debido a todo lo cual el *Código Civil de la República de Chile* es un superior monumento no sólo jurídico sino también lingüístico.

VII. El nuevo código empezó a ser conocido en el exterior debido a que el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile se preocupó de distribuir ejemplares de la edición de 1856 en diversas cancillerías de países americanos. También, como tenía que resultar natural, circuló por vía de remisiones privadas. El hecho es que pronto empezó a adquirir un prestigio sorprendente, no por lo inesperado, atendidas las superiores cualidades del nuevo cuerpo legal, sino por la manera fulminante en que ello acaeció, y por sus efectos en la legislación de tantos países del continente.

La influencia del código de Chile se manifestó de dos formas bien precisas. De un lado, terminó por ser completamente adoptado en varios países. De otro, acabó por ser usado como modelo y fuente en otros, aunque no se lo adoptara íntegramente.

Al primer caso pertenecen el Ecuador (1858); sucesivamente (entre 1858 y 1866) los estados de la Confederación Granadina (futura Colombia), y desde 1886, el propio estado unitario de la ya denominada Colombia; El Salvador (1859); Venezuela durante 1862; Nicaragua (desde 1867 a 1904); Honduras una vez entre 1880 y 1898, y de nuevo desde 1906; y Panamá después de su separación de Colombia (1903) hasta 1916. En los tres primeros países y en el penúltimo, todavía se mantiene en vigor. Además, el código de Bello influyó con diferente intensidad en varios códigos americanos posteriores. Tal fue el caso de aquellos de Uruguay (1868), Argentina (1869, traslado al Paraguay en 1876), Guatemala (1877), Nicaragua II (1904), Panamá II (1916) y aun Brasil I (1916).

En esta forma, el código chileno ejerció en Iberoamérica una función semejante a la que el francés ejerció en Europa; y como él, aunque quizá más que él, contribuyó a la unidad del derecho en la región, de modo que la dilatada cantidad de códigos formalmente en vigencia en ella en realidad puede ser reducida a un número menor⁵.

⁵ Acerca de la influencia del código de Bello en América: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica* [Cizur Menor (Pamplona, Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006], pp. 193 ss.

VIII. A través de los casi ciento cincuenta años de su vigencia en Chile, el código de Bello ha sufrido una gran cantidad de reformas.

a) Con todo, durante el siglo XIX, no sufrió modificación expresa alguna. El legislador de entonces se limitó a emitir las leyes que lo complementaban. Así, fue aprobado el llamado Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, de 24 de junio de 1857, con el cual quedó organizado el servicio del registro de la propiedad inmobiliaria y de los derechos reales que la afectan. Enseguida fue emitida la ley de 7 de octubre de 1861, que desarrolla el artículo 9 CCCh., en donde viene acogido el principio de la irretroactividad. La nueva ley, aún en vigencia, soluciona los problemas de conflictos de normas dictadas en diversas épocas (artículo 1), de modo de discriminar cuándo puede aplicarse la ley posterior sin vulnerar el mencionado artículo 9 y cuándo la antigua, para que no se vulnere. Otra norma que preveía su desarrollo en leyes especiales fue el artículo 584 CCCh.: «*Las producciones del talento y del ingenio son una propiedad de sus autores./ esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales*». De hecho empero, al tiempo de entrar en vigencia el código, ya regían las leyes de 24 de julio de 1834 sobre propiedad literaria y de 9 de septiembre de 1840 sobre privilegios exclusivos de invención; a ambas se agregó la posterior de 12 de noviembre de 1874 sobre marcas de fábrica y de comercio. La importante ley de 10 de enero de 1884 sobre matrimonio civil también puede ser considerada como especial. Regulaba todo lo concerniente a los requisitos, impedimentos y prohibiciones del matrimonio, a su celebración, al divorcio (no vincular), a su nulidad y a su disolución, y derogó, aunque solo en forma tácita, las normas del código que entregaban la materia al derecho canónico. Tal fue, por ende, la primera modificación sufrida por ese cuerpo legal. En fin, estuvo la ley de 27 de julio de 1884 sobre registro civil, que, de nuevo en forma tácita, sustrajo la materia de las pruebas del estado civil y del nacimiento y muerte a los párrocos para entregarla a un servicio público estatal cuyos agentes se denominaron Oficiales del Registro Civil.

b) Fue a fines del primer tercio del siglo XX que el código empezó a recibir modificaciones propiamente tales. Cronológicamente, la primera ley que intervino en su texto fue la número 4.447, de 1928, cuyo artículo 37 reemplazó el artículo 233 CCCh. —concerniente a cierto punto del derecho de menores— por un nuevo dictado. De todos modos, las mayores reformas se han concentrado en los últimos quince años entre fines del siglo XX y principios del actual. Las partes más afectadas han sido los libros I: *De las perso-*

nas, en lo concerniente a la organización de la familia, y III: *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos*. Este último no por razones autónomas aplicable especialmente al sentido del derecho en él recogido, sino solo como consecuencia de las reformas introducidas en el derecho de familia, que progresivamente han ido desdibujando el concepto de familia legítima, hasta abolirlo, de modo de obligar a consecuentes enmiendas sucesorias, que así quedaron limitadas a la configuración, tanto de los órdenes de la sucesión intestada y de la cuantía de las porciones hereditarias en ellos reconocida a cada pariente del difunto, como de las asignaciones forzosas, que en el código eran las legítimas de los ascendientes y descendientes, la cuarta de mejoras y la porción conyugal, aparte de los alimentos, en función de dar entrada a los descendientes extramatrimoniales y al propio cónyuge en la herencia. En el resto, que es la mayor parte del derecho sucesorio, y el derecho sobre las donaciones entre vivos, el libro III ha permanecido intacto. Los libros II: *De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce*, y IV: *De las obligaciones en general y de los contratos*, prácticamente no han sufrido modificaciones, más que en algún detalle peculiar. Por lo demás, nunca ha habido en Chile algún intento eficaz por sustituir el código de 1855, sea por la vía de su simple revisión general, sea por aquella, más drástica, de su completo reemplazo por otro cuerpo legal. Ello contrasta notoriamente con la experiencia de otros países iberoamericanos, en algunos de los cuales se han sucedido, no dos, más varios códigos civiles, como en el Perú (1852, 1936 y 1984), Venezuela (1862, 1867 y 1873, con diversas versiones posteriores), o Guatemala (1877, 1933 y 1963). En el resto de esas naciones, ha habido dos códigos, salvo en los que conservan aún hoy el emitido en el siglo XIX, como son Uruguay (1868) y la Argentina (1869), y los países que adoptaron el código de Bello sin sustituirlo.

IX. Con toda razón, al aproximarse el año 2005, en que se iría a cumplir el centésimo quincuagésimo aniversario de la promulgación del ilustre código de Bello, se sintió la necesidad de conmemorar el acontecimiento. Al efecto, un consorcio de las cinco facultades de derecho más antiguas de Chile, a saber, aquellas de la Universidad de Chile, de la Pontificia Universidad Católica de Santiago, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, de la Universidad de Concepción y de la Universidad de Valparaíso, en unión con la Fundación Fernando Fueyo Laneri, decidieron promover la conmemoración y, al efecto, designaron una comisión organizadora de las pertinentes actividades, que presidió el autor de estas líneas, en su calidad de decano de la tercera de las facultades.

des indicadas, e integraron los profesores Gonzalo Figueroa Yáñez, de la primera, y Alberto Lyon Puelma, de la segunda; y de la que actuó como secretario ejecutivo el profesor Carlos Pizarro Wilson, de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, con la asesoría del profesor Felipe Vicencio Eyzaguirre.

Durante un par de años, esta comisión elaboró un programa, que finalmente fue puesto en ejecución entre los días 3 y 6 de octubre de 2005.

La actividad central fue un congreso internacional de derecho, inaugurado en un lucido y concurrido acto por el presidente de la República, señor Ricardo Lagos Escobar, el día 3, en el salón de honor de la casa central de la Universidad de Chile (de la que Bello fue rector) en Santiago. El señor Lagos pronunció en la ocasión un discurso de notable contenido, y en ella también hicieron uso de la palabra el rector de la Universidad huésped y el decano-presidente de la comisión organizadora. Enseguida, los asistentes se trasladaron a otro recinto de la casa central universitaria, en donde tuvo lugar la apertura, por el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, profesor Roberto Nahum, de la segunda actividad conmemorativa: una exposición titulada «El Código Civil y su época». En ella fueron expuestos (durante un periodo prolongado) diversos objetos relacionados con el hecho celebrado, como manuscritos originales de Bello, retratos y bustos de personajes que en algo se relacionaron con el proceso de formación del código, primeras ediciones de los libros que le sirvieron de fuente, medallas acuñadas en diversas épocas, muebles que pertenecieron al codificador, etcétera. Al fin del acto, los asistentes fueron invitados a una recepción por el rector de la Universidad de Chile.

Por la tarde del día lunes 3, a las 15.00 horas, se dio comienzo a las sesiones del congreso. Ellas tuvieron lugar siempre en el salón de honor del antiguo Palacio del Congreso Nacional de Chile. Puesto que este último funciona desde hace varios años en la ciudad de Valparaíso, el mencionado palacio, que administra el presidente del Senado, suele utilizarse para actos del género, como fue el caso. El salón de honor del recinto tiene un gran significado histórico-político para los chilenos, porque en él se reunían en pleno las dos cámaras del Congreso Nacional, para ciertos actos, bien prescritos como la reforma de la Constitución, o para escuchar la cuenta anual del presidente de la República, o para elegir a éste cuando en la votación popular ningún candidato había conseguido la mayoría absoluta (no existía el «balotaje», como hoy), bien ceremoniales, como la transmisión del mando presidencial.

El primer módulo de conferencias del congreso estuvo dedicado a la «Historia de la codificación civil en Europa e Iberoamérica», bajo la presidencia del Profesor Andreas Wacke, de la Universidad de Colonia, y lo abrió el Profesor Alejandro Guzmán Brito, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, con una conferencia sobre «El origen y desarrollo de la idea de codificación». Le siguieron los profesores Bernardino Bravo Lira (Universidad de Chile), quien disertó sobre el tema «Grandes modelos de codificación en el Viejo y en el Nuevo Mundo (1797-1885): von Martini en Austria, Portalis en Francia y Bello en Chile»; Antonio Dougnac Rodríguez (Universidad de Chile), a quien correspondió exponer acerca de «La codificación en Chile y la formación de su Código Civil»; y Carlos Peña González (Universidad Diego Portales), quien lo hizo acerca de «Bello y el Código Civil: el triunfo de la mentalidad ideológica». Después de las exposiciones, tuvo lugar el debate entre los asistentes.

Avanzada la tarde del mismo día lunes 3, todavía tuvo lugar la tercera actividad de conmemoración prevista. La Comisión Organizadora de la conmemoración tenía decidida una reimpresión facsimilar de la primera edición del Código Civil de Chile, aparecida en mayo de 1856. La labor se inició desde más de un año antes de las actividades que se vienen reseñando y se abrió una suscripción pública para la venta anticipada de la edición facsimilar. A ésta debía acompañar, pero separadamente, un opúsculo titulado «Historia literaria del Código Civil de la República de Chile» de cuya composición quedó encargado el Profesor Alejandro Guzmán Brito de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Presidente de la Comisión Organizadora. Se escogió el ejemplar de la edición original, con rica encuadernación, que con firma autógrafa del presidente de la República Manuel Montt y su ministro de Justicia, a quienes correspondió la promulgación, se encuentra depositado en la presidencia de la Corte Suprema de Justicia. La edición facsimilar imitó esa encuadernación y se acercó lo más posible al tipo y calidad del papel primitivo; en el resto, por ser facsimilar, reproduce totalmente el modelo. Cada ejemplar y el opúsculo adjunto va encerrado en una vistosa caja de cartón común. El trabajo quedó finalizado antes de iniciarse el congreso, de modo que se aprovecho éste para presentarlo. Como quedó dicho, la actividad tuvo lugar en la tarde del lunes 3 de octubre, en un acto que tuvo lugar en el mismo salón de honor del antiguo palacio del Congreso Nacional en donde se celebraron las sesiones del congreso. La presentación estuvo a cargo del profesor Gonzalo Figueroa, miembro de la comisión organizadora y a ella asistió la mayoría de los sus-

criptores anticipados (que fueron muchos), aparte de los congresistas y de público en general. Acto seguido el presidente de la comisión organizadora ofreció una recepción. Durante los días del Congreso la parte no previamente suscrita de la edición facsimilar fue puesta a la venta pública y prácticamente se agotó.

Las sesiones matutina, antemeridiana y postmeridiana del congreso, tenidas el día martes 4 estuvieron dedicadas al tema «El Código Civil de Bello en América», bajo la presidencia de los profesores Antonio Manuel Morales Moreno de la Universidad Autónoma de Madrid, Hernán Salgado Pesantes, de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador e Iván Escobar Fornos, de la Universidad Hispanoamericana de Managua. En ellas fueron expuestos los siguientes trabajos: «El Código Civil de Bello en el Ecuador», por el profesor Hernán Salgado Pesantes, ya citado; «El Código Civil de Bello en Colombia», por el profesor Fernando Hinestrosa, de la Universidad Externado de Colombia; «El Código Civil de Bello en El Salvador», por el profesor Mauricio Velasco Zelaya, de la Universidad Dr. José Matías Delgado, de San Salvador; «El Código Civil de Bello en Nicaragua», por el profesor Iván Escobar Fornos, de la Universidad Interamericana de Managua y presidente de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua; «El Código Civil de Bello en Panamá», por el profesor Octavio del Moral Prados, de la Universidad de Panamá; «El Código Civil de Bello en Uruguay», por el profesor Arturo Yglesias, de la Universidad de la República, de Montevideo; «El Código Civil de Bello en Argentina», por el profesor Ricardo Lorenzetti, de la Universidad de Buenos Aires y magistrado del Tribunal Supremo de la Nación. Al final de la sesión postmeridiana, tuvo lugar el debate de las conferencias pronunciadas. Hubo que lamentar la ausencia del profesor Rigoberto Espinal Irías, de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras de Tegucigalpa, debido a una enfermedad de última hora.

En la sesión vespertina, todavía del día martes 4, se dio comienzo al módulo sobre «El Código Civil de Chile: pasado, presente y futuro», que se prolongó en las sesiones del completo miércoles 5, bajo la presidencia de los profesores Ricardo Lorenzetti, Octavio del Moral Prados, Mauricio Velasco Zelaya, ya citados y de la profesora Encarna Roca Trías, de la Universidad de Barcelona. Los trabajos entonces expuestos fueron: «Una revisita a los cinco primeros artículos del Código Civil: la concepción original y el estado actual», por la profesora Carmen Domínguez, de la Pontificia Universidad Católica de Chile; «Las personas naturales en el Código Civil: pasado, presente y futuro», por el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, de la Universidad de Chile, «El abuso de la personalidad

jurídica», por el profesor Alberto Lyon Puelma, de la Pontificia Universidad Católica de Chile; «La evolución de los principios del derecho de familia en el Código Civil», por la profesora Paulina Veloso Valenzuela, de la Universidad de Chile; «La Copropiedad inmobiliaria frente a la copropiedad del derecho común», por el profesor Andres Cuneo Macchiavello, de la Universidad Diego Portales; «Problemas antiguos y nuevos en materia de derechos reales», por el profesor Daniel Peñailillo de la Universidad de Concepción; «Los principios del derecho sucesoral chileno y su evolución», por el profesor Ramón Domínguez Águila, de la Universidad de Concepción; «La responsabilidad por incumplimiento de la prestación fungible» por el profesor Álvaro Vidal Olivares, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; «El efecto de los contratos en el Código Civil: partes y terceros», por el profesor Carlos Pizarro Wilson, de la Universidad Diego Portales; «La interpretación de los contratos», por el profesor Jorge López Santa María, de la Universidad Adolfo Ibáñez; «La inexistencia y la nulidad en el Código Civil chileno: antecedentes y proyecciones», por el profesor René Moreno Monroy, de la Universidad de Valparaíso; «El error y el dolo como vicios del consentimiento», por el profesor José María Eyzaguirre García de la Huerta, de la Pontificia Universidad Católica de Chile; «Análisis histórico y comparado de la presunción de responsabilidad por el hecho propio en el Código Civil», por el profesor Enrique Barros Bourie, de la Universidad de Chile; y «El arbitraje como modo principal de terminar las causas civiles y comerciales», por el profesor Claudio Illanes Ríos, de la Universidad de Chile. Al término, siguió el debate de las ponencias.

Todavía, hacia el término de las jornadas del día martes 4, tuvo lugar un acto en conmemoración de la promulgación del código, en los salones del Instituto de Chile, en el que ofrecieron conferencias los señores Fernando Silva Vargas, presidente de la Academia Chilena de Historia, Rolando Matus Olivier, presidente de la Academia Chilena de la Lengua, y Carlos Martínez Sotomayor, presidente de la Academia Chilena de Ciencias Políticas y Morales; en las que cada uno se refirió a diferentes aspectos del Código Civil y de la obra de su autor, don Andrés Bello. El acto finalizó con una recepción ofrecida por el Sr. Silva Vargas, presidente del Instituto de Chile.

En la noche del miércoles 5, los congresistas fueron agasajados por el decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile en los recintos de su facultad.

La sesión matutina del día jueves 6, estuvo destinada al tema: «Descodificación y recodificación del derecho civil en Chile», bajo

la presidencia del profesor Arturo Yglesias, ya citado. El módulo se inició con una conferencia del profesor Hernán Corral Talciani, de la Universidad de Los Andes, sobre «Descodificación del derecho civil en Chile»; a ella siguió una mesa redonda de tres panelistas: los profesores Jorge Baraona González, de la Universidad de Los Andes, Ramón Domínguez Águila, de la Universidad de Concepción y Gonzalo Figueroa Yáñez, de la Universidad de Chile. El primero sostuvo una tesis en contra de la recodificación del derecho civil en Chile; el segundo defendió la idea de una simple revisión del Código Civil; y el tercero la de ir a una recodificación sustitutiva del Código Civil.

Las sesiones antemeridiana y postmeridiana del jueves 6 quedaron reservadas al tema «Panorama contemporáneo del derecho civil en Europa», bajo la presidencia de los profesores Gonzalo Figueroa Yáñez y Jorge Hinestrosa; y en ellas hubo intervenciones sobre: «Cien años del Código Civil alemán», del profesor Andreas Wacke, de la Universidad de Colonia; «La evolución del concepto de obligación en el derecho español», del profesor Antonio Manuel Morales Moreno, de la Universidad Autónoma de Madrid; «Las tendencias actuales del derecho de garantía en Francia», del profesor Christian Larroumet, de la Universidad de París II, Panthéon-Assas; «La evolución del derecho de familia en España», de la profesora Encarna Roca Trías, de la Universidad de Barcelona y magistrada del Tribunal Supremo de España; «La evolución de la responsabilidad civil en el derecho francés», del profesor François Chabas, de la Universidad de París XII, Val-de-Marne; al término de las cuales siguió el usual debate. También en esta ocasión se lamentó la ausencia, por repentina enfermedad del profesor Claudio Scognamiglio, de la Universidad de Roma II «Tor Vergata», quien había previamente anunciado una conferencia sobre «La causa de los negocios jurídicos en el derecho italiano».

A continuación tuvo lugar una mesa redonda, bajo la presidencia del profesor François Chabas, sobre «La codificación comunitario-europea del derecho civil», en la que participaron los profesores Andreas Wacke, Antonio Manuel Morales Moreno, Encarna Roca Trías y Christian Larroumet.

Hacia al crepúsculo del día jueves se celebró el acto de clausura del congreso, en el que hicieron uso de la palabra el senador Sergio Romero, presidente del Senado de Chile, y los profesores Gonzalo Figueroa Yáñez y Alejandro Guzmán Brito, por la comisión organizadora. Las actividades finalizaron con una recepción ofrecida por el citado senador Romero.

Es imposible reseñar siquiera todos los trabajos expuestos en el congreso. Pero cabe asegurar que su riqueza, variedad y solvencia intelectual estuvieron a la altura del objeto conmemorado. Por lo demás, en general, todas las actividades de la conmemoración resultaron óptimamente desarrolladas, según fue opinión general de los invitados chilenos y extranjeros y del numeroso público que concurrió a escuchar las conferencias pronunciadas en el congreso y a los demás actos que formaron parte de la conmemoración. No es hiperbólico sostener que ésta ha sido la actividad de contenido jurídico más importante y relevante ocurrida en Chile en los últimos años, que debe ser completada con la edición de las actas del congreso, en actual operación.

La Fundación Coloquio Jurídico Europeo

M.^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

La Fundación Coloquio Jurídico Europeo fue constituida con fecha 11 de enero del presente año. Se trata de una organización constituida sin ánimo de lucro, cuyos fines se centran en facilitar la aproximación personal de los juristas europeos; poner en común las inquietudes y las ideas de las diversas doctrinas jurídicas nacionales; y contribuir a la construcción de una Europa unida desde el campo del Derecho. En estos pocos meses de andadura se han organizado ya dos seminarios.

Los pasados días 23 y 24 de febrero se celebró el primer seminario organizado por la reciente constituida Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Con el título «Garantismo y Derecho» el seminario giró en torno a la obra de Luigi Ferrajoli, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Roma.

La sesión del jueves se dedicó a «Las garantías de los derechos fundamentales». El contraponente a esta primera conferencia del profesor Ferrajoli fue Manuel Atienza (catedrático de Filosofía del Derecho de Alicante).

La sesión del viernes fue «Garantismo y teoría del Derecho», en esta ocasión el comentario de la contraponencia corrió a cargo de José Juan Moreso, rector de la Universidad Pompeu Fabra, de Barcelona.

Tras la finalización de ambos seminario siguió un coloquio entre los ponentes y asistentes, entre los que figuraban magistrados del Tribunal Supremo, catedráticos de distintas ramas del Derecho, altos cargos, diputados y numerosos profesores y registradores de la propiedad.

Durante el seminario se tuvo ocasión de exponer y debatir algunas de las ideas más características de Ferrajoli, ideas que tratan de captar los cambios experimentados por el Derecho en el tiempo del constitucionalismo. Así la distinción entre los derechos y sus garantías, que permite dar cuenta de la constitucionalización de los

unos con independencia del desarrollo legislativo de las otras o la distinción entre validez y vigencia de las normas jurídicas, estando reservada la primera para la concordancia no sólo formal sino también sustancial de las normas legales, con la Constitución, en tanto que la segunda designaría la constitucionalidad meramente formal de las leyes, compatible con su invalidez por razones sustanciales.

El segundo seminario se tituló «La argumentación jurídica en la época del constitucionalismo».

El pasado 14 de junio se celebró en la sede del Real Colegio de Registradores de la Propiedad de Madrid el segundo seminario organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. En esta ocasión el seminario versó sobre la debatida cuestión de la argumentación jurídica en la época del constitucionalismo. El seminario se abrió con una intervención de Manuel Atienza, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. En ella esbozó las líneas generales de su reciente obra «El Derecho como argumentación» (Ariel, Barcelona, 2006). En concreto, destacó los pasos fundamentales a seguir para desarrollar una buena argumentación en las tres vertientes que la componen: formal, material y pragmática. Destacó igualmente la importancia de la vertiente material de la argumentación jurídica, tradicionalmente relegada a un segundo plano por la llamada lógica formal.

La ponencia de Manuel Atienza tuvo su continuación en la de Juan Antonio Xiol Ríos, magistrado y presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Esta segunda ponencia llevó por título «La argumentación y la transformación del Derecho». En la misma su autor destacó la virtualidad de la argumentación jurídica para enfrentarse y responder a los grandes retos que hoy se le presentan al Derecho moderno: el paradigma constitucional, la lógica en red, el rol de la jurisprudencia, o la llamada globalización jurídica, entre otros.

La segunda sesión del seminario tuvo como ponente a Luis Prieto, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha. En su ponencia, titulada «Constitución y argumentación», el autor comenzó exponiendo los diferentes sentidos en los que se utiliza hoy el término constitucionalismo. El objetivo de este ejercicio analítico no fue otro que el de rechazar algunas de estas acepciones. En concreto, la que identifica el constitucionalismo con la vinculación necesaria entre el Derecho y la moral, así como aquella otra que sostiene la necesidad de aceptar acríticamente los valores morales de los textos constitucionales. Frente a estas acepciones, Luis Prieto presentó un constituciona-

lismo entendido como la ideología o filosofía política propia de los actuales Estados constitucionales, caracterizados por una rematerialización de sus textos –gracias a la presencia de derechos, valores y principios en sus disposiciones– y por la garantía judicial de la Constitución.

La respuesta a esta ponencia corrió a cargo de Juan Antonio García Amado, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de León. En su intervención ofreció un completo panorama de las críticas que hoy se plantean a este modelo conocido como constitucionalismo. Finalizó su exposición señalando algunas de las consecuencias –a su juicio, negativas– a las que conduce asumir esta filosofía neoconstitucionalista. Entre ellas cabe destacar la desaparición de la llamada moral crítica, la concepción de la constitución como un texto jurídico incompleto que debe ser rellenado por los jueces constitucionales, la consiguiente disminución del valor y la importancia de la ley y, en definitiva, la exclusión de la sociedad del ámbito de las decisiones constitucionales.

El interés de la temática analizada, así como la calidad de las ponencias, tuvo como extraordinario complemento el debate que se generó tras las dos sesiones. Los debates se caracterizaron, además de por la riqueza de las distintas intervenciones, por la interdisciplinariedad de las mismas. Entre el público asistente se encontraban profesores de universidad de diferentes áreas de conocimiento, jueces y magistrados, y registradores de la propiedad. Ello enriqueció enormemente las sesiones, hasta el punto de que pudo alcanzarse uno de los objetivos que pretende la Fundación Coloquio Jurídico Europeo mediante la realización de estos seminarios: lograr el tan deseado punto de encuentro entre juristas teóricos y prácticos de diferente dedicación profesional y académica.

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Presentación

Esta cuarta crónica se cierra el 31 de mayo de 2006. Las fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión Europea, el TJCE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el «Diario Oficial de la Unión Europea», el «Boletín Oficial del Estado», el Instituto Suizo de Derecho Comparado, el Boletín que elabora el Centro de Documentación Europea del Instituto Suizo de Derecho Comparado, el de la Universidad 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.

La crónica está coordinada por los profesores Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo i Amayuelas (Universidad de Barcelona), que es también quien ha traducido (del francés, italiano y alemán) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

Breve presentación del anteproyecto de reforma francés del derecho de obligaciones

ELISE POILLOT*

1. Previo

En las páginas que siguen sólo se abordarán las cuestiones relativas al Derecho de contratos, aunque el anteproyecto de reforma del Derecho civil francés incluye también el Derecho de la prescripción y de la responsabilidad extracontractual. Los artículos correspondientes a esta última materia no se han hecho públicos todavía ¹. En cuanto a la prescripción, y contrariamente a lo que ocurre con el Derecho de contratos, la materia todavía no ha sido objeto de un debate público.

2. El Derecho de obligaciones y contratos: el contexto en el que se desarrolla la reforma

El pasado 22 de septiembre de 2005 fue depositado ante el Ministro de Justicia, Pascal Clément, un anteproyecto de reforma del Derecho de Obligaciones ². Publicado poco tiempo tras de la celebración del bicentenario del Código civil francés, el texto responde a la necesidad de adaptar un código que se encuentra ya algo envejecido, a las necesidades sociales presentes. Si además tenemos en cuenta el discurso del Presidente de la República francesa pronunciado con ocasión del coloquio sobre el Bicentenario

* Agradezco a la Profesora Esther Arroyo, de la Universitat de Barcelona, la traducción de este artículo del francés al castellano.

¹ Vid. con todo G. VINEY, «Projet de réforme du droit des obligations: les éléments clés en matière de droit de la responsabilité», *Revue Lamy droit civil* décembre 2005, núm. 22, pp. 13 ss.

² *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2284 à 2281 du code civil), Rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005*. Disponible en www.justice.gouv.fr. La parte relativa al Derecho de contratos, también en *Revue des contrats* 2006, núm. 1. Los preceptos del anteproyecto vienen precedidos de una presentación sumaria por parte de sus autores. Además, P. CATALA, «Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations», *Dalloz* 2006, núm. 8, pp. 535 ss.

del Código, la reforma también responde al deseo político de adaptación del Derecho de obligaciones a los nuevos desafíos que hoy plantea la construcción europea. La necesidad de cambios ha sido defendida e impulsada por la doctrina francesa y, a este propósito, son ilustrativas las palabras del profesor Catala, que es quien ha dirigido los trabajos de reforma, cuando afirma que:

*«le déclic provint d'un colloque organisé par la faculté de Sceaux qui mettait en parallèle le droit français avec les principes européens du droit des contrats»*³.

A tales declaraciones subsiguio la toma de conciencia política y, así, quien en el momento de la celebración del bicentenario era Ministro de Justicia en funciones, declaraba que:

«le Code civil est aujourd'hui confronté à d'autres systèmes juridiques [...] doit faire face à la mondialisation dans laquelle rien n'est acquis.»

y que:

*«fêter le bicentenaire du Code civil est aussi s'engager dans sa modernisation pour qu'il soit toujours la référence vers laquelle se tourner»*⁴.

El Derecho de obligaciones puede considerarse todavía una pieza «auténtica» del Código, puesto que no ha sido nunca objeto de reformas de gran envergadura, a diferencia de lo que ha sucedido con otras materias como los regímenes matrimoniales, el divorcio, la filiación, la patria potestad, la tutela o la ausencia, cuya revisión fue llevada a cabo por el decano Carbonnier. La razón del por qué ello ha sido así la daba el mismo Carbonnier, a propósito de los cambios que estaban teniendo lugar en aquella época, en una explicación que puede considerarse «casi oficial»:

*«dans un avenir accessible, les progrès de la construction européenne permettraient de mener la réforme de cette partie du droit en concertation avec nos partenaires de la Communauté, pour le plus grand bénéfice du commerce communautaire»*⁵.

Nada de eso ha ocurrido desde los años 60 y aunque la doctrina a la que tanto apelan tanto la Comisión como el Parlamento discute hoy sobre la posibilidad de promulgar un Código civil europeo, el caso es que éste no existe todavía. Es pues, fuera de Europa, pero teniendo Europa en perspectiva, que el legislador francés, consultando a la doctrina, reflexiona hoy sobre esta cuestión. Como telón de fondo están también las reformas del Derecho de obligaciones acaecidas en Alemania y Holanda. Ahora bien, más allá del factor europeo, para sopesar adecuadamente la reforma todavía debe ser tenido en cuenta el valor que tiene el Derecho de contratos como Derecho común de las relaciones contractuales y la importancia del lugar que ocupa el Cód-

³ P. CATALA, «Présentation générale de l'avant-projet», propos publiés avec l'avant projet sur le site www.justice.gouv.fr.

⁴ D. PERBEN, «Message du Garde des Sceaux», in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz Litec 2004, pp. 13 ss.

⁵ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, p. 175.

go civil en el Derecho privado ⁶. De momento, lo que existe en Francia es un Derecho de contratos disperso en disposiciones especiales y entre las cuales, señaladamente, el Código de Consumo.

En fin, es la necesidad de una renovación, en parte debida a la europeización, pero en parte también debida a la vetustez de un Derecho de contratos que, además, ha perdido centralidad en el Código, lo que ha mantenido ocupados a treinta y tres universitarios y tres magistrados reexaminando el Derecho francés en esta materia ⁷.

3. Los objetivos

Han sido puestos de manifiesto por el profesor Catala. Se trata de conseguir:

«un droit civil plus complet sans être bavard; plus moderne sans renier son passé; plus efficace mais soucieux de la justice contractuelle»;

y de procurar:

«une loi civile retrouvant sa fonction tutélaire au centre et au sommet du droit privé et apte à vivifier l'interprétation»;

lo cual conducirá a:

«un projet portant le message de notre pays hors de nos frontières» ⁸.

En concreto, se trataba de colmar las lagunas del Código y, como ya se ha dicho, de devolver a éste toda su dimensión de receptáculo del Derecho de contratos para, así, poner fin al *décalage*, tantas veces criticado, entre la letra del *Code* de 1804 y la realidad del Derecho positivo ⁹.

4. Las fuentes

El anteproyecto no se presenta como una obra de ruptura, sino de reajuste ¹⁰. Por esto la fuente del anteproyecto más importante es la ley, entendiendo aquí por «ley» el *Code Napoléon*. Efectivamente, los autores del texto que ahora se presenta han considerado que muchas de sus disposiciones todavía conservan vigencia tras dos siglos de aplicación ¹¹. Ello explica, por ejemplo, por qué el anteproyecto conserva los artículos del Código civil en su forma original, aunque inmediatamente se debe añadir a continuación que algunos también han sido objeto de una redacción mejor adaptada a la actualidad ¹².

⁶ P. CATALA, «Présentation générale de l'avant-projet», *loc. cit.*, p. 2.

⁷ La relación de personas que han participado en la elaboración del texto puede ser consultada en el sitio web del Ministerio de Justicia que antes se ha anunciado.

⁸ P. CATALA «La genèse et le dessin du projet», *Revue des contrats* 2006, núm. 1, p. 17.

⁹ L. LEVENEUR, «L'avant-projet de réforme du droit des obligations: place maintenant au débat», *Contrats, concurrence, consommation* décembre 2005, p. 3».

¹⁰ En palabras de CATALA, «L'avant-projet ne propose pas un Code de rupture mais d'ajustement», «Présentation générale de l'avant-projet», *loc. cit.*, p. 4.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

Junto al Código civil, otras fuentes de inspiración han sido la doctrina y la jurisprudencia. La primera ha permitido elaborar las definiciones que integran muchos de los supuestos de hecho ¹³, así como introducir la distinción entre obligación de medios y de resultado. Además, ha contribuido a descartar ciertas interpretaciones jurisprudenciales del Código que, al parecer de algunos, no eran del todo satisfactorias. Puede citarse, a título de ejemplo, la solución que prevé que la promesa unilateral de venta, en los términos del artículo 1106 del anteproyecto, obliga a concluir el contrato si media la aceptación del beneficiario mientras está vigente el período para ejercer la opción ¹⁴. También es gracias a la doctrina que cierta jurisprudencia ha podido ser clarificada, dulcificada y, en su caso, reinterpretada ¹⁵. Sin embargo, ello no debe llevar a concluir que la jurisprudencia ha sido una fuente menor de inspiración; todo lo contrario, se ha tenido muy en cuenta la obra de la *Cour de cassation* y su labor de interpretación *praeter legem* del Código ¹⁶ y, entre otras, se han adoptado las soluciones aportadas en el contexto de las relaciones precontractuales.

5. El método

Como ya se ha advertido, los autores de la reforma han optado por el método de «revisión» a la hora de incorporar en el Código ciertas novedades. En la introducción que precede al anteproyecto el decano Cornu remarca la elección de intervenir de manera escalonada mediante puestas al día y labores de concordancia ¹⁷. En concreto se han utilizado las técnicas de remodelación, reagrupación de reglas y retoques a algunas de ellas.

Se entiende por remodelación la modificación del Código y, en definitiva, la mejora de sus disposiciones. El ejemplo que proporciona el profesor Cornu es el de la compensación, en relación con la cual han resultado clarificados sus diferentes regímenes ¹⁸. Se cita también la teoría de la condición, que se ha visto enriquecida con un nuevo tipo, el de la condición extintiva ¹⁹, que se asemeja al término resolutorio. Así, según el artículo 1184.1 CC:

«[L]a condition extinctive est celle qui fait dépendre l'extinction de l'obligation d'un événement futur et incertain. La condition extinctive n'opère que pour l'avenir.»

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Contrariamente a lo que había dicho la *Cour de cassation*, v. por ejemplo Civ. 3, 15 déc. 1993, *Bull.* III 1993, núm. 174. Para una visión crítica favorable a tal jurisprudencia, exponiendo las opiniones doctrinales disidentes, v. D. MAINGUY, «L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter», *Revue trimestrielle de droit civil* 2004, núm. 1, p. 1.

¹⁵ Para los ejemplos, v. «Présentation générale de l'avant-projet» a cargo del profesor CATALA, *loc. cit.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 5.

¹⁷ G. CORNU, «Introduction» al anteproyecto en: www.justice.gouv.fr, p. 11.

¹⁸ *Ibid.*: «[...] C'est en marquant la trilogie des sources de la compensation que s'ordonne le carré des quatre conditions essentielles de la compensation légale (art. 1241-1) au regard desquelles la compensation judiciaire et la compensation conventionnelle prennent leur juste place».

¹⁹ *Ibid.*: «[J]usqu'à alors réduite à l'opposition de la condition suspensive et de la condition résolutoire, la théorie de la condition s'enrichit d'un troisième type, la condition extinctive qui, opérant pour l'avenir sans rétroactivité, répond à une utilité et pas seulement à la symétrie du terme extinctif (art. 1184-1)».

La reagrupación de reglas supone el tratamiento conjunto de diferentes cuestiones que producen efectos similares o que tienen un mismo régimen jurídico. Es el caso de la inoponibilidad, de la caducidad y de la sanabilidad del contrato, que entran en el Código, a propósito de la nulidad, en los artículos 1129-1133. La primera se define por la falta de eficacia frente a terceros del contrato que no reúne todos los requisitos; la segunda, por la pérdida de eficacia de un contrato que, aun habiendo sido válidamente formado, pierde uno de sus elementos constitutivos o no llega a existir alguno al que se subordina la eficacia; y, finalmente, la *régularisation* o sanación implica devolver la plena eficacia a un acto que ha visto eliminada la imperfección de que adolecía.

En cuanto a los retoques, en fin, puede citarse, por ejemplo, el hecho de declarar aplicables a los contratos innominados las reglas de otros parecidos. Así, según el artículo 1103.3 del anteproyecto:

«[L]es contrats innommés sont soumis par analogie aux règles applicables à des contrats comparables, dans la mesure où leur spécificité n'y met pas obstacle.»

6. El contenido

El anteproyecto cuenta con 406 artículos, frente a los 279 que actualmente tiene el Código civil. Uno de los objetivos de los autores era permanecer lo más fiel posible al *Code* y por eso no es en absoluto extraño constatar que 113 normas del Código civil se hayan conservado intactas. Otros 69 artículos, aun permanecido en sustancia inalterados, han sufrido reformas en su redacción. Existen igualmente disposiciones creadas *ex nihilo* que corresponden a auténticas «creaciones legales»²⁰ y que tratan situaciones hasta ahora desconocidas en el Código.

En relación con la estructura, el anteproyecto ha optado por reunir en un único título, el III, «[D]es obligations», lo que hoy el Código comprende en dos títulos, el III y el IV, cuya rúbrica es, respectivamente, «[D]es contrats ou des obligations conventionnelles en général» y «des engagements qui se forment sans convention». El título III se descompone en tres subtítulos que tratan «[D]u contrat et des obligations en général»²¹; «[D]es quasi-contrats»; y «[D]e la responsabilité civile». Ello permite agrupar tanto las fuentes como el régimen jurídico general de las obligaciones²². Aunque se ha preservado casi íntegramente la estructura de los capítulos, sí que se ha añadido un nuevo subtítulo, dedicado a las «[O]pérations sur créances». El subtítulo I del anteproyecto ha quedado, pues, dividido en siete capítulos dedicados, respectivamente, a las disposiciones generales, los requisitos de validez y efectos de los contratos, las modalidades y extinción de las obligaciones, así como a las operaciones que tienen créditos por objeto y a la prueba de las obligaciones.

En cuanto al fondo, ya se ha dicho que los autores de la reforma consideran que la misma:

«l'emporte sur la conservation, sans écraser l'existant»²³.

²⁰ CATALA, «Bref aperçu», p. 536.

²¹ Sólo se hará referencia a este subtítulo en la medida en que los otros todavía no han sido publicados.

²² CATALA, *op. cit.*, p. 536.

²³ *Ibid.*

Efectivamente, se trataba de revisar y de reformar el Derecho francés de contratos para procurar una mayor eficacia en el ejercicio de los derechos pero, a la vez, se trataba de mantenerse fiel al modelo liberal del Código civil²⁴. Sin duda, la primera manifestación de tal deseo se encuentra en la consagración de la distinción entre el acto y el hecho jurídico, una de cuyas manifestaciones se encuentra en las disposiciones relativas a la fase precontractual, de cuya importancia práctica es imposible dudar, tal y como demuestra la existencia de una abundante jurisprudencia²⁵. De ahí que el anteproyecto dedique el artículo 1101 a la negociación del contrato. Así mismo, los tratos preliminares quedan sometidos a las exigencias de la buena fe, tal y como la jurisprudencia tradicionalmente ha declarado. Por lo demás, la oferta y la aceptación son dotados de un régimen jurídico del que actualmente carecen en el Código civil (arts. 1105 ss.). Por ejemplo, se califica a ambas declaraciones de «acto unilateral», se considera que la oferta puede ser revocada en un tiempo razonable, y se estima la necesidad de adecuación de la aceptación a la oferta, que son precisiones que ponen de nuevo de manifiesto la labor que hasta la fecha ha sido llevada a cabo por la jurisprudencia en estas materias. En este mismo contexto de la formación del contrato debe mencionarse igualmente que el anteproyecto ha tomado partido a favor de la teoría de la recepción de la declaración de voluntad (art. 1107). Debería citarse igualmente la aplicación de las disposiciones generales sobre las obligaciones, tanto a la promesa unilateral como al pacto de preferencia, supuesto que ambas se regulan en el contexto de las disposiciones relativas a la negociación (arts. 1106 ss.).

En relación con los requisitos de validez del contrato, junto al consentimiento, la capacidad contractual, el objeto y la causa, se regula también el poder de representación, que permite actuar en nombre de uno de los contratantes (arts. 1116-1120.2). El profesor Catala concibe tal regulación como una teoría general de la representation²⁶. Debe señalarse igualmente que la cuestión de la forma del contrato y las sanciones se analizan en el capítulo dedicado a las condiciones esenciales de validez de los contratos, contrariamente a lo que actualmente sucede en el *Code*, que presenta el tema en sede de «efectos del contrato». La capacidad, según testimonia uno de los autores del anteproyecto, se regula a continuación del consentimiento y en términos mucho más explícitos de lo que antes lo hacía el Código civil²⁷ sin que, por lo demás, ello comporte una reforma sustancial²⁸. En fin, el anteproyecto también ha tomado en consideración la calidad del consentimiento en el período precontractual, buena muestra de lo cual son los dos artículos dedicados al deber de información (arts. 1110 y 1110.1)²⁹; y además precisa que

²⁴ V. CATALA, *op. cit.*, quien presenta los objetivos del anteproyecto.

²⁵ Sobre la cuestión de la formación y la validez del contrato, A. BENABENT, «Autour de la méthode générale ainsi que des nullités et autres sanctions», *Revue des contrats*, 2006, núm. 1, pp. 33 ss.; B. FAGES, «Autour de l'objet et de la cause», *Revue des contrats*, 2006, núm. 1, pp. 37 ss.; Ph. STOFFEL-MUNCK, «Autour du consentement et de la violence économique», *Revue des contrats*, 2006, núm. 1, pp. 45 ss.

²⁶ CATALA, «Bref aperçu», p. 536.

²⁷ *Ibid.*, p. 537.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Artículo 1110: «[C]elui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner. [2] Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire con-

el consentimiento puede ser otorgado por etapas, puesto que se regulan plazos de reflexión y de desistimiento (art. 1110.2)³⁰. El dolo de tercero también se incluye (art. 1113.2)³¹ y la violencia se redefine con la incorporación de la noción de abuso de situación de inferioridad (art. 1114.3)³².

En relación con el objeto y la causa, que son expresiones tradicionales de «*l'exception culturelle [et] de l'exception juridique française*»³³, los redactores se mantienen fieles al acervo nacional, si bien aumentado con una cierta dosis de derecho culto o doctrinal («*droit savant*»)³⁴. Sin querer entrar demasiado en materia, basta ahora decir que, en relación con la causa, el anteproyecto contempla una visión unitaria basada en la idea de «justificación» que se vincula a la vez a la existencia de contrapartida y de motivos (arts. 1124 ss.).

El objeto del contrato también ha sido analizado desde un punto de vista doctrinal y las disposiciones que el anteproyecto le dedica son mucho más numerosas que las del Código civil. Difícilmente podía ser de otra manera, puesto que el texto consagra un nuevo tipo de obligación, junto a las de dar, hacer y no hacer, que es la de ceder el uso (art. 1146). Eso, desde luego, complica la teoría del objeto³⁵. En fin, aún en relación con el objeto, se regula un

fiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties. [3] Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation. [4] Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat»; Artículo 1110-1: «[L]e manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu».

³⁰ Artículo 1110-2: «[D]ans certaines conventions déterminées par la loi, le consentement ne devient définitif et irrévocable qu'à l'expiration d'un délai de réflexion ou de repentir».

³¹ Artículo 1113-2: «[L]e dol est semblablement constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du cocontractant, ou même d'un tiers sous l'instigation ou avec la complicité du cocontractant».

³² Artículo 1114-3: «[I]l y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. [2] La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique».

³³ FAGES, «Autour de l'objet», p. 40

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Artículo 1146: «[L]'obligation de donner à usage a pour objet la concession de l'usage d'une chose à charge de restitution, comme dans le bail ou le prêt à usage; elle n'a pas lieu dans les conventions qui concèdent la détention sans droit d'usage, comme le gage et le dépôt». Según las notas que acompañan al texto: «[L]'obligation de donner à usage ne se réduit ni à l'obligation de donner ni à l'obligation de faire. Elle correspond à un concept autonome; elle constitue une catégorie distincte qui se caractérise: par la nature spécifique et limitée du droit conféré, un droit d'usage, et par l'obligation de restitution. Autrement dit, et en deux mots, elle fait un détenteur précaire; non pas un propriétaire, non pas le débiteur d'une somme d'argent, mais un usager tenu à restitution. La *summa divisio* «donner», «faire», devrait faire place à la trilogie «donner», «donner à usage» et «faire» (ou ne pas faire). Linguistiquement l'expression «donner à usage» qui est assez concise pour avoir sa place dans le premier alinéa de l'article 1101-1 entre «donner» et «faire», est heureuse car elle évoque «donner à bail» et «prêt à usage». Or, justement, le bail et le prêt à usage sont les deux applications topiques de l'archétype «donner à usage». *Vid.* D. R. MARTIN, «Diverses espèces d'obligation, article 1144 à 1151», propos publiés avec l'avant projet sur le site www.justice.gouv.fr, p. 38.

precepto que extiende la técnica de las «cláusulas abusivas» al Derecho común de contratos, siempre que se trate de un contrato no negociado (art. 1122.2)³⁶. Otros dos artículos se refieren al tema. Son el artículo 1125.2, según el cual «*est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause*» y el artículo 1125.3 que establece que «*est réputée non écrite toute clause inconciliable ces éléments essentiels*».

En cuanto a la forma del contrato (arts. 1127 ss.) debe subrayarse su regulación, por primera vez en el Código –supuesto que el anteproyecto llegue a aprobarse–, y ello como consecuencia de la transposición de diversas Directivas comunitarias. Hasta la fecha, la cuestión se trataba caso por caso, o bien en el contexto de la prueba. Con todo, el anteproyecto dedica un subtítulo a la forma y, de esta manera, se distingue claramente de lo que todavía hoy es el Derecho positivo. Así, se recuerda el principio del consensualismo pero inmediatamente después se aborda, entre otras cuestiones, la del formalismo: forma solemne, *ad probationem* o incluso sólo a los fines de oponibilidad.

En cuanto a las sanciones (arts. 1129 ss.), el anteproyecto ha optado por situarlas el final del capítulo, al tratar de las condiciones de validez de los contratos. Las disposiciones a ellas referidas consagran las soluciones que ya conoce el Derecho positivo, especialmente en materia de nulidad, y adoptan expresamente la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa, según la naturaleza privada o general del interés protegido. Se ha abordado igualmente el tema del alcance de la nulidad y se consagra la posibilidad de que, en ciertos supuestos, ésta sea parcial. Se recuerda el carácter retroactivo de la nulidad y se realiza un reenvío a las disposiciones del anteproyecto que trata más específicamente el tema de la restitución. En fin, como ya se ha dicho, se incorporan las nociones de caducidad, inoponibilidad y sanación («*regularisation*»), inexistentes antes en el *Code*.

El efecto de los contratos (1134 ss.), materia a la que se vincula la interpretación y la cualificación del contrato y que constituye el núcleo del Derecho de contratos, ha sido objeto de un «lavado» que ha llevado a introducir en el anteproyecto soluciones que ya existían en el Derecho positivo (v. gr., el derecho de desistimiento, art. 1134.1)³⁷, pero que a veces también ha comportado un pronunciamiento en sentido contrario al apuntando por la jurisprudencia. En este sentido, se abandona el principio en virtud del cual se impone en todo caso la fuerza obligatoria de la declaración de voluntad (dentro de los límites legales) y en su lugar se introduce la posibilidad de contraer la obligación de renegociar el contrato en caso de onerosidad sobrevenida (art. 1135.1)³⁸. Destaca en esta materia la voluntad de completar al Código precisando las modalidades de interpretación en función del tipo de acto de que se trate. Efectivamente, éstas varían según se esté ante un acto unilateral o colectivo o según se trate de un conjunto de contratos vinculados. En fin, atendida la creciente cantidad de contratos innominados, los autores del ante-

³⁶ Artículo 1122.2: «[C]ependant, la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée».

³⁷ Artículo 1134.1: «[L]es parties peuvent, aux conditions de leur convention, de l'usage ou de la loi, se réserver la faculté de se dédire ou l'accorder à l'une d'elles».

³⁸ Artículo 1135.1: «[D]ans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles».

proyecto han optado por precisar los principios reductores de la calificación como, por ejemplo, el de la conversión (art. 1143)³⁹.

Ya se ha afirmado con anterioridad que la tipología de las especies de obligaciones ha sido ampliada con una nueva obligación, la de ceder el uso (art. 1146). También han sido precisadas las características particulares de las obligaciones. Se regulan las obligaciones monetarias (art. 1147), de valor (art. 1148), de medios y de resultado (art. 1149), la obligación de seguridad (art. 1150)⁴⁰, y la obligación natural (art. 1151)⁴¹.

Una de las materias en relación con las cuales el anteproyecto se muestra más audaz es la relativa al cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Lejos de querer tratar ahora con profusión el tema, sí vale la pena ofrecer a grandes líneas la tendencia de la reforma. El tema que presenta cambios más profundos es el relativo a la ejecución de la obligación de hacer porque, contrariamente a lo que siempre ha admitido el Derecho civil francés, el anteproyecto advierte de la necesidad de procurar, en la medida de lo posible, una ejecución «*in natura*» (art. 1154)⁴². En cuanto al incumplimiento, su régimen jurídico se ve modificado gracias a la admisión de una resolución unilateral no judicial del contrato (art. 1158)⁴³ por la que puede optar el acreedor, siguiendo en este punto la evolución de la jurisprudencia⁴⁴.

Bastan ahora solamente dos palabras sobre la restitución, que actualmente no es objeto de regulación en el *Code civil*, para decir que por primera vez el anteproyecto precisa cuál es el régimen jurídico⁴⁵. En cuanto a los efectos del contrato, el anteproyecto se muestra bastante fiel a las disposiciones del Código, recordando los dos principio, fundamentales en esta materia: relatividad y oponibilidad a terceros (art. 1165)⁴⁶; se admite también la teoría de

³⁹ Artículo 1143: «[L]’acte nul faute de répondre aux conditions de la validité correspondant à la qualification choisie par les parties subsiste, réduit, s’il répond aux conditions de validité d’un autre acte dont le résultat est conforme à leur volonté». Según los comentarios que acompañan al texto, «*c’est une application de la maxime potius ut valeat, ici par voie de requalification*».

⁴⁰ Artículo 1150: «[L]’obligation de sécurité, inhérente à certains engagements contractuels, impose de veiller à l’intégrité de la personne du créancier et de ses biens».

⁴¹ Artículo 1151: «[L]’obligation naturelle recouvre un devoir de conscience envers autrui. Elle peut donner lieu à une exécution volontaire, sans répétition, ou à une promesse exécutoire de s’en acquitter». Según las notas que acompañan al texto, «[L]e *devoir de conscience n’a pas besoin d’être qualifié légitime: il se suffit effectivement à lui-même*».

⁴² Artículo 1154: «[L]’obligation de faire s’exécute si possible en nature. [2] Son exécution peut être ordonnée sous astreinte ou un autre moyen de contrainte, sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel. [3] En aucun cas, elle ne peut être obtenue par une coercition attentatoire à la liberté ou à la dignité du débiteur. [4] A défaut d’exécution en nature, l’obligation de faire se résout en dommages-intérêts».

⁴³ Artículo 1158: «[I]l est loisible au débiteur de contester en justice la décision du créancier en alléguant que le manquement qui lui est imputé ne justifie pas la résolution du contrat. [2] Le juge peut, selon les circonstances, valider la résolution ou ordonner l’exécution du contrat, en octroyant éventuellement un délai au débiteur».

⁴⁴ Sobre el tema, ROCHFELD, «Remarques sur les propositions relatives à l’exécution et à l’inexécution du contrat: la subjectivation du droit de l’exécution», *Revue des contrats*, 2006, núm. 1, pp. 113 ss.

⁴⁵ Y.-M. SERINET, «Restitutions après anéantissement du contrat (arts. 1161 à 1164-7)», propos publiés avec l’avant projet sur le site www.justice.gouv.fr, p. 43.

⁴⁶ Artículo 1165: «[L]es conventions ne lient que les parties contractantes; elles n’ont d’effet à l’égard des tiers que dans les cas et limites ci-après expliquées. Sur la question v. de façon générale L. AYNES, «Les effets du contrat à l’égard des tiers (arts. 1165 à 1172-3 de l’avant projet de réforme)», *Revue des contrats* 2006, núm. 1, pp. 63 ss.

los grupos de contratos o contratos vinculados (arts. 1172 ss.)⁴⁷, en virtud de la cual ciertas cláusulas de un contrato podrían también aplicarse a otro (artículo 1172.1)⁴⁸ y el efecto de nulidad de un contrato, que propaga su ineficacia a los demás (art. 1172.2)⁴⁹. Destaca igualmente la introducción de la acción directa (art. 1168)⁵⁰ que, de aprobarse el texto que ahora se estudia, se ubicaría en el Código junto a las clásicas acciones oblicua y pauliana. Se introducen igualmente las aportaciones jurisprudenciales en materia de promesa de hecho de tercero y de estipulación a favor de tercero⁵¹.

Los tipos de obligación no son susceptibles de particulares comentarios, salvo acaso para subrayar la voluntad de simplificación de los autores del anteproyecto, a base de suprimir textos superfluos. Como regla general, prevalece la intención común de las partes por que «*elle permet de trancher toute difficulté et de conférer au régime de l'obligation conditionnelle la souplesse désirable*»⁵². Se reconoce la obligación facultativa, que permite al deudor liberarse a pesar de que la prestación ejecutada no sea la inicialmente acordada. Se introduce una condición no retroactiva («*condition extinctive*»). Y, en fin, se propone hacer constar expresamente las nociones de «término incierto» y «término suspensivo y extintivo». Relativamente a las obligaciones solidarias e indivisibles, sólo han tenido lugar cambios menores.

En sede de extinción de las obligaciones debe necesariamente aludirse a mecanismos extintivos, tales como el pago, la condonación, la compensación y la confusión. En cuanto al pago *stricto sensu*, debe simplemente apuntarse la idea de que se introduce expresamente la figura de la dación en pago y también reglas específicas para las obligaciones monetarias. Se consagra como principio el nominalismo monetario, sin que ello implique desconocer la deuda de valor. Existe un artículo dedicado a la cuestión de la moneda con la que se efectúa el pago⁵³. En cuanto a la condonación, se sigue en esencia lo que ya dispone el *Code*. No ocurre lo mismo con la compensación, a la que se añade el reconocimiento de la compensación legal, judicial y convencional,

⁴⁷ Artículo 1172: «[L]es contrats concomitants ou successifs dont l'exécution est nécessaire à la réalisation d'une opération d'ensemble à laquelle ils appartiennent sont regardés comme interdépendants dans la mesure ci-après déterminée».

⁴⁸ Artículo 1172.1: «[L]es clauses organisant les relations des parties à l'un des contrats de l'ensemble ne s'appliquent dans les autres conventions que si elles y ont été reproduites et acceptées par les autres contractants».

⁴⁹ Artículo 1172.2: «[T]outefois, certaines clauses figurant dans l'un des contrats de l'ensemble étendent leur effet aux contractants des autres conventions, pourvu que ceux-ci en aient eu connaissance lors de leur engagement et n'aient pas formé de réserves. [2] Il en est ainsi des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, des clauses compromissaires et des clauses d'attribution de compétence».

⁵⁰ Artículo 1168: «[C]ertains créanciers sont investis par la loi du droit d'agir directement en paiement de leur créance contre un débiteur de leur débiteur, dans la limite des deux créances. [2] L'action directe est également ouverte lorsqu'elle permet seule d'éviter l'appauvrissement injuste du créancier, compte tenu du lien qui unit les contrats».

⁵¹ Se establece, por ejemplo, la obligación de quien sucede al promitente de cumplir la obligación de su causante (art. 1170.1) y la libre revocabilidad de la estipulación mientras no sea aceptada por el tercero (art. 1171.1.1).

⁵² J.-J. TAISNE, «Obligations conditionnelles, à terme, alternatives et facultatives (art. 1173 à 1196), propos publiés avec l'avant projet sur le site www.justice.gouv.fr, p. 52.

⁵³ Artículo 1226: «[L]e paiement en France d'une obligation de somme d'argent se fait dans la monnaie qui y a cours. Toutefois, si l'obligation procède d'un contrat international ou d'un jugement, il est possible de prévoir que l'exécution se fera en France en unités monétaires étrangères».

además de considerar expresamente la de las deudas conexas⁵⁴. También son de orden menor las modificaciones relativas al régimen de la confusión.

En cuanto a la cesión de créditos⁵⁵, se siguen criterios que, en palabras del profesor Catala, son de la máxima modernidad e innovación⁵⁶. Un ejemplo es la admisibilidad expresa de la cesión de créditos futuros. Por lo demás, requisito de oponibilidad a terceros de la cesión es simplemente la constancia por escrito del acto que, en relación con el deudor, adquiere plena eficacia a partir de la notificación. Los derechos del cesionario frente al deudor cedido, así como las excepciones de que éste dispone frente a aquél, se analizan en sede de subrogación personal. En cuanto a la delegación, el texto del anteproyecto la distingue netamente de la novación y la plantea como un mecanismo autónomo.

Las reglas de prueba (arts. 1283 ss.)⁵⁷ permanecen prácticamente inmutables y el anteproyecto se conforma con solamente transponer el «*acquis jurisprudentiel*»⁵⁸ en la materia y eliminar el escrito electrónico de la regla del doble original. La cuestión no merece ulteriores comentarios.

Finalmente, las normas sobre cuasicontratos (arts. 1327 ss.)⁵⁹ siguen en muy buena parte las que ya existen en el *Code civil*, si bien se añade la novedad derivada de la jurisprudencia y de la doctrina, en el sentido de considerar que la gestión de negocios puede referirse tanto a actos materiales como a actos jurídicos. Se consagra también la teoría del enriquecimiento sin causa.

7. Conclusiones

Es difícil pronunciarse a propósito de una empresa tan enorme como la que se ha llevado a cabo en un tiempo tan corto. El carácter descriptivo de las páginas precedentes no permiten comentarios críticos elaborados, teniendo en cuenta, además, que las críticas al *Code* de 1804 sólo han aflorado a lo largo de sus más de doscientos años de historia. El anteproyecto de 2005, por el contrario, no es un texto bicentenario. Me contentaré, pues, con expresar algún lamento de carácter muy general. El primero se refiere a la presencia tan reducida –por no decir inexistente– de los prácticos en la elaboración de este proyecto. Los redactores del *Code* de 1804 conocían bien la práctica ¡y no puede decirse que su obra no haya sido longeva! Sin duda ello ha sido así porque el *Code* reflejaba mucho más el Derecho pretorio que el de los

⁵⁴ Artículo 1248: «[L]orsque deux dettes sont connexes, le juge ne peut écarter la demande en compensation au motif que l'une d'entre elles ne réunit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité».

⁵⁵ Artículo 1251: «[L]a cession de créance est une convention par laquelle le créancier cédant, transmet tout ou partie de sa créance à un tiers cessionnaire, par vente, donation ou autre titre particulier».

⁵⁶ CATALA, «Bref aperçu», p. 538.

⁵⁷ Artículo 1283: «[C]elui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. [2] Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation».

⁵⁸ Ph. STOFFEL-MUNCK, «Preuve des obligations (art. 1283 à 1326-2), propos publiés avec l'avant projet sur le site www.justice.gouv.fr, p. 61.

⁵⁹ Artículo 1327: «[L]es quasi-contrats sont des faits purement volontaires, comme la gestion sans titre de l'affaire d'autrui, le paiement de l'indu ou l'enrichissement sans cause dont il résulte, un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui».

manuales o las revistas jurídicas. No puedo dejar de citar aquí al profesor Hugh Beale, quien, en su calidad de *law commissioner*, y a propósito del proyecto, se expresaba en los siguientes términos:

«[...] *il est remarquable – et admirable – qu’une telle réforme ait été entreprise pour la plus grande partie, par des universitaires. En Angleterre, les professionnels ne le permettraient jamais*»⁶⁰.

Además, todavía cabría hacer un reproche, esta vez relacionado con la mínima influencia que ha tenido el Derecho comparado⁶¹. Ciertamente, determinadas modificaciones en materia de incumplimiento, así como la plasmación concreta de la necesidad de renegociar en caso de onerosidad sobrevenida o la facultad de desistimiento unilateral, son testimonio evidente de la influencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros. Pero ¿y las cláusulas abusivas? Además de una regulación redundante, al tema sólo se dedican tres artículos sin que, por lo demás, exista una verdadera unidad de disciplina. El Derecho alemán hubiera podido servir de guía y de inspiración a fin de que la materia encuentre por fin su lugar fuera del Derecho del consumo.

Se puede, en fin, dudar, del carácter liberal moderado del texto del anteproyecto, a la vista de la regulación de ciertas instituciones, que, en apariencia moderadamente liberales, en cambio corren el peligro de virar hacia un liberalismo más radical. Pienso en la desjudicialización de la resolución que, por lo demás, puede ser unilateral⁶². Se corre el riesgo de que el juez sea un simple homologador de la decisión unilateral de una de las partes⁶³. Si bien a esta crítica se puede contrarreplicar que la decisión de resolución unilateral no es algo que se tome a la ligera, por las graves consecuencias económicas que la misma comporta, aún debería tenerse en cuenta que ello depende siempre del poder económico de los contratantes.

Sea como fuere, bienvenido sea el debate a propósito de la reforma y, sobre todo, sobre la manera cómo debiera llevarse a cabo la revisión del Derecho francés de obligaciones, de cuya necesidad no existe duda alguna. ¡Ojalá las críticas que se viertan sobre el mismo sean de tanta o calidad como la que el texto presenta!

⁶⁰ H. BEALE, «La réforme du droit français des contrats et le droit européen des contrats», perspective de la *law commission* anglaise», *Revue des contrats* 2006, pp. 135 ss.

⁶¹ Sobre el tema, B. FAUVARQUE-COSSON, «La réforme du droit français des contrats: perspective comparative», *Revue des contrats* 2006, pp. 147 ss.

⁶² V. sobre la materia, ROCHFELD, «Remarques», *op. cit.*

⁶³ *Ibid.*, p. 127.

Rapports nacionales de Derecho privado europeo,
comparado y comunitario (2005-2006)

ALEMANIA

MARTIN EBERS

Bibliografía (2005-2006)

I. RECOPIACIÓN DEL TEXTOS, MANUALES Y LÉXICOS
SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO

ARNDT, Hans-Wolfgang: *Europarecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2006.

BIEBER, Roland; KNAPP, Wolfgang (eds.): *Recht der Europäischen Union, Textsammlung*, Baden-Baden, Nomos, 2006.

ENCHELMAIER, Stefan: *Europäisches Wirtschaftsrecht: Studienbuch*, Kohlhammer, Stuttgart, 2005.

FRENZ, Walter: *Handbuch Europarecht*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2006.

MICKEL, Wolfgang W.; BERGMANN, Jan M. (eds.): *Handlexikon der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2005.

SCHULZE, Reiner; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Europäisches Privatrecht, Basistexte*, Nomos, Baden-Baden, 2005.

II. CUESTIONES GENERALES

BALDUS, Christian; MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian: *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, Sellier, München, 2006.

IHNS, Astrid: *Entwicklung und Grundlagen der europäischen Rechtsangleichung, Studien zum Öffentlichen Recht, Völker- und Europarecht, Band 9*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2005.

LEHNE, Klaus-Heiner; SCHOLEMANN-LEHNE, Silvia: *Auf dem Weg zum Europäischen Zivilgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 2006.

SELL, Tina: *Das Gebot der einheitlichen Auslegung gemischter Abkommen. Die Auslegungszuständigkeit des EuGH*, Europäische Hochschulschriften, Reihe 2: Rechtswissenschaft, Band 4383, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2006.

III. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

ALTHOFF, Nina: *Die Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen der Rasse und der ethnischen Herkunft in der Europäischen Gemeinschaft ausgehend von Art. 13 EG*, Schriften zum Europa- und Völkerrecht und zur Rechtsvergleichung, Band 20, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2006.

DAMMANN, Jens C.: *Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.

LEIBLE, Stefan; SCHLACHTER, Monika (eds.): *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier, München, 2006.

IV. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

AYE, Lutz: *Verbraucherschutz im Internet nach französischem und deutschem Recht. Eine Studie im Lichte der europäischen Rechtsangleichung*, Europäische Hochschulschriften, Band 4180, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2005.

BADEL, Thomas: *Aufrechnung und internationale Zuständigkeit unter besonderer Berücksichtigung des deutsch-spanischen Rechtsverkehrs*, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht, Band 103, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2005.

BERGMANN, Nina: *Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie in das italienische Recht im Vergleich zur deutschen Rechtslage*, Shaker, Aachen, 2005.

CALLIESS, Graf-Peter: *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.

DONOU, Antonios: *Erfüllung und Nacherfüllung. Das Verhältnis des ursprünglichen Erfüllungsanspruches zum Nachlieferungs- und Nachbesserungsanspruch beim Sachkauf unter besonderer Berücksichtigung von Stückschulden im neuen Schuldrecht*, Europäische Hochschulschriften, Band 4300, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2006.

FRANZ, Einiko B.: *Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags. Schutz des Arbeitnehmer-Verbrauchers und seine Grenzen. Insbesondere das Widerrufsrecht gem. §§ 312, 355 BGB*, Schriften zum Deutschen und Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, Band 2, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2006.

GÄRTNER, Anette: *Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland und Großbritannien, Studien zum deutschen und europäischen Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*, Band 5, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2005.

- JÄGER, Torsten: *Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Mindestharmonisierung, der richtlinienorientierten Auslegung und des Vorabentscheidungsverfahrens*, Nomos, Baden-Baden, 2006.
- KRIEGER, Kai: *Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des deutschen Rechts*, Kölner Schriften zum internationalen und europäischen Recht, Band 11, LIT-Verlag, Münster, 2005.
- MÜHLHANS, Christina: *Die Umsetzung der Klausel-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf den Binnenmarkt, Eine Untersuchung anhand der Umsetzungsgesetze zur Richtlinie 93/13 EWG in Deutschland, Frankreich und im Vereinigten Königreich*, Studien zum Völker- und Europarecht, Band 12, Kovac, Hamburg, 2005.
- NOBIS, Steffi: *Missbräuchliche Vertragsklauseln in Deutschland und Frankreich. Zur Umsetzung der Klauselrichtlinie 93/13 EWG des Rates*, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- PAULMANN, Steffen: *Wirksamkeit von Haftungsausschlüssen und -begrenzungen im deutsch-französischen Warengeschäftsverkehr. Unter besonderer Berücksichtigung der UNIDROIT-Principles und der Principles of European Contract Law*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 2005.
- SCHINDLER, Thomas: *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung. Die englische duress-Lehre in rechtsvergleichender Perspektive, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, Band 139, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.
- SCHULTHEIB, Jörg: *Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht. Eine vergleichende Analyse des Einheitsrechts mit dem Recht Deutschlands, Österreichs, der Schweiz, Frankreichs und der USA*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 2004.
- STAVROPOULOS, Gerasimos: *Verbraucherkreditrechtliche Vorgaben für Finanzierungsleasingverträge nach deutschem und europäischem Recht*, Europäische Hochschulschriften, Band 4208, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2005.
- ULTSCH, Michael L.: *Der einheitliche Verbraucherbegriff. §§ 13, 14 BGB: Nationale Vereinheitlichung im Lichte europäischer Vorgaben, Europäisches Privatrecht*, Band 32, Nomos, Baden-Baden, 2006.
- ZSERNAVICZKY, Peter: *Die Umsetzung der gewährleistungsrechtlichen Vorschriften der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Ungarn und England*, Berlin, dissertation.de, 2005.

V. RESPONSABILIDAD Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

- KRUSE, Constantin: *Alternative Kausalität im Deliktsrecht. Eine historische und vergleichende Untersuchung*, Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung-Münster Studies in Comparative Law, Band 117, LIT-Verlag, Münster, 2006.

LÜCK, Dorothea: *Neuere Entwicklungen des deutschen und europäischen Internationalen Deliktsrechts*, Kovac, Hamburg, 2006.

MAYR, Vincent: *Schutzpflichten im deutschen und französischen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Einbeziehung der europäischen Rechtsharmonisierung*, Europäische Hochschulschriften, Band 4140, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2005.

MÖLLER, Reinhard: *Das Präventionsprinzip des Schadensrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.

ZIMMERMANN, Reinhard (ed.): *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts. Tagung der privatrechtlichen Sektion der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Dresden*, September 2003, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

VI. DERECHO EUROPEO DE BIENES

WOHLGEMUTH, Peter: *Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitsrechts, Deutsches, Europäisches und Vergleichendes Wirtschaftsrecht*, Band 42, Nomos, Baden-Baden, 2005.

ZIMMERMANN, Franc: *Mobiliar- und Unternehmenshypothen in Europa. Auswirkungen der Grundfreiheiten des EG-Vertrages auf das nationale Sachrecht*, Studien zum europäischen Privat- und Prozeßrecht, Band 10, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2005.

VII. DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

BLOSS, Annemarie: *Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Preisausschreiben und Gewinnspielen. Neue Entwicklungen auf nationaler und europäischer Ebene*, Europäische Hochschulschriften, Band 4314, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2006.

DEICHSEL, Jan Valentin: *Verbraucherschutz im Lauterkeitsrecht in Skandinavien und Deutschland. Der verhältnismäßige Verbraucherschutz als Eingriffsmaßstab im nationalen und europäischen Lauterkeitsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2006.

EHRICH, Mirko: *Der internationale Anwendungsbereich des deutschen und französischen Rechts gegen irreführende Werbung. Freie Wahl von Form und Mittel, Rom II und Herkunftslandprinzip*, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht, Band 121, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2006.

KEBBEDIES, Astrid: *Vergleichende Werbung. Die europäischen Harmonisierungsbemühungen im deutschen und englischen Lauterkeitsrecht*, Vandenhoeck & Ruprecht unipress, Göttingen, 2005.

SANDMANN, Silke: *Umsetzung von Europarecht in Italien. Das La Pergola-Gesetz als Lösung eines langjährigen Problems*, Schriften zum Europa- und Völkerrecht und zur Rechtsvergleichung, Band 18, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2006.

TILLER, Sebastian: *Gewährleistung und Irrführung, Eine Untersuchung zum Schutz des Verbrauchers bei irreführender Werbung*, C. H. Beck, München, 2005.

VIII. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

BOCCAFOSCHI, María Emanuela: *Zuständigkeits- und Gerichtsstandsvereinbarungen im deutschen und italienischen Recht. Unter besonderer Berücksichtigung des EuGVÜ und der EuGVVO*, Europäische Hochschulschriften, Band 4112, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2005.

KROPHOLLER, Jan: *Europäisches Zivilprozeßrecht: Kommentar zu EuGVO, Lugano- Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel*, Recht und Wirtschaft, Frankfurt a.M., 2005.

LYNKER, Thomas: *Der besondere Gerichtsstand am Erfüllungsort in der Brüssel I- Verordnung (Art. 5 Nr. 1 EuGVVO)*, Europäische Hochschulschriften, Band 4336, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2006.

MITTENZWEI, Eike Christian: *Die Verhinderung von Verfahrenskollisionen nach deutschem und europäischem Zivilprozessrecht*, Europäische Hochschulschriften, Band 4339, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2006.

MÜLLER, Julia M.: *Verbandsklagebefugnisse im italienischen Recht*, Europäische Hochschulschriften, Band 4354, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2006.

NAUDI, Anna Alsina: *Die Umsetzung des europäischen Zivilprozessrechts in Spanien. Zuständigkeit, einstweiliger Rechtsschutz, Anerkennung und Vollstreckung*, Kovac, Hamburg, 2005.

NIEROBA, Alice: *Die europäische Rechtshängigkeit nach der EuGVVO (Verordnung (EG) Nr. 44/2001) an der Schnittstelle zum nationalen Zivilprozessrecht*, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht, Band 119, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2006.

RAUSCHER, Thomas (ed.): *Europäisches Zivilprozeßrecht*, Sellier, München, 2006.

WUTTKE, Tobias: *Die Europäisierung des Wettbewerbsrechts: der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im lauterkeitsrechtlichen Irreführungsgebot*, Karlsruher Schriften zum Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Band 9, Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 2005.

Legislación (2006)

PROMULGADO POR VEZ PRIMERA UN DECRETO EN FORMA ELECTRÓNICA

Por primera vez, el pasado 20 de febrero de 2006, ha sido promulgado en Alemania una disposición legal en el Boletín Oficial electrónico disponible en Internet en la dirección www.ebundesanzeiger.de. Decretos y leyes electrónicos ya existen en otros países, pero constituye una auténtica novedad en Alemania. De momento, se contempla sólo en casos aislados, para los que es necesario dar inmediato conocimiento al público de su contenido, por ejemplo, para el caso de que exista peligro para el cuerpo o la vida de las personas o de los animales. Esta vez se trata de un Decreto del Ministerio de Alimentación, Agricultura y Medio Ambiente, entrado en vigor un día después de su promulgación, para proteger de la gripe aviaria a las especies voladoras salvajes. El Ministerio de Justicia se plantea ampliar la extensión de este método a, en general, la promulgación de cualquier ley y no sólo a las que respondan a necesidades especiales.

NUEVO REGISTRO ELECTRÓNICO DE EMPRESAS

El Estado alemán ha decidido promulgar, en el año 2006, una ley de registro electrónico de comerciantes, cooperativas y empresas (EHUG). A partir del 1 de enero de 2007, los principales datos de las empresas podrán ser consultados *on line* en la dirección www.unternehmensregister.de. Así, por ejemplo, los datos de registro o bien el balance anual. La ley es el resultado de la transposición de la Directiva 2003/58/EG, de modificación de la 1.^a Directiva sobre sociedades, parte de la Directiva 2004/109/CE, sobre transparencia en la información de las sociedades que emiten valores sometidos a cotización, así como los acuerdos de la Comisión gubernamental sobre el código alemán de Gobierno Corporativo.

PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

Alemania está obligada a transponer las cuatro Directivas que protegen frente a la discriminación en el Derecho privado. Se trata de las Directivas 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2002/73/CE, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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, y la Directiva 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Las normas afectan muchos ámbitos del ordenamiento jurídico, siendo la principal intención la de incidir en la ocupación y el empleo. Las disposiciones tienen su ámbito de aplicación tanto frente

al empresario, como frente al que sólo contrata jóvenes en período de formación o frente al mismo servicio público. El Derecho privado se ve afectado en la medida en que las relaciones jurídicas se refieran a contratos de suministro de bienes y servicios o a alquileres.

Aunque el plazo de transposición de la mayoría de las citadas Directivas ya ha transcurrido, todavía no existe en Alemania ningún resultado concreto. El *Diskussionsentwurf* del año 2001, que preveía sobre todo modificaciones en el BGB, suscitó tantas críticas que, al final, fue retirado. También fracasó el proyecto de la coalición de fecha 16 de diciembre de 2004 (BT-Drucks 15/4538). Todavía existe el peligro de que la falta de transposición implique sanciones al Estado por los daños causados a los particulares (*ex art. 288.2 TCE*; TJCE asunto C-6/90 y C-9/90-Francovich), puesto que el Derecho alemán actualmente en vigor no permitiría ser interpretado de conformidad con el comunitario. El pasado mes de mayo de 2006, finalmente, la gran coalición ha adoptado un proyecto de transposición, en virtud del cual las cuatro Directivas se transpondrán en una única ley independiente. En las próximas crónicas daremos noticia de ello.

ESPAÑA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS Y SUSANA NAVAS NAVARRO

Bibliografía

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: *El título ejecutivo europeo*, Civitas, Madrid, 2006, 257 pp., ISBN: 84-4702-498-9.

VIRGÓS SORIANO, Miguel; RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: *Espacio judicial europeo en materia civil y mercantil: jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas*, Civitas, Madrid, 2005, 942 pp., ISBN: 84-4702-482-2.

II. DERECHO CIVIL Y MERCANTIL

1. Derecho de contratos

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, 733 pp., ISBN: 84-7879-989-3.

CAÑIZARES LASO, Ana (dir.): *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 312 pp., ISBN: 84-3094-358-7.

- CUEVILLAS MATOZZI, Juan Carlos: *La Oferta Contractual en el Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia; Servicio de Publicaciones, Cádiz, 2005, 262 pp., ISBN: 84-8456-368-5.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: *La firma electrónica. Aspectos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre*, Reus (ed.), Madrid, 2006, 142 pp., ISBN: 84-2901-436-5.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel (coord.): *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, 870 pp., ISBN: 84-8951-071-7.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2005, 478 pp., ISBN: 84-9767-953-9.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, M.^a Ángeles: *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Centro de Estudios Ramón Areces-Universidad de Alcalá, Madrid, 2006, 254 pp., ISBN: 84-8004-738-0.
- MOZOS, José Luis de los: *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Colegio de Registradores de España, Madrid, 2005, 398 pp.
- QUICIOS MOLINA, Susana: *Efectos de las garantías reguladas por la Ley de ventas a plazos de bienes muebles en caso de incumplimiento del comprador*, Aranzadi, Pamplona, 2006, 202 pp., ISBN: 84-9767-641-6.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María: *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos ¿Hacia una unificación de la hermenéutica contractual?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 437, ISBN: 84-8456-291-3.

2. Marcas y modelos de utilidad

- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.^a Cristina: *Los motivos legítimos que impiden el agotamiento del Derecho de marca: el artículo 72 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados en materia de marcas y el artículo 36.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas*, Comares, Granada, 2005, 249 pp., ISBN: 84-8444-394-9.
- GONZÁLEZ, Inmaculada: *La protección jurídica de las invenciones menores en la Unión Europea: especial referencia al modelo de utilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 525 pp., ISBN: 84-8456-469.

3. Sociedades

- AAVV: *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Aranzadi, Pamplona, 2006, 566 pp., ISBN: 84-9767-602-5.
- ROCA I JUNYENT, Miquel; NAVALES, Carles: *La sociedad anónima europea: crónica de un largo camino*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2005, 164 pp., ISBN: 84-3936-917-4.

4. Propiedad intelectual

GÓMEZ ROSENDO DEL TORO, Antonio: *El Derecho de autor en la Unión europea*, Sociedad General de Autores y Editores, 2006, 352 pp., ISBN: 84-8048-6.

5. Derecho de familia

SANZ CABALLERO, Susana: *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 397, ISBN: 84-8456-387-1.

III. TRUSTS

MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia: *El instituto del «trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de «Civil Law»*, Aranzadi-Thomson, Cizu Menor (Navarra), 2005, 285 pp., ISBN: 84-9767-531-2.

IV. OTROS

FIGUERUELO, Ángela (dir.): *Las mujeres en la Constitución europea. Estudios multidisciplinares de género*, Salamanca, 2005, pp. 339, ISBN: 84-7800-525-0.

Legislación

SUSANA NAVAS NAVARRO

Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios («BOE» núm. 134, de 6 de junio de 2006, pp. 21230 ss.).

La Ley 19/2006, que reseñamos, tiene por objetivo principal la incorporación al Derecho español de la *Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual*, y como objetivo secundario, puesto que lo hace en la disposición final cuarta, incorporar dos nuevas disposiciones finales a la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (= LEC), que responden a la necesidad de establecer medidas que faciliten la aplicación en España del *Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, y del *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales*

en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.

Vayamos al objetivo principal destacado. Aquí las novedades a reseñar son las siguientes:

a) De entrada, hay que destacar que el concepto comunitario de *propiedad intelectual*, no se corresponde con el concepto nacional. En efecto, para el Derecho comunitario, la propiedad intelectual engloba lo que, en Derecho español, se comprende, por razones histórico-legislativas, dentro del término *propiedad industrial* (básicamente, patentes, marcas y diseño industrial). Esto implica que la incorporación de la referida Directiva al Derecho interno español afecte a diversas leyes. Concretamente, la Ley de propiedad intelectual, aprobado su texto refundido por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (= LPI); la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes (= LP); la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas (= LM); la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial (= LPJDI), y, por supuesto, la LEC. No deja de sorprender que estando en ciernes la reforma sustancial de la LPI (*vid.* en esta misma crónica la referencia al Proyecto de LPI), se haya modificado ahora la misma, sin intentar aglutinar y coordinar la reforma en una única ley y no en dos diferentes.

b) La Ley 19/2006 establece una *nueva diligencia preliminar* dentro del artículo 256, nuevos números 7.º y 8.º, LEC para permitir instar de un órgano jurisdiccional civil el requerimiento de información (*derecho de información*) sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios en los que se concrete la infracción a los derechos de propiedad intelectual e industrial. Esta información tiene como finalidad servir a la preparación de un juicio por infracción de los aludidos derechos. Además, se establece otra *nueva diligencia preliminar* cuyo contenido es el acceso a documentos bancarios, financieros o comerciales que estén en posesión del infractor (arts. 328.3 y 733.2 LEC). El contenido de esta diligencia preliminar también se configura como diligencia de prueba para facilitar la obtención de pruebas en el curso de un proceso por infracción de los derechos a los que nos venimos refiriendo. La finalidad de la regulación de la práctica de estas diligencias es garantizar la confidencialidad de la información requerida y que el contenido de la misma no pueda utilizarse para fines distintos a los previstos en la norma. En caso de negativa de la persona requerida, el juez podrá, mediante auto motivado, acordar que dichas diligencias se practiquen siempre tomando como norte el principio de la proporcionalidad (art. 261 LEC). Asimismo se han introducido en la LEC *medidas de aseguramiento de la prueba* antes del inicio del proceso, las cuales pueden ser adoptadas *inaudita parte* (arts. 297.2 y 4, art. 298.4, 5, 6, 7, 8 LEC).

c) La Directiva 2004/48/CE también ha regulado la *reparación del perjuicio sufrido* como consecuencia de una infracción de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Concretamente, configura *dos módulos de cálculo* de la indemnización. El primer módulo comprende las consecuencias económicas negativas que haya sufrido la persona perjudicada y también el daño moral. El segundo módulo supone la satisfacción de una cantidad a tanto alzado, basada en la remuneración que habría percibido el perjudicado si el infractor hubiera solicitado su consentimiento para explotar el derecho de propiedad intelectual o industrial de que se trate. En cualquier caso, deben tenerse en cuenta en la cuantía indemnizatoria los gastos sufragados por el perjudicado como consecuencia de la investigación para la obtención de

pruebas de la comisión de la infracción (art. 140 LPI, art. 66 LPI, art. 43 LM y art. 55 LPJDI).

d) Además, se *amplía el elenco de acciones* a ejercitar por la persona perjudicada para la adopción de medidas, a cargo del infractor, para que cese la infracción también para el futuro. Asimismo tiene acción para que cese la actividad ilícita y que se opten las *medidas cautelares que procedan contra los intermediarios* (arts. 138-139 LPI, arts. 63 y 135 LP, art. 41 LM y art. 53 LPJDI). Concretamente, en materia de propiedad intelectual, se admite la posibilidad de instar la *publicación total o parcial de la resolución arbitral o judicial* a costa del infractor (art. 138 LPI) y de solicitar *medidas cautelares urgentes* para impedir cualquier actividad que pudiera lesionar el derecho de autor aunque aún dicha actividad no hubiera comenzado (art. 141.2 LPI).

e) Se da nueva redacción al artículo 132 LPI para establecer a favor de los titulares de *otros derechos de propiedad intelectual* (los mal denominados *derechos conexos o vecinos*) la misma protección que al autor.

f) La incorporación de la Directiva 2004/48/CE ha supuesto la modificación de determinados preceptos del *título XIII de la LP* que también son de aplicación, por remisión, a la LM y a la LPJDI. En concreto, las normas afectadas son las contenidas en los artículos 129, 134 y 139.1 LP. Hay una derogación, la relativa al artículo 128 LPI y, en fin, para adecuar la LPJDI a la LEC se modifica el artículo 54 de la primera.

Finalmente, en relación con el objetivo secundario referido, se introducen dos disposiciones finales en la LEC:

a) la vigésimo primera que contempla las medidas para facilitar la aplicación en España del *Reglamento (CE) núm. 805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, donde se centra en la *certificación judicial* de un título ejecutivo europeo;

b) la vigésimo segunda que contempla las medidas para facilitar la aplicación en España del *Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental que a su vez deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000*, donde también se hace referencia a la *certificación judicial* de estas resoluciones.

FRANCIA

CYRIL NOURISSAT Y ELISE POILLOT

Bibliografía (2005-2006)

ELISE POILLOT

I. CÓDIGOS

Code de droit social européen par B. Teyssié, LexisNexis Litec 2006

II. LIBROS

1. **Derecho internacional privado**

FULCHIRON, H. et NOURISSAT, C.: *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Collection thèmes et commentaires, Dalloz, 2005.

2. **Derecho institucional de la Unión Europea**

SNYDES, F. (sous la dir. de): *L'élargissement de la nouvelle Europe après 2004*, Bruylant, 2005.

3. **Derecho material de la Unión Europea**

BLASSELLE, P.: *Traité de droit européen de la concurrence*, t. I et II, Publisud, 2005.

MALHERBE, J.: *La société européenne*, Bruylant, 2005.

MONJAL, P.-Y.: *Glossaire des termes juridiques européens*, Gualino, 2005.

4. **Derechos humanos**

FLAUSS, J.-F.: *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005.

TAVERNIER, P.: *La France et la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence de 2004*, Bruylant, 2005.

5. **Derecho de obligaciones**

Droit des obligations, responsabilité civile. Délit et quasi-délits, 3^{ème} éd. LexisNexis Litec, coll. Objectif Droit 2006-06-04.

6. **Tesis y obras colectivas**

COËFFARD, P.: *Garantie des vices cachés et responsabilité de droit commun*, Préface de Ph. Rémy, LGDJ, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2005.

DAMY, G.: *Les aspects juridiques des fusions et acquisitions bancaires nationales et européennes*, Préface de Gilles J. Martin, Litec, 2005.

RENET, Th. (sous la dir. de): *Code civil et modèles, Des modèles du code au Code comme modèle*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2005.

Varii auctores, De tous horizons, Mélanges Blanc-Jouvan, Société de législation comparée, 2005.

Varii auctores, Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Defrénois, 2005.

II. ARTÍCULOS

- BERG, O.: «L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française», *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 2006 núm. 1, pp. 53 ss.
- CATALA, P.: «Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations», *Dalloz*, 2006, pp. 535 ss.
- GRIMALDI, M.; FAUVARQUE-COSSON, B.: «La promotion de notre système juridique s'organise: la constitution d'une fondation pour le droit continental», *Dalloz*, 2006, núm. 145, pp. 996 ss.
- DELMAS-MARTY, M.: «Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques», *Dalloz*, 2006, núm. 14, pp. 951 ss.
- LAITHIER, Y.-M.: «A propos de la réception du contrat relationnel en droit français», *Dalloz*, 2006, núm. 15, pp. 1003 ss.
- LUBY, M. et POILLOT-PERUZZETTO, S. (sous la direction de): «Chronique de droit international et européen», *J. C. P.*, 2006, I 107.
- NOURISSAT, C.: «Droit civil de l'Union européenne: panorama 2005», *Dalloz*, 2006, núm. 19, p. 1259.
- POILLOT, E.: «Le droit comparé au service de la compréhension de l'acquis communautaire en droit privé, l'exemple du droit de rétractation dans la directive 94/47/CE sur la vente à distance», *Revue internationale de droit comparé*, 2005, núm. 4, pp. 1017 ss.
- SCHULZE, R.: «Des principes de la conclusion du contrat dans l'acquis communautaire», *Revue internationale de droit comparé*, 2005, núm. 4, pp. 587 ss.
- SUDRE, F.: «Chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme», *J. C. P.*, 2006, I 109.
- SAMPIERI-MARCEAU, J.-F.: «Les significations d'actes judiciaires et extra-judiciaires dans la Communauté européenne», *Dalloz*, 2006, núm. 15, pp. 1013 ss.

Legislación y Jurisprudencia**CYRIL NOURISSAT**

La Directiva 85/374/CEE 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* (DO L 210, p. 29) ocupa de nuevo un

lugar privilegiado en la sección legislativa de esta crónica, dedicada a la transposición de Directivas comunitarias en Francia. Como se sabe, la norma ha sido implementada con mucho retraso en el Código Civil en los artículos 1386-1 ss., mediante una Ley de 19 de mayo de 1998. Tal demora, así como una transposición que se estimó ser en parte no conforme propiciaron la ocasión para que el TJCE se pronunciase, en una primera sentencia muy comentada (TJCE de 25 de abril de 2002, *Commission/France*, C-52/00, Rec. p. I-3827). Retrospectivamente considerada, esta sentencia constituye la primera toma de conciencia por parte de los privatistas franceses de la importancia creciente del Derecho comunitario y de su impronta sobre el Derecho civil. Aquél empieza a concebirse –al menos entre una parte de la doctrina– no sólo como una fuente de renovación del Derecho privado, sino también como fuente de renovación de las propias fuentes del Derecho privado. Por lo demás, pero no menos importante, la sentencia ha obligado al observador a familiarizarse con una visión diferente del Derecho del consumo, que no es ya únicamente una fuente de protección de la persona que se encuentra en una posición de inferioridad, sino que se reputa una rama del Derecho puesta al servicio de la construcción de un mercado en el que la libre circulación y la libre competencia son pilares fundamentales.

Son tres las sentencias del TJCE de principios del año 2006 que retienen nuestra atención. Por si fuera necesario, las tres demuestran que el texto de la Directiva sobre productos defectuosos no es de fácil manejo, puesto que comporta dificultades de interpretación y siempre con relación a cuestiones muy parecidas. Una de ellas concierne a Francia e ilustra un caso de «omisión sobre la omisión» (CJCE, 14 mars 2006, *Commission c/ France*, C-177/04, Rec. I-000). Será la que se analice en las líneas que siguen.

Sería fácil tratar de criticar nuevamente la incapacidad francesa de adoptar correctamente y conforme con las exigencias comunitarias las Directivas y el recurso frecuente a la técnica poco satisfactoria de los decretos (*ordonnances*). Esta vez, la obligación contraída por el Parlamento de proceder a la ratificación de la *Ordonnance* núm. 2005, de 136, de 17 de febrero de 2005, *relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur*, ha dado lugar a la promulgación de la Ley núm. 2006-406, de 5 de abril de 2006, *relative à la garantie de conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur et à la responsabilité du fait des produits défectueux* (JORF, 6 avr. 2006, p. 5198), mediante la cual el legislador francés incorpora un nuevo artículo 1386-7 en el Código Civil que dispone que:

«[S]i le producteur ne peut être identifié, le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur ou du loueur assimilable au crédit-bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel, est responsable du défaut de sécurité du produit, dans les mêmes conditions que le producteur, à moins qu'il ne désigne son propre fournisseur ou le producteur, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de la victime lui a été notifiée.»

Desde la primera constatación de la falta de transposición conforme de la Directiva hasta que esto tiene lugar de manera definitiva (¿definitiva?), ha sido necesario el transcurso de cuatro años, si bien los plazos se acortan a partir de la sentencia del pasado 14 de marzo, tras la promulgación de la citada ley del mes de abril que trata de remediar los defectos de la primera transposición. Desde luego, no puede dejar de tenerse en consideración a la

hora de analizar la rapidez con la que se ha procedido a corregir el defecto que esta última sentencia imponía una multa por cada día de retraso que ascendía a 31.650 euros diarios, a contar desde el día de publicación de la sentencia. La lógica de la preservación del equilibrio de los presupuestos estatales es un motivo más que justificado de urgencia para legislar en materia civil.

Pero, más allá de todas estas consideraciones, la sentencia plantea otro tipo de problemas que afectan a cuál sea el espíritu y la filosofía de la Directiva en cuestión. Ante la perspectiva de una eventual modificación del texto por parte de la Comisión, la decisión del TJCE nos invita a volver sobre el régimen de la responsabilidad por productos defectuosos y sobre el grado de protección de la víctima que el Derecho comunitario pretende asegurar.

A este respecto y con ocasión de una primera respuesta a una cuestión prejudicial, dada el 10 de enero de 2006 en el caso *Skov Aeg* (C-402/03, Rec. I-000), el TJCE recuerda que:

«[L]a détermination du cercle des responsables opérée aux articles 1^{er} et 3 de [la directive] doit être considérée comme exhaustive [et] ne prévoit la responsabilité du fournisseur que dans l'hypothèse où le producteur ne peut pas être identifié.»

La Directiva no establece, pues, como regla general, que el proveedor responda por el productor. Ahora bien, sería posible una regla nacional en virtud de la cual el proveedor respondiera ilimitadamente por el hecho del productor, puesto que la directiva

«[...] n'exclut pas l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle pour autant que ceux-ci reposent sur des fondements différents, tels que la garantie des vices cachés ou la faute [...]»

Con ocasión de una segunda cuestión prejudicial (TJCE, 9 de febrero de 2006, *Declan O'Byrne*, C-127/04, Rec. I-000), el TJCE aporta nuevas precisiones igualmente importantes sobre la identificación del responsable. En el caso de que un producto sea enviado por el productor a su filial de distribución y después vendido a un tercero, ¿la puesta en circulación del producto acaece en el momento en que éste se envía desde la sociedad productora a la filial?, ¿o más tarde, cuando el producto ha sido vendido por esta última al comprador? La respuesta es simple: debe considerarse que un producto ha sido puesto en circulación cuando ha salido del proceso de fabricación y se encuentra en proceso de comercialización y se ofrece al público con el fin de que éste lo utilice y consuma. Con todo, incumbe a las jurisdicciones nacionales determinar, en función de las circunstancias que en cada caso concurren y puesto que los vínculos entre el productor y el distribuidor son muy estrechos, si la noción de productor engloba igualmente la de distribuidor y si la transferencia del producto de una a otra de estas entidades comporta o no puesta en circulación. El TJCE afirma que el hecho de que exista o no un vínculo estrecho es una cuestión que debe apreciarse con independencia del carácter distinto o no de las personas jurídicas.

En la antes mencionada Sentencia de 14 de marzo de 2006, pronunciada contra Francia como consecuencia de su inactividad a la hora de cumplir la Sentencia de 25 de abril de 2002 –sentencia de condena por incorrecta transposición de la Directiva en el *Code*–, el Estado fue condenado a pagar una

multa de 31.650 euros diarios, tal y como ya se ha tenido ocasión de señalar. No sin ciertas dificultades, el legislador francés solucionó el problema mediante la promulgación de una de esas leyes «cajón de sastre» que tanto le gustan: la ley llamada «*de simplification du droit*» de 9 de diciembre de 2004, completada por un Decreto de aplicación específicamente relativo al umbral de los 500 euros que debía imponerse en el artículo 1386-2 del *Code civil*.

Sin embargo, para el TJCE, ni la citada Ley de 9 de diciembre de 2004, ni el Decreto de 11 de febrero de 2005 cubrían una transposición conforme con las exigencias comunitarias a las que se alude en la sentencia del año 2002. Y ello es así porque como se continuaba considerando al distribuidor del producto defectuoso como responsable al mismo nivel que el productor cuando este último no podía ser identificado, caso en el cual el distribuidor podía indicar a la víctima, en un plazo razonable, la identidad de quien a él le había suministrado el producto, el artículo 1386-7 *Code civil* desconocía el artículo 3.3 de la Directiva. Al margen de los argumentos procesales, sobre los que no me detendré, en defensa del artículo 1386-7 el Estado francés alegaba que:

«la faculté pour un fournisseur d'indiquer à la victime l'identité de son propre fournisseur ne serait appelée à avoir, en pratique, qu'un rôle très subsidiaire, lorsque le producteur lui-même demeure inconnu, et que, en pareil cas, ledit fournisseur serait en outre en mesure d'appeler son propre fournisseur en garantie.»

Al TJCE no convencieron tales argumentos y recurrió de manera tajante a su jurisprudencia constante según la cual:

«[L]es dispositions d'une directive doivent être mises en œuvre avec une force contraignante incontestable, ainsi qu'avec la spécificité, la précision et la clarté requises [...] elles doivent ainsi notamment créer une situation juridique suffisamment précise, claire et transparente pour permettre aux particuliers de connaître la plénitude de leurs devoirs et de leurs droits.»

El texto debía, pues, ser revisado, lo que –como ya hemos advertido– es algo que se llevó a cabo mediante la citada ley del pasado 5 de abril.

Tras lo sucedido, se imponen algunas consideraciones. La lentitud y la torpeza a la hora de proceder a la primera transposición de esta Directiva seguramente se explican por una defectuosa percepción por parte del legislador nacional del alcance de la norma. La ambición condujo, hasta cierto punto, a un error de perspectiva pero ¡lo mejor es enemigo de lo bueno! Eso ya ha sido constatado en numerosas ocasiones y no requiere ahora ulteriores observaciones.

El fracaso parcial de la segunda etapa en la transposición (cabe recordar que de los tres aspectos inicialmente criticados, dos fueron en lo sucesivo considerados conformes) es más difícil de constatar. Como se sabe, el artículo 3.3 de la Directiva establece que:

«[S]i el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor.»

Este artículo fue, desde el comienzo, implementado en el artículo 1386-7 del *Code civil*. Interesa, pues, dar las diferentes versiones del texto.

En la primera redacción, dada por Ley de 19 de mayo de 1998, el artículo 1386-7 se expresaba en los siguientes términos:

«[L]e vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur ou du loueur assimilable au crédit-bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel est responsable du défaut de sécurité du produit dans les mêmes conditions que le producteur.»

En la segunda versión, dada por Ley de 9 de diciembre de 2004, el artículo 1386-7 CC disponía que:

«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.»

En su tercera y final redacción, dada por Ley de 5 de abril de 2006, el precepto dispone:

«[S]i le producteur ne peut être identifié, le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur ou du loueur assimilable au crédit-bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel, est responsable du défaut de sécurité du produit, dans les mêmes conditions que le producteur, à moins qu'il ne désigne son propre fournisseur ou le producteur, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de la victime lui a été notifiée.»

Toda esta sucesión de versiones permiten calibrar la manera en que el legislador francés ha ido poniendo cerco a los supuestos en que el suministrador debe ser asimilado al productor y, por tanto, debe ser considerado responsable. Sin ser idéntico, el último refrito se parece mucho al texto de la Directiva, si bien el «plazo razonable» del artículo 3.3 de la norma comunitaria, en el artículo 1386-7 CC se considera un «plazo de tres meses». No puede descartarse que al juez nacional tal plazo no vaya a comportarle ciertos problemas de interpretación.

Pero más importante es la averiguación de si el espíritu de la Directiva ha sido respetado. Tal y como el TJCE recordaba en la primera sentencia de 2002:

«la directive, en établissant un régime de responsabilité civile harmonisé des producteurs pour les dommages causés par les produits défectueux, répond à l'objectif d'assurer une concurrence non faussée entre les opérateurs économiques, de faciliter la libre circulation des marchandises et d'éviter les différences dans le niveau de protection des consommateurs.»

No se trata, pues, de asegurar un alto nivel de protección a los consumidores, sino de evitar distintos niveles de protección a los mismos. Esto es algo que muchos ya habían detectado desde el comienzo.

Por tanto, no deja de ser sorprendente que las tres sentencias evocadas testimonian indirectamente una cierta dificultad en cuanto al alcance exacto de la Directiva y, especialmente, en relación con los responsables de la seguridad que el consumidor puede legítimamente esperar. Es deseable, pues, que

la Comisión analice bien tales decisiones cuando decida reformar la Directiva, puesto que éstas son buenas guías de interpretación del texto. A partir de ahí, y supuesto que no existan diferencias en el nivel de protección, no quedaría más que proveer a la elevación —¿necesaria?— del mismo.

Ya para acabar, concluyamos con las enseñanzas de esta transposición por etapas: más allá de las disposiciones técnicas contenidas en las Directivas, debe tenerse en cuenta cuál sea el fundamento jurídico de la norma porque éste es, en definitiva, el que trasluce su filosofía. Si lo que se desea es buscar apoyo en el Derecho comunitario para mantener o reforzar el derecho de tal o cual categoría, hay que actuar tanto en el estadio superior de elaboración y adopción de la Directiva, como en el inferior de la transposición ¡Esperemos que estos casi diez años que ha constado implementar la Directiva sobre productos defectuosos hayan sido suficientes para que tanto el legislador como las agrupaciones de intereses profesionales hayan tenido tiempo suficiente para comprenderlo!

GRAN BRETAÑA

ALEXANDRA BRAUN

Bibliografía (2005-2006)

I. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

BARENDRECHT, Maurits; JANSSEN, Chris; LOOS, Marco; PINNA, Andrea; CASCAO, Rui; VAN GULIK, Stephanie (eds.): *Principles of European Law*, vol. 2: *Service Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

BELL, John; KILPATRICK, Claire: *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 7, 2004-2005, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2005.

CAFAGGI, Fabrizio (ed.): *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille; SPENCER, J. R. (eds.): *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

EDWARDS, Lilian (ed.): *The New Legal Framework for E-Commerce in Europe*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2005.

GIUBBONI, Stefano: *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

GROTE, Rainer; MARAUHN, Thilo (eds.): *The Regulation of International Financial Markets, Perspectives for Reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

- HOPT, Klaus J.; WALZ, Rainer W.; VON HIPPEL, Thomas; THEN, Volker (eds.): *The European Foundation. A New Legal Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- KORAH, Valentine: *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2006.
- RAMSAY, Ian: *Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, 2.^a ed., Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2006.
- SANDS, Philippe; GALIZZI, Paolo (eds.): *Documents in European Community Environmental Law*, 2.^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- VAN DAM, Cees: *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- VAN GERVEN, Dirk; STORM, Paul (eds.): *The European Company*, volume 1, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- VOGENAUER, Stefan; WEATHERILL, Stephen: *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2006.

II. DERECHO COMPARADO

- MENSKI, Werner F.: *Comparative Law in Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, 2.^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- CASTELLINO, Joshua; REDONDO, Elvira Domínguez: *Minority Rights in Asia A Comparative Legal Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus: *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2006.
- SALEH, Samir: *Commercial Arbitration in the Arab Middle East: Shari'a, Syria, Lebanon, and Egypt*, 2.^a ed, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2006.

Legislación (2005-2006)

Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (DOCE L núm. 272, de 13 de octubre de 2001).

La Directiva ha dado lugar a la *Artist's Resale Right Regulations 2006*, S. I., núm. 2006/346, que entró en vigor el pasado 14 de febrero de 2006. De

acuerdo con la Directiva, la norma integra plenamente en el Derecho inglés el derecho de autor, elimina la disparidad de trato y las malas prácticas en el mercado de las obras de arte; pero, además, la *Artist's Resale Right Regulations 2006* también incorpora el artículo 14ter del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas.

La norma regula el derecho de autor de una obra de arte figurativa, comprendidos los manuscritos, a percibir una remuneración a medida que se producen enajenaciones sucesivas a la primera cesión de la obra, de manera que el autor reciba el plusvalor que se vaya generando. Se trata de una Directiva que homogeneizar la disciplina reservada a tal derecho en los diferentes Estados miembros. El «*droit de suite*» o «derecho de participación» en materia de derechos de autor se reconoce a todos los ciudadanos de los países miembros de la UE, pero también a los extracomunitarios, con la condición de que exista reciprocidad.

A diferencia de otros Estados, el Reino Unido no reconocía antes este derecho de participación. Se trata de un derecho que no puede enajenarse y que es irrenunciable; pertenece al artista y a sus herederos durante un tiempo máximo de setenta años tras la muerte del artista. Como se ha dicho, permite percibir un tanto del precio de cada venta a partir de la primera cesión de la obra y esto se aplica a las transacciones que comportan la intervención, en calidad de vendedores, adquirentes o intermediarios, de sujetos que operan profesionalmente en el mercado del arte.

Directiva 2003/71/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE.

La Directiva tiene por objeto la mejora de la información que se debe proporcionar a los inversores de sociedades que desean obtener capital de la Unión Europea. Con este fin se refuerza la armonización de las disposiciones relacionadas con los contenidos de los folletos. Se introduce, además, un sistema de autorización única para los folletos que deben usarse en todos los Estados de la Unión Europea (pasaporte único para los emisores).

La Directiva ha sido transpuesta en el Reino Unido mediante los *Prospectus Regulations 2005*, S. I. núm. 2005/1433, que entraron en vigor el 1 de julio de 2005 y que, además de la citada Directiva, transponen el Reglamento (CE) núm. 809/2004 de la Comisión de 29 de abril de 2004 relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento y del Consejo en cuanto a la información contenida en los folletos, así como el formato, incorporación por referencia, publicación de dichos folletos y difusión de publicidad.

Los *Regulations* implementan la Directiva introduciendo nuevas secciones en el *Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA)*, dando a la *Financial Services Authority (FSA)* el poder de disponer reglas detalladas que transponga los reglamentos comunitarios en la materia. Los *Prospectus Regulations* fijan los criterios sobre cuya base la FSA aprobará los prospectos y consienten a esta última autorizar la omisión de información que, en otro caso, el citado prospecto debería contener. Además, establece el límite de tiempo dentro del cual las solicitudes deben ser sometidas a control y acuerda a la FSA la posibilidad de buscar ulterior información antes de proceder a la aprobación del prospecto. Finalmente, los *Regulations* describen el procedi-

miento que debe seguirse cuando la FSA aprueba, propone no aprobar o decide no aprobar un prospecto.

Directiva 2005/42 CE de la Comisión, de 20 de junio de 2005, por la que se modifica la Directiva 76/768/CEE del Consejo, relativa a los productos cosméticos, para adaptar sus anexos II, IV y VI al progreso técnico.

La Directiva ha sido transpuesta mediante los *Cosmetic Products (Safety) (Amendment) (núm. 2) Regulations 2005*, S. I. núm. 2005/3346, entrados en vigor el 31 de diciembre de 2005. La norma comunitaria introduce cambios técnicos en los principales *Cosmetic Products (Safety) Regulations 2004*, S. I. núm. 2004/2152. La Directiva añade cuatro nuevas sustancias a la lista de los ingredientes considerados prohibidos en la fabricación de perfumes; elimina tres colores de los colorantes consentidos; modifica el uso de un conservante y consiente el de uno nuevo.

ITALIA

GIOVANNI BISAZZA, STEFANO TROIANO, BARBARA PASA

Bibliografía

Además de la indicación bibliográfica que se relaciona en esta crónica, *vid.* últimamente la cuidada aportación y análisis crítico de GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Bibliografía italiana sobre el Derecho comparado en el siglo XXI», 57 (2006), *Revista Jurídica del Notariado*, 321-359.

I. DERECHO PRIVADO EUROPEO (G. Bisazza, S. Troiano)

SIRENA, P. (a cura di): *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2006.

Actas del Congreso que tuvo lugar en Siena los pasados 22-24 de septiembre de 2004, con el título «Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato». En particular, se trata de las siguientes cuestiones: la categoría de los contratos de empresa, las fuentes, el perfeccionamiento del contrato, la invalidez y los remedios, los contratos de empresa y la clasificación de los negocios jurídicos, los contratos de empresa y la interpretación.

KÖTZ, H.; PATTI, S.: *Diritto europeo dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2006.

El volumen afronta el tema del contrato como instrumento de autorreglamentación de las relaciones económicas, evidenciando las particularidades de la disciplina en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos.

GABRIELLI, E.; MINERVINI, E. (a cura di): *I contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, UTET, Torino, 2005.

El libro supone una profundización en el Derecho de los consumidores, desde el prisma de los contratos, analizando las cláusulas más habituales en los contratos entre un profesional y un consumidor y la problemática relativa a su validez. Contenido: el consumidor y el profesional, el juicio de abusividad de las cláusulas, el elenco de cláusulas abusivas, la transparencia y la interpretación, la ineficacia de las cláusulas abusivas, la tutela colectiva de los consumidores en materia contractual, el crédito al consumo, los contratos negociados fuera de establecimientos comerciales y a distancia, el contrato de viajes combinados, el contrato de *Timesharing*, los contratos electrónicos de los consumidores e Internet, venta y garantías de los bienes de consumo.

AJANI, G.; ROSSI, P.: *Codice dei consumatori*, Giappichelli, Torino, 2005.

La obra recopila el *Codice del consumo* introducido en el ordenamiento jurídico italiano con el Decreto legislativo de 6 de septiembre de 2005, núm. 206. La recopilación incluye las Directivas europeas en materia de tutela de los consumidores y la normativa nacional sobre este mismo tema. Por ejemplo, la Ley de 17 de agosto de 2005, núm. 173 (relativa a la disciplina de la venta directa a domicilio y la venta piramidal) y el Decreto legislativo de 20 de junio de 2005, núm. 122 (relativo a la tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de inmuebles por construir).

ROSANNA, C.; TANZA, A.: *Le clausole abusive*, Giapichelli, Torino, 2005.

El texto afronta el tema de las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión en los contratos de los consumidores con los bancos, aseguradoras y sociedades de telecomunicaciones, ilustrado con numerosos ejemplos prácticos.

DONA, M.: *Il codice del consumo*, Giapiccheli, Torino, 2005.

Destinado a los prácticos del Derecho, supone una buena guía para la lectura del texto. Se aportan notas de concordancia con doctrina y jurisprudencia.

MOCCIA, L.: *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2005.

El libro se divide en tres partes. La primera, dedicada a los fundamentos de la comparación jurídica; la segunda y la tercera dedicadas, respectivamente, a la tradición de *Common Law* y *Civil Law*.

GAROFOLI, R.; SANDULLI, M. A. (a cura di): *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria núm. 6*, Giuffrè, Milano, 2005.

Se analiza la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

II. DERECHO COMPARADO (Barbara Pasa)

1. Público comparado

2006

ASSINI, Nicola; CORDINI, Giovanni: *I beni culturali e paesaggistici: diritto interno, comunitario, comparato e internazionale*, CEDAM, Padova, 2006.

CASONATO, Carlo: *Introduzione al biodiritto: la bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Università di Trento, Dipartimento di scienze giuridiche, Trento, 2006.

DEFFENU, Andrea: *Forme di governo e crisi del parlamentarismo*, Giappichelli, Torino, 2006.

FALCONE, Giovanni: *La riforma concorsuale spagnola: contributo allo studio del diritto concorsuale comparato*, Serie: Quaderni di Giurisprudenza commerciale (Include bibliografia e appendice legislativa) Giuffrè, Milano, 2006.

FERRARI, Erminio; RAMAJOLI, Margherita; SICA, Marco (a cura di): *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2006.

PINELLI, Cesare: *Forme di Stato e forme di Governo: corso di diritto costituzionale comparato*, Jovene, Napoli, 2006.

ROZO ACUNA, Eduardo: *Le garanzie costituzionali nel diritto pubblico dell'America Latina*, Giappichelli, Torino, 2006.

2005

AA.VV.: *Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Democrazie imperfette: atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Università degli studi, 29 de marzo de 2002, Giappichelli, Torino, 2005.

BARDUSCO, Aldo [et al.]: *Costituzioni comparate*, Giappichelli, Torino, 2005.

CAVINO, Massimo: *La responsabilità del Presidente della Repubblica: nelle recenti esperienze italiana e francese*, Giappichelli, Torino, 2005.

CORDINI, Giovanni; FOIS, Paolo; MARCHISIO, Sergio: *Diritto ambientale: profili internazionali europei e comparati*, Giappichelli, Torino, 2005.

CUOCCIOLO, Lorenzo: *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo: profili di diritto interno e comparato*, Collana di studi sull'amministrazione pubblica. Nuova serie-LUISS, Libera università internazionale degli

studi sociali Guido Carli-Milano, Giuffrè/Roma, LUISS University Press, 2005.

DEL GIUDICE, Federico (a cura di): *Diritto pubblico comparato: nozioni introduttive e sintesi dei principali ordinamenti costituzionali (Regno Unito, Stati Uniti, Francia, Germania, Italia, Spagna e Svizzera)*, con prefazione di Pasquale Ciriello, 2.^a ed., Simone, Napoli, 2005.

DI GIOVINE, Alfonso (a cura y con introducción de): *Democrazie protette e protezione della democrazia*, presentazione di A. Di Giovine, G. F. Ferrari, N. Olivetti Rason, Giappichelli, Torino, 2005.

LA PORTA, Ubaldo: *Globalizzazione e diritto: regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale: un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, ed. Liguori, Napoli, 2005.

LAZARI, Antonio: *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005.

NICOTRA, Ida (a cura di): *Scritti di diritto costituzionale italiano e comparato*, Giappichelli, Torino, 2005.

SPERTI, Angioletta: *Corti supreme e conflitti tra poteri: spunti per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005.

2. Privado comparado

2006

KÖTZ, Hein; PATTI, Salvatore: *Diritto europeo dei contratti*, tradotto da Sabine Buchberger, Giuffrè, Milano, 2006.

MATTEI, Ugo: *Regole sicure: analisi economico-giuridica comparata per il notariato, con la collaborazione di Carlo Marchetti e Francesco Pene Vidari*, Giuffrè, Milano, 2006.

VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria: *La tradizione giuridica occidentale*, 3.^a ed., Giappichelli, Torino, 2006.

2005

BRUNETTA D'USSEAUX, Francesca (a cura di): *Il diritto di famiglia nell'Unione europea: formazione, vita e crisi della coppia*, CEDAM, Padova, 2005.

CIANCI, Alberto Giulio: *Gli ordini di protezione familiare*, 2.^a ed., Giuffrè, Milano, 2005.

DESIDERI, Carlo; IMPARATO, Emma A.: *Beni ambientali e proprietà: i casi del National trust e del Conservatoire de l'espace littoral*, con una presentazione di Carlo Alberto Graziani, Giuffrè, Milano, 2005.

PARDOLESI, Paolo: *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Università di Trento, Dipartimento di scienze giuridiche, Trento, 2005.

RESTA, Giorgio: *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene, Napoli, 2005.

SCARMIGLIA, Roberto: *Il divieto di mandato imperativo: contributo ad uno studio di diritto comparato*, CEDAM, Padova, 2005.

VACCA, Letizia (a cura di): *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito: VI Convegno internazionale ARISTEC*, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003, Giappichelli, Torino, 2005.

3. Procedimiento civil comparado

2005

CHIARLONI, Sergio; FIORIO, Paolo (a cura di): *Consumatori e processo: la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: atti del convegno tenutosi a Torino il 28-29 maggio 2004*, Giappichelli, Torino, 2005.

MOLLO, Francesco (a cura di): *La magistratura di pace in Europa: ipotesi di armonizzazione dei sistemi: atti del Convegno europeo*, Torino, 29-30 ottobre 2004, presentazione di Sergio Chiarloni, Giappichelli, Torino, 2005.

TROCKER, Nicolo; VARANO, Vincenzo (eds.): *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an International conference dedicated to Mauro Cappelletti*, Florence, 12-13 December, 2003, with the assistance of Alessandra De Luca, Giappichelli, Torino, 2005.

4. Derecho penal comparado

2005

BASILE, Fabio: *La colpa in attività illecita: un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Pubblicazioni dell'Istituto di diritto penale e processuale penale-Università degli studi di Milano, Facoltà di giurisprudenza-Milano, Giuffrè, 2005.

FORNASARI, Gabriele; MENEGHINI, Antonia: *Percorsi europei di diritto penale*, CEDAM, Padova, 2005.

MELCHIONDA, Alessandro; PASCUZZI, Giovanni (a cura di): *Diritto di cronaca e tutela dell'onore: la riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo stampa. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di*

giurisprudenza dell'Università di Trento il 18 marzo 2005, Università di Trento, Dipartimento di scienze giuridiche, Trento, 2005.

PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele: *Lezioni di diritto penale comparato*, 2.^a ed., Giappichelli, Torino, 2005.

PRADEL, Jean; CADOPPI, Alberto (a cura di): *Casi di diritto penale comparato*, Giuffrè, Milano, 2005.

Legislación

G. BISAZZA, S. TROIANO

Con el decreto legislativo de 12 de abril de 2006, núm. 163 (*G. U.* núm. 100, de 2 de mayo de 2006-Suplemento ordinario núm. 107) el Gobierno italiano ha promulgado el «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE».

Sección temática: Espacio Judicial Europeo,
Derecho Procesal Comunitario, Derecho de Contratos,
Derechos Reales, Derecho de Familia, Derecho de Autor
y Derecho de Daños en la UE

I. EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas, 15 de diciembre de 2005, COM (2005) 650 final. El Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR), es el único instrumento que, tras la comunitarización del Dipr. llevada a cabo por el Tratado de Amsterdam (TA), aún reviste la forma de tratado internacional, lo cual dificulta sus interacciones con el resto de instrumentos comunitarios (especialmente con el Reglamento Bruselas I, en adelante RBI). El artículo 65 del TA precisa que las medidas en el ámbito de la cooperación internacional que se adopten en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior incluirán *fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflicto de leyes*. La importancia de dicha compatibilidad de normas para la consecución del objetivo del reconocimiento mutuo se reconoció en el Plan de Acción de Viena (1999) y, en materia contractual, desde el Programa de La Haya (2004) se ha impulsado la aprobación de un Reglamento Roma I (en adelante, RRI). Siguiendo su práctica habitual, la Comisión elaboró un Libro verde (14 de enero de 2003) con el objetivo de recabar la opinión de los Gobiernos, profesionales, académicos, organizaciones de consumidores, etc., sobre la necesidad y oportunidad de transformar el CR en instrumento Comunitario. Tras las más de ochenta respuestas recibidas, la audiencia pública celebrada en Bruselas el 7 de enero de 2004, el dictamen del Comité Económico Social y el dictamen del Parlamento Europeo, la Comisión ha presentado la propuesta objeto de esta nota. El objetivo de la propuesta no es el de crear un nuevo instrumento sino el de transformar y adaptar el ya existente. A tal efecto, junto a una serie de adaptaciones formales necesarias por la distinta naturaleza jurídica del CR y el Reglamento, la propuesta introduce importantes modificaciones sustanciales que a continuación describiré sucintamente.

En cuanto al *ámbito de aplicación* material la novedad más destacable es que se excluyen del mismo las obligaciones precontractuales: para las necesidades del Derecho internacional privado, este tipo de obligación se califica de delictual y se regirán por el futuro Reglamento Roma II.

En el ámbito de la *conexión subjetiva* (autonomía de la voluntad conflictual, art. 3) la propuesta introduce diversas modificaciones de fondo. En primer lugar, en cuanto a la forma de expresión de la elección del Derecho aplicable al contrato, se sigue admitiendo tanto la voluntad expresa como la tácita. Con el objetivo de aumentar la previsibilidad, se clarifica el papel que

en la búsqueda de la voluntad tácita tiene una cláusula de elección de foro. Cuando las partes hayan pactado una cláusula de elección de foro, se presumirá (presunción *iuris tantum*) que las partes tenían la intención de elegir la ley del Estado a cuyos Tribunales se han sometido. En segundo lugar, la propuesta permite que las partes elijan como Derecho rector del contrato «*principios y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria*». Admite, por tanto la elección de un Derecho no estatal. Según la propia Comisión, la formulación tiene por objeto autorizar, en particular, la elección de los principios UNIDROIT, los *Principles of European Contract Law* o un posible futuro instrumento comunitario opcional, prohibiendo al mismo tiempo la elección de la *lex mercatoria*, insuficientemente precisa o de codificaciones privadas no suficientemente reconocidas por la comunidad internacional. Ahora bien, cuando algunos aspectos del Derecho de contratos no estén expresamente resueltos por el Derecho no estatal elegido, se resolverán de acuerdo con los principios generales en que se inspiran o, en su ausencia, de conformidad con la ley aplicable a falta de elección (conexión objetiva prevista en el Reglamento). Finalmente, se añade un apartado 5 para salvaguardar la aplicación del Derecho imperativo comunitario.

Por lo que se refiere a la *conexión objetiva* (determinación del derecho aplicable al contrato a falta de elección realizada por las partes), la propuesta introduce modificaciones sustantivas importantes. Se abandona el recurso a una conexión abierta y flexible como la de los «vínculos más estrechos» para introducir conexiones rígidas y específicas para determinados tipos contractuales. El CR parte de una conexión abierta pero establece también presunciones *iuris tantum* que permiten identificar ese derecho estrechamente vinculado al contrato. El esquema se cierra con una cláusula de escape para los supuestos en los que las circunstancias demuestran que el contrato presenta una vinculación más estrecha con otro ordenamiento.

La propuesta de Reglamento cambia de estructura. En primer lugar, establece conexiones rígidas para distintas categorías contractuales. A continuación, se prevé una cláusula más general para los supuestos no contemplados en las normas específicas, que reproduce la presunción general prevista en el CR, i.e. se aplica la ley del país en que la parte que debe proporcionar la prestación característica tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del contrato. Si la prestación característica no puede determinarse el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. Además, se suprime la cláusula de escape.

En cuanto a las soluciones adoptadas para las diferentes categorías de contratos, la mayoría es el resultado de la aplicación de la presunción general prevista en el CR, i.e. se mantiene la aplicación de la ley de la residencia habitual de la parte que proporciona la prestación característica. Por ejemplo, el contrato de venta se regirá por la ley del país en el que el vendedor tenga su residencia habitual; el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país en el que el prestador tenga su residencia habitual; el contrato de transporte se regirá por la ley del país en el que el transportista tenga su residencia habitual, etc. Dos de las categorías contempladas llevan a una solución diferente: en el caso de los contratos de franquicia y de distribución la ley aplicable será la ley del país en el que el franquiciado y el distribuidor tengan su residencia habitual, respectivamente. Según la Comisión dichas soluciones se explican porque el Derecho comunitario material tiene por objeto proteger al franquiciado y al distribuidor como partes débiles.

La norma de conflicto en materia de *Contratos de consumo* es una de las que ha sufrido mayores modificaciones. La doctrina había criticado la formulación del artículo 5 CR por tener un ámbito de aplicación material excesivamente restringido y por no proteger al consumidor activo residente en la Comunidad (laguna material, laguna conflictual). En un intento de colmar dichas lagunas de protección, la propuesta de Reglamento introduce un cambio radical: elimina la autonomía de la voluntad conflictual (el CR la limitaba pero no la prohibía) y establece una conexión rígida única, la residencia habitual del consumidor. La propuesta también ha modificado el ámbito de aplicación de la norma especial. El concepto de consumidor permanece inalterado pero se exige que tenga su residencia habitual en un Estado miembro. Se protege sólo a los consumidores con residencia en la Comunidad. En cuanto al cocontratante del consumidor, se exige que se trate de un profesional. Además, la propuesta sustituye los requisitos de aplicación previstos en el CR por el criterio de «actividad dirigida» que ya figuraba en el RBI (art. 15 RBI) para tener en cuenta la evolución de las técnicas de comercialización a distancia. La propuesta ha eliminado la lista de contratos de consumo a los que se aplicable la norma especial. Por tanto, el ámbito de aplicación material se ha ampliado (permanecen algunas excepciones expresamente previstas en el precepto).

Respecto a los *contratos individuales de trabajo* la propuesta añade la expresión «país a partir del cual» en el apartado segundo letra a) del artículo 6 quedando redactado de la siguiente forma: «A falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato individual de trabajo se regirá: a) por la ley del país en el cual o a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo (...)». Con ello se ha querido tener en cuenta la jurisprudencia del TJCE en el marco del artículo 18 RBI y su amplia concepción del lugar habitual de trabajo. Esta pequeña modificación permitiría, por ejemplo, aplicar la norma al personal que trabaja a bordo de aviones, siempre que exista una base fija a partir de la cual se organiza el trabajo y donde este personal ejerce otras obligaciones. Otra de las novedades se refiere a las indicaciones que ofrece el artículo 6 para determinar si un asalariado enviado al extranjero se encuentra en situación de «desplazamiento temporal». A tal efecto, se dispone «La realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador original no excluye que el trabajador realice su trabajo en otro país de manera temporal».

Sin duda, otras de las novedades sustantivas es la inclusión de una norma relativa a los contratos celebrados por un intermediario. El Convenio de Roma excluía de su ámbito de aplicación las relaciones entre representado y tercero, quedando el contrato entre representado e intermediario y entre intermediario y tercero sometido al régimen general. El artículo 7 de la propuesta RRI regula, junto a los contratos ya previstos en el Convenio, la relación entre representado y tercero estableciendo que: «Como la relación entre representado y tercero deriva del hecho de que el intermediario actuó en el ejercicio de sus facultades, excediéndose en sus facultades, o sin facultades, se regirá por la ley de la residencia habitual del intermediario en el momento en que actuó. No obstante, la ley aplicable será la del país en que el intermediario, bien el tercero, tienen su residencia habitual en dicho país, o si el

intermediario actuó en bolsa o participó en una subasta. 3. Sin perjuicio del apartado 2, cuando la ley aplicable a la relación comprendida en dicho apartado sea objeto, por parte del representado o del tercero, de una designación escrita aceptada expresamente por la otra parte, la ley así designada será aplicable a estas situaciones».

El artículo 8 de la propuesta define una ley de policía como «*una disposición imperativa cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea, por otra parte, la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento*». Esta definición es una novedad que se inspira en la jurisprudencia Arblade del Tribunal de Justicia (STJCE de 23 de noviembre de 1999, asuntos C-369/96 y C-374/96).

En cuanto a la *validez formal* la propuesta amplía el abanico de conexiones alternativas, con el objetivo de facilitar la validez formal de los contratos o actos unilaterales, añadiendo por ejemplo, la ley del lugar donde una u otra parte tenga su residencia habitual en el momento de celebrar el contrato.

La propuesta unifica la norma de conflicto en materia de cesión de créditos y subrogación convencional por ejercer una función económica similar. Además, el apartado tercero introduce una nueva norma de conflicto relativa a la oponibilidad de la cesión de crédito frente a terceros según la cual «*la ley del país en que el cedente o el subrogante tengan su residencia habitual en el momento de la cesión o la transferencia regirá la oponibilidad de la cesión o la subrogación entre terceros*». Por su parte, el artículo 14 se reserva a la subrogación legal, el 15 prevé una norma de conflicto en materia de pluralidad de deudores y el 16 una relativa a la compensación legal.

La propuesta introduce en el artículo 18 una definición de residencia habitual a cuyo tenor: «*A efectos del presente Reglamento, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica estará donde esté sita su administración central. Cuando el contrato se celebre en el marco de la explotación de una sucursal, una agencia o cualquier otro establecimiento, o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal establecimiento, la residencia habitual estará donde esté sito este establecimiento. 2. A los efectos del presente Reglamento, cuando el contrato se celebre en ejercicio de la actividad profesional de una persona física, su residencia habitual estará donde esté sito su establecimiento profesional*».

Se introduce también una modificación importante por lo que respecta a los sistemas no unificados, pues el artículo 21 obliga a los Estados plurilegislativos a resolver los conflictos interregionales en materia contractual según los dispuesto en el Reglamento. El Reglamento es aplicable, por tanto, a toda situación que implique un conflicto de leyes, sea internacional o interregional.

El artículo 22 establece la articulación del Reglamento con otras disposiciones de Derecho comunitario. La letra *a*) contempla las normas de conflicto contenidas en Derecho derivado y que figurarán en un anexo, y la letra *b*) tiene por objeto garantizar la coherencia con un posible instrumento opcional que podría elaborarse en el marco del proyecto «Derecho europeo de los contratos». La letra *c*) prevé la articulación del Reglamento propuesto con las normas destinadas a favorecer el buen funcionamiento del mercado interior.

Finalmente, la propuesta prevé alguna modificación respecto de la relación del Reglamento con los convenios internacionales existentes. En principio, la regla general es que los convenios sobre materias específicas existentes prevalecen sobre el Reglamento. No obstante, se añade que «*cuando todos*

los elementos pertinentes de la situación se localicen en el momento de la celebración del contrato en uno o más Estados miembros el Reglamento prevalecerá sobre: –Convenio de La Haya, de 15 de junio de 1955, sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos mobiliarios corporales; –Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978, sobre ley aplicable a los contratos de intermediación y a la representación».

II. DERECHO PROCESAL COMUNITARIO

JORDI NIEVA FENOLL

En el presente período se han producido tres novedades que es preciso destacar. La primera con respecto a la aplicabilidad de algunos reglamentos comunitarios en materia judicial para Dimamarca. La segunda con respecto a la reforma, ya definitiva, del Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (cuyo proyecto fue comentado en la crónica anterior, *Proyecto de Decisión del Consejo por la que se modifica el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia CE para establecer las condiciones y límites del reexamen por el Tribunal de Justicia de las sentencias dictadas por el TPI. Expediente interinstitucional 2003/0820 (CNS); 11687/05, 9 de septiembre de 2005*), así como dos reformas de los Reglamentos de Procedimiento del Tribunal de Justicia y una del Tribunal de Primera Instancia. La mayoría de los cambios, como se verá, están enfocados, bien a plasmar en normas procesales las modificaciones acaecidas con la reforma del Tratado en Niza, bien a paliar el problema de casi todos los altos Tribunales: la acumulación de asuntos. Por último, debe comentarse brevemente la *propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo [25 de mayo de 2004, COM(2004)173 final/3, 2004/0055(COD)]*.

Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2005 (*DO L 203*, de 4 de agosto de 2005, p. 19).

Como indica el preámbulo de estas modificaciones, constata el Tribunal de Justicia que los retrasos ante el mismo se han ido incrementando, especialmente en los casos que constituyen la carga de trabajo cuantitativamente más importante: las cuestiones prejudiciales. Se atribuyen las causas del retraso, entre otros factores, a la ampliación de la Unión.

Con ese transcurso se modifica el Reglamento de Procedimiento de manera que se acortan de un mes a tres semanas los plazos para solicitar la vista o fase oral (art. 44 bis), y se decide exactamente lo mismo para el procedimiento de las cuestiones prejudiciales (art. 104.4) y para el recurso de casación (art. 120).

Además, el cambio probablemente más importante es la restricción de las traducciones, dirigidas a los Estados Miembros, de las solicitudes de cuestión prejudicial de los tribunales nacionales. Se dispone que dicha traducción se contraiga a un resumen cuando dichas solicitudes sean muy extensas, habida cuenta de la farragosidad de la traducción de toda la solicitud a todas las actuales lenguas de la Unión y, en muchos casos, a su total innecesarie-

dad (art. 104.1). Se amplía, además, oído el Abogado General, la posibilidad de decidir la cuestión prejudicial a través de un auto *per relationem*, es decir, remitiéndose simplemente a una sentencia anterior o a una línea jurisprudencial, en los casos en que la respuesta a la cuestión prejudicial sea evidente por existir jurisprudencia anterior idéntica, o se deduzca la respuesta fácilmente de la jurisprudencia (art. 104.3.I), pudiéndose incluso abreviar el procedimiento en estos casos, si además la respuesta del Tribunal de Justicia no suscita ninguna duda razonable (art. 104.3.II).

Asimismo, se alude a la posibilidad de regulación futura de la presentación electrónica de documentos ante el Tribunal de Justicia, aunque se abandona dicha regulación a una Decisión posterior del Tribunal de Justicia (art. 37.7). Por último, se determina que las denegaciones de justicia gratuita serán realizadas de forma motivada (art. 76.3), cambio que debe ser aplaudido por ser favorable al derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, se denomina, en la versión española, «formación» a la sección encargada de resolver el incidente. Esa terminología, como después explicaré, carece de toda tradición en el Derecho Procesal español, y debiera ser sustituida en el sentido que expondré más adelante. Por otra parte, se dice desde hace bastante tiempo que la Sala resolverá por «resolución» este incidente. La palabra resolución resulta demasiado genérica, por lo que, siendo a partir de ahora motivada dicha resolución, se podría utilizar la expresión «auto» utilizada (a veces de manera impropia) en otros preceptos del Reglamento de Procedimiento, con respecto a otras fases procesales absolutamente análogas a la que nos concierne.

Decisión del Consejo por la que se modifica el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para establecer las condiciones y límites del reexamen por el Tribunal de Justicia de las sentencias dictadas por el TPI, de 3 de octubre de 2005 (*DO L 266*, de 11 de octubre de 2005, p. 60).

El proyecto de esta decisión ya fue comentado en la anterior crónica, por lo que no me extenderé en su detalle, ya referido en la misma. No obstante, sí que es necesario referir muy brevemente dos cuestiones que quedaron pendientes entonces, y que ahora ya determinan específicamente los nuevos artículos 62 *bis* y *ter*.

En primer lugar, se mantiene definitivamente que el plazo para que las partes presenten alegaciones escritas en el reexamen dependerá de lo que disponga el Tribunal de Justicia, sin que se establezca ningún límite a tal efecto.

Y en segundo lugar, se establece con carácter general que la solicitud de reexamen carecerá de efecto suspensivo. Pero se establece una excepción, ante las críticas que recibió tal opción cuando se trataba del reexamen de una respuesta a una cuestión prejudicial efectuada por el TPI. Y es que no estableciendo el efecto suspensivo en estos casos, se podía dejar a la jurisdicción nacional en una situación verdaderamente paradójica: cuando se resolviera el reexamen, el juez ya habría aplicado la respuesta de la cuestión al proceso nacional; muy probablemente la sentencia ya sería firme para entonces; y de haberse estimado la solicitud de reexamen, sucedería que la sentencia nacional quedaría automáticamente desautorizada.

Por ello, el artículo 62 *ter* dispone que hasta que no precluyan los plazos de interposición del reexamen (un mes) y de admisión por parte del Tribunal

de Justicia (un segundo mes), no tendrá eficacia la sentencia que haya pronunciado el TPI, lo que, en la práctica, equivale a atribuirle un provisional efecto suspensivo a la solicitud de reexamen en estos casos.

Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de octubre de 2005 (DO L 288, de 29 de octubre de 2005, p. 51).

Las modificaciones realizadas intentan, nuevamente, acelerar el procedimiento descargando definitivamente algunas atribuciones de las Salas en el Juez ponente, entre otras diversas medidas (arts. 9.2, 16.1, 37.6, 44.5, 45, 46, 60, 74.1, 76 y 93.7), así como mejorar la redacción de algunos preceptos (arts. 11 y 92), regular los pagos en euros del tribunal (art. 75), y completar el régimen disciplinario para los abogados (art. 35.1).

Pero sobre todo el objeto principal de la modificación es optimizar la composición de las Salas del Tribunal de Justicia.

Se disponen, en este sentido, cuáles serán los miembros natos y por designación de la Gran Sala de 13 Magistrados, estableciendo el mecanismo para la suplencia en caso de renovación (art. 11 *ter*.1 y 3). Además, se determina la formación de las Salas de 5 ó 3 magistrados (art. 11 *quáter*.1), así como de la Sala ampliada a la que una Sala de 5 ó 3 magistrados haya remitido un asunto (art. 11 *quinto*).

No obstante, debo insistir en que la terminología utilizada por el Reglamento de Procedimiento no es la mejor posible. Dicha terminología tiene su origen en el artículo 11 *bis*, que dispone:

«El Tribunal actuará en las siguientes formaciones:

- el Pleno, integrado por la totalidad de los Jueces;*
- la Gran Sala, integrada por trece Jueces conforme a lo dispuesto en el artículo 11 *ter*,*
- las Salas, integradas por cinco o por tres Jueces conforme a lo dispuesto en el artículo 11 *quáter*.»*

Pues bien, adaptando el redactado a la terminología procesal española, lo lógico sería hablar, como lo hacen por ejemplo del artículos 53 ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial con respecto al Tribunal Supremo, de «composición» del tribunal, en lugar de «formación», y seguidamente referirse al pleno, a la Gran Sala, y finalmente, a las Salas o Secciones del tribunal.

Pero de hecho, el problema que ha provocado el uso de esta poco frecuente terminología ha sido fundamentalmente haber designado «Salas» a lo que tendría que haberse denominado «Secciones», reservando la denominación genérica de «Salas» para referirse a todas las posibles composiciones del Tribunal de Justicia.

De ese modo, lo más aconsejable sería sustituir el inciso «Salas» por «secciones» cuando se refieran a la composición del tribunal con 3 ó 5 magistrados. De esta manera, la palabra «formación» o «formaciones» podría ser sustituida por «Sala» o «Salas», unificando así la terminología «tribunal», «formación» y «Sala», que fragmenta la unidad del Reglamento en este sentido.

Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 12 de octubre de 2005 (*DO L 298*, de 15 de noviembre de 2005, p. 1).

El objeto principal de las modificaciones es la introducción del procedimiento para poder conocer del recurso de casación contra las resoluciones del Tribunal de la Función Pública, siguiendo lo dispuesto en la reforma de Niza ya comentada en la crónica anterior, así como en el anexo dedicado al Tribunal de la Función Pública del Estatuto del Tribunal de Justicia (arts. 9 a 13). En este sentido, lo único que verdaderamente se hace es transplantar el procedimiento de la casación ante el Tribunal de Justicia, al TPI, con las debidas adaptaciones, obviamente (arts. 137 a 149).

Es acertada la decisión de no realizar cambios procedimentales, para no complicar los procedimientos. Lo único criticable es que se haya provocado la paradoja de instituir un recurso de casación ante el TPI, cuando la reforma de Niza dejaba abierta la posibilidad de constituir un recurso de apelación, que hubiera sido lo más lógico, evitando así tener que crear un exótico «reexamen» ante el Tribunal de Justicia, que no es más que una casación restringida. Hubiera sido mucho más adecuado, instituyendo el recurso de apelación, ampliar la casación ya existente ante el Tribunal de Justicia.

Por lo demás, la reforma del Reglamento mejora, o adapta a la realidad normativa actual, la redacción de algunos preceptos (arts. 7.1 y 9, 64.5, 67.1, 114). Se impulsa también –en sentido parecido o idéntico a lo visto con respecto al Tribunal de Justicia– la eficacia de la labor del tribunal con algunas pequeñas reformas (art. 24.1, 32.3, 43.6, 55.1 y 76 *bis*), de entre las que destaca la reforma del procedimiento acelerado (art. 76 *bis*), la de la justicia gratuita (arts. 94 a 97), la ampliación a dos meses del plazo de contestación de la demanda, aunque restringiendo a circunstancias excepcionales la posibilidad de ampliación, a instancia de parte y a cargo del Presidente, del plazo (art. 46). Asimismo se prevé la posible limitación –en aras del secreto o la confidencialidad decretadas por el Presidente– de la posibilidad de consultar las actuaciones de los procesos acumulados (art. 50.2), así como la obligatoriedad de oír a las partes antes de decretar la inadmisión de la demanda (art. 113).

Se completa la reforma con prácticamente las mismas disposiciones que fueron objeto de modificación con respecto al Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, ya referidas. Por tanto, se realiza la integración del ya existente régimen disciplinario para los abogados (art. 41.1), se establece la posibilidad de regulación futura de la presentación electrónica de documentos ante el TPI, aunque se aplaza también dicha regulación a una Decisión posterior del TPI (art. 43.7), y por último se regulan los pagos en euros del tribunal (art. 93).

– Decisiones del Consejo de 27 de abril de 2006 sobre la conclusión del acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, así como sobre traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, ambas cuestiones en materia civil y mercantil (*DO L 120*, de 5 de mayo de 2006, pp. 22 y 23).

Como es sabido, no eran de aplicación a Dinamarca los Reglamentos 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, y 1348/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre las materias referidas en el título respectivamente, y que vinieron a sustituir a los Convenios de Bruselas de 27 de septiembre de 1968,

y de La Haya de 15 de noviembre de 1965. La razón se remonta a 1997, con motivo de la reforma de Amsterdam. Ante dicha reforma, como es sabido y por diversas razones que ya se arrastraban desde Maastricht (1992), algunos países, entre ellos Dinamarca, manifestaron reservas. Siendo los Reglamentos referidos fruto del artículo 73 M aprobado con motivo de dicha reforma, Dinamarca decidió autoexcluirse de la aplicación de esos Reglamentos, utilizando los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo, desde la reforma de Amsterdam, al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

A través de estas decisiones, y ante las dificultades de la situación que se ha vivido en estos años por la reserva de Dinamarca, se aprueban definitivamente los acuerdos firmados en Bruselas entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca de 19 de octubre de 2005 (*DO L 299*, de 16 de noviembre de 2006, pp. 62-70, y *DO L 300*, de 16 de noviembre de 2006, pp. 55-60). Dichos acuerdos, como digo, se suscribieron fundamentalmente por los inconvenientes derivados de la existencia de regímenes normativos diferentes con respecto a este país, para el que seguían rigiendo los Convenios internacionales antes citados. Todo ello dificultaba el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, lo que es incompatible con los fines comunitarios.

No obstante, los acuerdos se han suscrito en unos términos algo delicados, puesto que se realizan muchas cautelas, sobre todo para futuras reformas o acuerdos de la Comunidad con terceros Estados, que no entrarían directamente en vigor para Dinamarca, e incluso alguna pequeña salvedad, como ocurre con respecto a la justicia gratuita en procesos de pensiones alimenticias (art. 50 del Reglamento 44/2001). De todos modos, y aunque deba subrayarse la naturaleza prácticamente contractual de estos acuerdos, lo cierto es que los Convenios de Bruselas y La Haya dejarán de regir con respecto a Dinamarca, seis meses después de la notificación a las partes contratantes, según lo disponen los artículos 2 de ambas Decisiones.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo [5 de mayo de 2004, COM(2004)173 final/3, 2004/0055(COD)].

Dentro del Espacio Judicial Europeo, y tras la aprobación del Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, se hacía necesario que el Derecho derivado reconociera el procedimiento que más eficazmente ha servido para el cobro rápido de deudas líquidas, sobre todo en países como Alemania, Francia y España, esto es, el procedimiento monitorio, a pesar de que su éxito en otros países miembros es controvertido.

El procedimiento concebido no es documental, a diferencia del español, aunque obliga a especificar en la solicitud monitoria las razones de la deuda y una, algo innecesaria, «breve descripción de al menos un medio de prueba».

Deben pulirse todavía varios detalles de la regulación, especialmente el hecho de que exista una no demasiado justificable duplicidad entre el llamado «aviso de pago» y el «requerimiento de pago», que hará aumentar innecesariamente la burocracia de los Juzgados. Según la propuesta, tras la solicitud monitoria del acreedor, primero se realiza un aviso de pago al deudor, y si no lo contesta en el plazo de tres semanas, se le realizará «de oficio» un requerimiento de pago, tras el cual el deudor dispondrá todavía de tres semanas para oponerse, lo cual resulta completamente injustificado si ya mantuvo una acti-

tud rebelde ante el «aviso de pago». Además, confiere *de facto* un plazo de espera al deudor de al menos seis semanas, completamente incompatible con la protección debida del acreedor. Debería ser eliminada dicha duplicidad, disponiendo, en el articulado del reglamento, primero la inmediata firmeza del requerimiento de pago, resaltando así su ya prevista ejecutividad. Pero todo ello sin «aviso» previo, disponiéndose esa firmeza y ejecutividad tan pronto como precluya el plazo de oposición con una actitud pasiva por parte del deudor. Un deudor que no atiende a una notificación judicial que le requiere para que pague, ni siquiera para oponerse inmotivadamente, no merece en absoluto una segunda oportunidad.

Confiemos en que este defecto sea corregido antes de la entrada en vigor del Reglamento, porque de lo contrario algunos procedimientos monitorios internos tendrían más garantías para el acreedor que este procedimiento monitorio europeo, lo que no se compaginaría demasiado bien con las perspectivas de esta propuesta de Reglamento.

III. EL DERECHO DE CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

En la anterior crónica se daba cuenta del Informe anual, de 23 de septiembre de 2005, en el que la Comisión da noticia de los trabajos que se vienen realizando a propósito de la revisión del acervo contractual comunitario [COM (2005) 456 final], así como de las pautas de trabajo futuras. Corresponde ahora dar noticia de la reacción del Parlamento y del Consejo, tanto a este último informe como a los documentos precedentes que son su base.

1. La Comisión de asuntos jurídicos del Parlamento Europeo adoptó el pasado 8 de marzo de 2003 un informe «[S]obre el Derecho europeo de Contratos y la revisión del *acquis*: el camino a seguir» [documento de sesión, Final A6-005/2006, P6_TA-Prov(2006)0109, no publicado aún en el DO]. El texto es la respuesta al Plan de Acción sobre el Derecho contractual dado a conocer por la Comisión en el año 2003 [COM (2003) 68], a la posterior Comunicación de 11 de octubre de 2004 [COM (2004) 651] y al informe anual explicando los primeros pasos dados, de 23 de septiembre de 2005 [COM (2005) 456]. Se trata de la quinta vez que el Parlamento se pronuncia sobre esta materia (las anteriores resoluciones datan de 1989, 1994, 2001 y 2003) e, igual que en las anteriores, tampoco esta vez se abandona el tono crítico. Es cierto que el Parlamento aprueba en líneas generales la iniciativa, pero reivindicando su papel de órgano legislativo (es colegislador junto con el Consejo), exige que se le tenga más en cuenta en el proceso, especialmente porque, al fin, el instrumento que resulte va a tener que ser ratificado por los órganos legislativos. Lo que de ninguna manera acepta el Parlamento es que se le presente un documento al final del proceso (previsto, según la Comisión para 2009), y cuyos contenidos no haya podido analizar a lo largo del largo proceso de su redacción. Se trata, a la postre, de no correr el riesgo de perder innecesariamente tiempo y energías, supuesto que el resultado final acabe por no ser satisfactorio y, por tanto, pudiere no ser aprobado por el legislador. En fin, el Parlamento reclama transparencia.

Pero la Comisión Europea además resulta reprendida por no definir claramente sus objetivos. En concreto, el Parlamento se lamenta de que no quede claro el instrumento con que se presentará el susodicho marco común de referencia –en el fondo: cuál sea su eficacia vinculante–, pero además reprocha a aquélla que no le consulte acerca de los contenidos, que desea ver ampliados a otros ámbitos que no sean estrictamente el del Derecho de consumo, lo que de momento le hace temer que no acabe siendo así si el proceso continúa estando liderado por la Dirección General de Consumo (SANCO) y no por el Directorado General de Libertad, Seguridad y Justicia. En relación con los contenidos, subraya la necesidad de tener en cuenta las diferentes tradiciones en la UE y, sobre todo, no perder de vista el principio de libertad de contratación, que es un principio fundamental del Derecho comunitario. Por eso, señala la conveniencia de que cualquier excepción se establezca claramente. En esta línea, se solicita que las normas que se adopten digan expresamente si son aplicables a los contratos B2B o a los B2C. Y, puestos a legislar también para las empresas, se pide que se tenga en cuenta que también las pequeñas y medianas lo son.

Para facilitar la aplicación judicial del derecho, sugiere también que las normas sean lo menos detalladas posibles. Se trata de procurar la flexibilidad, lo cual se traduce en una necesaria discrecionalidad judicial.

En este contexto de exigencias, el Parlamento quiere que sea obligatorio para la Comisión hacer un informe periódico acerca de los trabajos que se lleven a cabo (los de los grupos de expertos, las reacciones del público y la propia reacción de la Comisión), esencialmente para que aquél pueda comprobar que los investigadores implicados en el proyecto no se apartan de los criterios fijados por el legislador europeo. Todavía en el catálogo de exigencias, el Parlamento plantea a la Comisión su voluntad de ser consultado antes de la adopción de cualquier otra iniciativa.

Pero el Parlamento también anuncia nuevas iniciativas. Se decide crear un grupo parlamentario que se ocupe de este proyecto que a largo plazo se sospecha que acabará desembocando en la redacción de un código civil europeo. Además, el Parlamento urge a la Presidencia del Consejo a coorganizar un foro, con colaboración también de la Comisión, en el que poder discutir el proyecto y los resultados, de forma parecida a la que se organizó en Londres (*vid.* crónica anterior) aunque entonces el Parlamento simplemente asistió como invitado y no como coorganizador.

2. Las conclusiones del Consejo (14155/05, Presse 287), una vez leído el Informe de rendición de cuentas anual elaborado por la Comisión, en el año 2005, son igualmente favorables: también solicita ser informado y consultado, junto con el Parlamento, de todas las iniciativas que la Comisión adopte, para asegurar la máxima implicación política del proyecto. Además, invita a la Comisión a proceder lo más pronto posible a la elaboración de un calendario y una descripción detallada del proceso, así como de las propuestas que se realicen para poner al día y modernizar el *acquis communautaire*, que son las ideas motrices que deben guiar la redacción del Marco Común de Referencia. El Consejo espera tener más información sobre la revisión del acervo comunitario a lo largo del año 2006. En cuanto a los Estados Miembros, el Consejo sugiere su cooperación con la Comisión en lo que se refiere a la forma en que se ha llevado a cabo la transposición y la aplicación de las normas que son el resultado de la misma, y les anima a participar en el trabajo que lleva a cabo la Comisión, especialmente a través de los *stakeholders*.

En sus conclusiones, el Consejo reconoce la importancia del proyecto, refiriéndose especialmente al trabajo emprendido de revisión de las Directivas sobre contratos de consumo y celebrando especialmente que se haya procedido a un enfoque horizontal que haya dado como resultado la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, que es un ejemplo claro de modernización y puesta al día del *acquis*. En ese contexto, el Consejo celebra que la Comisión reconozca que no se está trabajando para elaborar un Código –aunque, en este punto, el Parlamento sospecha que no sea del todo así, al menos a largo plazo– porque eso supondría una armonización del Derecho de los Estados miembros y, además, de todos los Estados miembros sin excepción.

Sugiere, en todo caso, que la Comisión no pierda de vista que se tiene que llegar a resultados prácticos que sean realmente útiles para el mercado interior, dando prioridad al Derecho de consumo. Entiende que es necesario que la Comisión fije etapas y períodos de trabajo bien definidos, redefiniendo de nuevo el calendario inicialmente establecido.

IV. LOS DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR

Algunos ejes centrales marcan el período analizado: las respuestas de los operadores jurídico-económicos europeos al Libro Verde del Mercado Hipotecario en Europa de 19 de julio de 2005, la plena operatividad de EULIS, el próximo *meeting* en Trento y la planificación del CoPECL de trabajos sobre materias relacionadas con los derechos reales.

Empezamos, naturalmente, por el principio. El 2005 terminó con la esperanza de que la Comisión Europea (Mercado Interior) publicase durante los primeros meses de 2006 sus conclusiones sobre el Libro Verde del Mercado Hipotecario en Europa que había publicado en julio. Pero la propia Comisión se ha tomado un tiempo para conversaciones bilaterales con los principales operadores de los grupos intervinientes en él, y ha decidido posponer la publicación del Libro Blanco con las conclusiones hasta 2007. No obstante, este semestre nos deja las respuestas de los países y de operadores jurídico-económicos sobre las diversas cuestiones del Libro. Aunque existen posturas diversas en torno a la protección de consumidores (ej., magnitud de la información y de los derechos que los consumidores deben tener en tanto que parte débil, como el derecho a amortizar anticipadamente o no), por lo que se refiere a la Eurohipoteca (www.eurohypothec.com), los resultados han sido ciertamente positivos. Así, la mayoría de países que se han pronunciado han dado su apoyo (Chipre, Polonia, Chequia, Irlanda y Finlandia), en ocasiones entusiasta, tanto a la idea de una hipoteca única para Europa como al modelo que se propuso en las *Basic Guidelines* (es esencialmente segura, flexible y paneuropea), mientras que otros han cuestionado el modelo (España y Hungría) y los menos, simplemente, se han opuesto a la idea armonizadora en materia de derechos reales de hipoteca (Alemania, Austria y Estonia), aunque por motivos diferentes (ej., que ellos ya tienen un modelo flexible y que no es necesario otro a nivel europeo, que no concuerda con su propio modelo hipotecario, que es dudosa su eficacia económica, etc.). Del mismo modo, muchas entidades de crédito de primer rango en Europa, como Crédit Agri-

cole, Halifax Bank of Scotland, Royal Bank of Scotland, Lloyds o Citigroup han mostrado su apoyo tanto a la institución como al modelo, mientras que el BBVA desconfía del modelo aunque respaldan la idea. Las asociaciones representativas de bancos y cajas de ahorros europeas han dado mayoritariamente apoyo a la Eurohipoteca, mientras que los organismos representativos de registradores (sólo ha contestado ELRA) se han mostrado en contra (ello contrasta con el interés que ha despertado la Eurohipoteca, aunque partiendo de un modelo distinto al de las *Basic Guidelines*, en el Colegio de Registradores de España, que en el primer trimestre de 2006 ha creado el Grupo de Apoyo Europa donde tratará, entre otras, esta cuestión) y los notarios italianos prefieren el modelo de hipoteca accesoria. Por último, los únicos organismos europeos que se han pronunciado sobre la Eurohipoteca han sido el Banco Central Europeo y el Comité Económico y Social y ambos se han mostrado muy favorables tanto a la idea como al modelo. De manera que la Comisión Europea debería tener en cuenta estos resultados a la hora de decidir si deben potenciarse los estudios de la Eurohipoteca y de continuar con el proceso armonizador, de cara al Libro Blanco de 2007.

Por su parte, EULIS (www.eulis.org) está ya plenamente operativo. El *European Land Information Service* es un portal desde el cual se puede acceder a la información registral y catastral de fincas de ocho países europeos (Holanda, Austria, Inglaterra y Gales, Suecia, Finlandia, Lituania, Noruega y Escocia), lo que a efectos del mercado hipotecario supone un importante avance en el proceso de convergencia económico-jurídica. Además, incorpora un *thesaurus* de terminología jurídica que pretende aclarar las cargas de las fincas para que la información sea plena. EULIS no es en sí mismo un Registro ni un Catastro sino simplemente la puerta virtual a través de la cual se puede acceder a los diferentes catastros y registros europeos asociados. Su intención es la de ir ampliando los registros afiliados.

Se acerca la fecha del encuentro anual en Trento y el grupo sobre derecho hipotecario se reúne, coordinado por el profesor Cornelius van der Merwe, en junio de 2006 con la finalidad de discutir las respuestas al cuestionario y matizarlo, si es necesario. En la próxima crónica analizaremos los extremos de la consulta y los resultados de las discusiones.

Por su parte, la Joint Network on European Private Law (CoPECL), nacida del 6.º Programa Marco y que incorpora a muchos grupos de investigación paneuropeos en materia de armonización del derecho privado (http://www.jura.unibielefeld.de/Lehrstuehle/Schulte-Noelke/Institute_Projekte/g/dms/copecl/dms.php), aunque sigue centrado esencialmente en materia contractual y de consumidores, parece que tiene previsto reemprender el debate sobre la armonización de los derechos de garantía mobiliarios en Europa a partir del último trimestre de 2007, así como la transmisión del título y demás materiales relacionadas con derechos reales en Europa.

Por último, una breve reseña de los acontecimientos científicos relacionados con esta reseña:

1. En abril de 2006 ha tenido lugar el *II Congreso Internacional sobre vivienda, economía y derecho. Itinera domus: promoting housing*, organizado por la Universidad de Valladolid y la Junta de Castilla y León, y dirigido por la doctora Esther Muñiz Espada, el cual tuvo un alto componente de Derecho comparado europeo en materia de vivienda y derechos reales. Por cierto, los resultados del I Congreso han sido recientemente publicados por la Junta de Castilla y León con el título *Hipoteca y mercado de la vivienda. Armonización de la hipoteca en Europa* (Valladolid, 2006).

2. En mayo de 2006 tiene lugar un seminario sobre inversión colectiva en inmuebles y REITs (*real estate investment trusts*) en la Universidad de Granada, dirigido por el profesor Antonio Ortí Vallejo, también con una importante presencia de Derecho comparado.

3. Sobre el *trust* y su posible regulación en Cataluña versará el seminario «Per què un trust a Catalunya?», organizado por la Universidad de Barcelona y dirigido por la doctora Esther Arroyo, en el que se contará, naturalmente, con la experiencia internacional en esta materia; será en junio de 2006.

4. Sobre el mercado hipotecario en Europa y, especialmente, en los países de la Europa del Este se realizarán dos acontecimientos científico-prácticos. El primero, organizado por la *Verband Deutscher Pfandbriefbanken*, tiene lugar en mayo 2006 en Berlín, con la asistencia de la práctica totalidad de representantes de los países de la Europa central y oriental, que explicarán sus experiencias en materia de hipoteca independiente. El segundo, es un Seminario TIBS organizado por el Banco Nacional de Polonia y auspiciado por representantes de las entidades de crédito norteamericanas, tendrá lugar en Varsovia, en junio de 2006, y pretende tener un importante impacto en el mercado hipotecario europeo central y del este.

V. EL DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, U. BARCELONA

1. Legislación

Propuesta de Reglamento del Consejo sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones y cooperación en materia de ley aplicable (COM (2005) 649 final).

Ya en el Consejo de Tampere celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 se preconizaba el establecimiento de reglas procesales comunes en materia de obligaciones de alimentos. Dicho objetivo se reiteró posteriormente en el Programa de implementación del principio de reconocimiento mutuo del año 2000 (*DO C 12*, de 15 de enero de 2005) y en el posterior Programa de La Haya (*DO C 53*, de 3 de marzo de 2005). De acuerdo con el calendario establecido en el Plan de acción de junio de 2005 (Documento del Consejo núm. 9778/2/05 REV 2 JAI 207), se presentó el 15 de diciembre de 2005 una Propuesta de Reglamento que abre las negociaciones en la materia. Dichas negociaciones se producirán en paralelo con las que han de conducir a la adopción, previsiblemente en el primer semestre del año 2007, de un nuevo Convenio internacional elaborado por la Conferencia de La Haya.

Los objetivos de la Propuesta de Reglamento son ambiciosos. Se trata de eliminar los obstáculos que impiden la obtención de alimentos en los supuestos en los que está presente un elemento de extranjería referido a la UE. Para ello se proponen medidas referidas a todos los ámbitos de la cooperación civil, esto es, a la competencia de autoridades, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución, la cooperación y la armonización de reglas procesales. La Propuesta de Reglamento consta de 53 artículos y se acompaña de cinco

anexos con formularios uniformes para la aplicación de algunas de dichas disposiciones.

Desde un punto de vista material se propone que las futuras reglas comunitarias se apliquen a las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones familiares o de relaciones que, en virtud de la ley que les sea aplicable, produzcan efectos similares. En este punto se advierte la dificultad que supone en este momento legislar en materia de familia en Europa, pues no existe un consenso sobre las nociones básicas. Ello genera evidentes problemas. Por un lado, es frecuente que para la determinación de la relación de la que derivan los alimentos se remita a su ley rectora. Puesto que la UE no ha promulgado normas de conflicto uniformes en materia de parejas no casadas ni existe una solución uniforme en relación a la resolución de las cuestiones preliminares hay que entender que el incidente conflictual, además de ser un factor de complejidad hasta cierto punto incompatible con la voluntad de simplificación a la que obedece la norma comunitaria, producirá una falta de uniformidad en la aplicación de la misma reñida con su naturaleza. Por otro lado, es frecuente el recurso a los circunloquios (aludiéndose por ejemplo a las personas que a causa de una alteración o insuficiencia de sus facultades personales no estén en situación de proveer a sus intereses a las que se las denomina «adultos vulnerables») a fin de superar los inconvenientes derivados de la falta de una terminología común. Finalmente habría que destacar que el Reglamento, inspirándose en este punto en el para España vigente Convenio de La Haya de 1973 en materia de ley aplicable a las obligaciones alimenticias (BOE núm. 222, de 16 de septiembre de 1986) pone en manos del deudor de alimentos una cláusula de exoneración de responsabilidad en virtud de la cual puede hacer valer que la obligación de alimentos no está prevista en la ley de la nacionalidad común de acreedor y deudor o en defecto de nacionalidad común en la ley de la residencia habitual del deudor. Con ello se pretende gestionar la diversidad del Derecho material que se ve acrecentada porque las normas de conflicto propuestas son de carácter universal y por tanto pueden designar el Derecho de un Estado no Miembro. El Derecho material de los Estados miembros recibe sin embargo un tratamiento diferenciado, pues no opera frente a él la excepción de orden público.

La Propuesta de Reglamento se caracteriza por establecer foros de competencia de autoridades alternativos de forma que a elección del demandante pueden conocer los tribunales de la residencia habitual del demandado y del demandante, los tribunales que conozcan a título principal de una cuestión relativa al estado civil, siendo la petición de alimentos accesoria y salvo que dichos tribunales conozcan en virtud de un foro basado en la nacionalidad de una de las partes, y los tribunales competentes en materia de responsabilidad parental en virtud del Reglamento 2201/2003. Adicionalmente se admite la prórroga de competencia salvo que la controversia se refiera a una obligación alimenticia respecto a un niño.

En materia de ley aplicable destaca como principal novedad frente al Derecho positivo vigente, la posibilidad de que el acreedor de alimentos solicite la aplicación de la *lex fori* si el deudor de alimentos tiene allí establecida su residencia habitual. Se admite asimismo que la ley aplicable se determine a través de un acuerdo de voluntades, si bien, salvo en el caso de que la opción sea a favor de la *lex fori*, no se permite la elección de ley respecto a obligaciones alimenticias a favor de un menor de 18 años o respecto a un adulto vulnerable. Estamos, por otro lado, frente a una autonomía limitada, pues se restringe el círculo de ordenamientos entre los que se puede optar. Se

admite que las partes elijan en un acuerdo celebrado por escrito la ley correspondiente a su nacionalidad común en el momento de la designación, la ley de la residencia habitual común o la del deudor o acreedor de alimentos en el momento de la designación o la ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges o entre personas que mantengan una relación que según su ley rectora produzca unos efectos similares al matrimonio. Cabe asimismo la elección de la *lex fori* que puede, además de ser expresa, deducirse inequívocamente de la interposición de la demanda.

Las decisiones dictadas en materia de alimentos en un Estado miembro se configuran como títulos ejecutivos europeos que acceden directamente a los procedimientos internos de ejecución forzosa. Se dictan, sin embargo, normas comunes para solicitar la retención automática mensual de la deuda al empleador del deudor o a un banco en el que el deudor tiene abierta una cuenta, así como para obtener un embargo temporal de una cuenta corriente. Por consiguiente este proyecto va más allá que el Reglamento 805/2004, sobre el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados o el Reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental, pues entra a armonizar el proceso de ejecución.

En definitiva estamos frente a un proyecto que significa un importante salto cualitativo de la política comunitaria en materia de cooperación civil. Su negociación será, sin embargo, probablemente complicada. En primer lugar, por cuestiones internas de la Comunidad, pues es necesaria la unanimidad habiendo fracasado una propuesta de la Comisión para que en esta materia se utilizara la codecisión y, en segundo término porque el hecho de que paralelamente se esté negociando un Convenio en la Conferencia de La Haya generará interferencias y dificultades de coordinación. Finalmente hay que señalar que la heterogeneidad del Derecho material plantea importantes retos.

2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 27 de abril de 2006, Asunto C-96/04, Standesamt Stadt Niebüll.

En la anterior Crónica se comentaban las Conclusiones del Abogado General Jacobs en este asunto. La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en abril de 2006 ha evitado finalmente entrar en el fondo limitándose a establecer la falta de competencia del Tribunal. Por consiguiente, el Tribunal no se pronuncia sobre si el hecho de que en el Estado miembro de su nacionalidad un niño deba inscribirse con un apellido distinto del que lleva en el Estado miembro de su nacimiento constituye un obstáculo a su derecho como ciudadano a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros sino que se limita a establecer que carece de competencia para responder a la cuestión que le ha sido planteada por el Amtsgericht Niebüll.

Aunque los padres del niño deseaban que el niño llevara en Alemania, su Estado nacional, el apellido con el que había sido inscrito en Dinamarca, el Estado miembro en el que tuvo lugar su nacimiento, dicho litigio ya había sido zanjado en última instancia por el Kammergericht Berlín. El Amtsgericht Niebüll interviene solamente porque de conformidad con el Derecho alemán al no haber los padres optado por compartir un apellido y no haber tampoco escogido de común acuerdo entre el apellido del padre o el de la madre, el tribunal ha de designar a aquel de los progenitores al que corres-

ponde elegir el apellido del niño. En caso de que el progenitor designado no ejerza dicha facultad dentro de plazo, el apellido del niño será el de dicho progenitor. El Amtsgericht Niebüll actúa, por tanto, en calidad de autoridad administrativa sin que deba al mismo tiempo resolver un litigio, con lo que carece de legitimación activa para la interposición del recurso prejudicial.

Lo que esta sentencia pone esencialmente de manifiesto es la limitadísima función que, de cara al derecho a la tutela judicial efectiva del ciudadano comunitario, corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad. Pues quien debería haber interpuesto el recurso, el Kammergericht Berlín, no lo hizo. Desde el punto de vista sustantivo la cuestión sigue, sin embargo, abierta.

VI. EL DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO

1. Legislación

Proyecto de ley 621/000053 por el que se modifica el texto refundido de la LPI (BOCG, Senado, VIII legislatura, serie II: proyectos de Ley de 31 de mayo de 2006, núm. 53-e).

El 31 de mayo de 2006 se discutió y se aprobó el proyecto de ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. En esta crónica sólo pretendemos destacar los extremos más importantes de la reforma operada a los que se refiere la propia exposición de motivos.

El origen del proyecto de LPI se encuentra en la incorporación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo 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. Con esta Directiva la Unión Europea pretende cumplir con los Tratados de la OMPI de 1996 sobre derechos de autor y sobre interpretación o ejecución y fonogramas. Además, se trata de tener en cuenta los nuevos medios tecnológicos de que todos, actualmente, disponemos.

Una de las novedades del proyecto es la potenciación de los organismos arbitrales. Concretamente, de la Comisión mediadora de la Propiedad Intelectual que pasa a denominarse *comisión de la propiedad intelectual*.

La reforma afecta a determinadas facultades de explotación económica de la obra: la *facultad de reproducción*, de *distribución* y de *comunicación pública*. En relación con la primera, la reforma incluye de modo explícito las reproducciones mediante sistemas digitales. Respecto de la segunda, se tiene en cuenta el agotamiento comunitario, es decir, la primera transmisión de la propiedad no supone la extinción del derecho de distribución, sino que se pierde la facultad de autorizar e impedir posteriores ventas. Esta norma se aplica a todo tipo de obras. Finalmente, se hace un reconocimiento explícito del derecho de puesta a disposición *interactiva*. Así, cualquier persona puede acceder a las obras desde el lugar y en el momento que elija. Se trata de una modalidad de comunicación pública. Consecuentemente, se atribuye a los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, a las entidades de radiodifusión

y a los productores, sean de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, un derecho de exclusiva sobre esta modalidad.

Se establece una *nueva regulación del derecho de remuneración por copia privada diferenciando el entorno analógico del digital*. Hay que tener en cuenta que la copia privada digital tiene un gran impacto económico. Esta nueva regulación responde, como indica la exposición de motivos del proyecto de ley, a la necesidad de armonizar los intereses tanto de los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la limitación de copia privada, establecida en el artículo 31.2, como de los distribuidores de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación por copia privada, y trata de establecer un marco equilibrado que constituya un régimen en beneficio de todos los agentes afectados y adecuado a las nuevas realidades sociales y tecnológicas de la sociedad de la información. La reforma del régimen de copia privada introduce las debidas diferencias entre el entorno analógico y el digital. El apartado 5 del vigente artículo 25 LPI sólo será de aplicación a los equipos, aparatos y soportes materiales analógicos. Asimismo, se da una primera solución transitoria en la que sea de plena aplicación la diferencia entre los entornos analógico y digital; para ello, se añade un listado de otros equipos, aparatos y soportes materiales digitales, se precisa la compensación que los sujetos obligados al pago, definidos en el apartado 4.a) del citado artículo 25, deberán de abonar a los acreedores y se excluyen expresamente los discos duros de ordenador, sin que haya sido necesario explicitar la exclusión de las conexiones ADSL, dado que éstas no son, por su propia naturaleza, ni equipos, ni aparatos, ni soportes materiales susceptibles de reproducir, sino que son meras conexiones, por lo que, en ningún caso, podrían quedar sujetas a pago de ninguna clase, en atención a unas reproducciones de imposible realización.

En lo concerniente a los *límites a las facultades patrimoniales del autor*, se recoge el supuesto de la *reproducción de textos, imágenes, audiovisuales, entre otras obras, con fines educativos o ilustrativos, salvo cuando se refiere a manuales y libros de texto universitarios, sin necesidad de que medie el consentimiento de los autores o del autor*.

Se introduce un *nuevo límite* que tiene por objeto la realización, a los efectos de investigación, de *consultas mediante terminales especializados instalados a tal efecto, ubicados en los propios establecimientos y a través de red cerrada e interna*. No ampara la llamada entrega en línea, para la que deberá contarse con la oportuna autorización de los titulares. Por otra parte, se incorporan mejoras respecto a otros límites que ya aparecían recogidos en nuestra legislación. Es el caso de la supresión del término «copista» en el límite referido a la copia privada. De acuerdo con la Directiva, se aclara que la reproducción ha de ser efectuada por una persona física para su uso privado. Asimismo, se establece que la compensación prevista en el artículo 25 deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a que se refiere el artículo 161. De este modo, se da cumplimiento a lo exigido por la Directiva 2001/29/CE y se habilita al Gobierno para modificar lo referente a la relación entre dichas medidas tecnológicas y el límite de copia privada. Se trata de los límites basados en razones de seguridad, que se extienden a todo tipo de obras y no sólo a las bases de datos, y de los límites basados en las necesidades de los procedimientos oficiales, entre los que se incluyen ahora los procedimientos parlamentarios. Asimismo, el ámbito de aplicación de estas excepciones se amplía y afectará no sólo al derecho de reproducción, sino también a los derechos de distribución y comunicación pública.

El otro límite, dentro del mismo precepto, se refiere a la *discapacidad* y viene a sustituir al que antes se observaba para invidentes. Dicho límite se extiende a cualquier discapacidad y afecta a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública. Se exige, como se venía haciendo, que la utilización se lleve a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se añaden dos condiciones más previstas en la Directiva: que los actos guarden una relación directa con la discapacidad y se limiten a lo que ésta exige.

La referencia que se introduce en el artículo 32 respecto de las *revistas de prensa*, matiza el alcance del límite facultando al autor, en determinados casos, a oponerse a la realización de aquéllas cuando consistan en la mera reproducción de artículos periodísticos.

En último lugar, se amplían los fines en virtud de los cuales los establecimientos determinados en el artículo 37 pueden realizar reproducciones de obras, añadiendo a los de investigación hasta ahora previstos en la ley, los de conservación.

En el libro II de LPI se regulan los llamados *otros derechos de propiedad intelectual*, cuyos titulares son, entre otros, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas, los productores de grabaciones audiovisuales y las entidades de radiodifusión. Se reconoce un *nuevo derecho exclusivo de puesta a disposición interactiva para los artistas intérpretes o ejecutantes y para las entidades de radiodifusión*, y se mantiene para aquéllos el derecho de remuneración por esta modalidad de comunicación pública cuando tenga lugar su cesión al productor.

Es objeto también de atención la tutela *post mortem* para los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes, que no estarán limitados en el tiempo, con la salvedad del derecho a no ser doblados en su propia lengua que dura lo que dura la vida del artista. Se armoniza nuestra legislación sobre el derecho de remuneración de los productores de fonogramas con la legislación internacional y comunitaria, y la duración de los derechos de productores de fonogramas, que se ajusta a la Directiva y a lo dispuesto en el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas.

Las *nuevas tecnologías en el sector de las telecomunicaciones* brindan nuevas oportunidades de creación y de difusión de las obras y prestaciones y con ellas también aumentan las amenazas de *infracción de los derechos de propiedad intelectual*. La LPI introduce las denominadas *medidas técnicas de protección*. Junto a dichas *medidas técnicas de protección*, aparecen herramientas destinadas a facilitar la identificación de las obras y prestaciones. Todas ellas necesitan ir acompañadas de medidas de carácter legislativo que garanticen su protección rápida y eficaz. Es precisamente su novedad y sustantividad lo que justifica asignarle un título propio dentro de la LPI. Además, se prevén y sancionan los actos de elusión de medidas tecnológicas eficaces empleadas para la protección de las obras y prestaciones, así como los actos de fabricación y comercialización de dispositivos y servicios de neutralización de dichas medidas. Esta nueva normativa convivirá con la ya existente para programas de ordenador, no afectará a sus disposiciones específicas y no podrá invocarse en perjuicio de la protección dispensada a los programas. Esta especial protección queda excluida, por expreso mandato de la Directiva, cuando las medidas tecnológicas se apliquen a obras y prestaciones puestas a disposición del público con arreglo a lo convenido en un contrato y de tal forma que los usuarios puedan acceder a ellas en el momento y desde el lugar que individualmente elijan.

Respecto a las *acciones y procedimientos que los titulares de los derechos pueden instar*, se establece, por primera vez, la posibilidad de solicitar *medidas cautelares* contra los *intermediarios* a cuyos servicios recurre un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual, sin la exigencia de que el intermediario sea también infractor. Por otra parte, se aclara que el cese de la actividad ilícita puede comprender la incautación de los aparatos o dispositivos dedicados a la elusión de medidas tecnológicas y se incluye una referencia expresa al secuestro de estos aparatos como medida cautelar a dictar por la autoridad judicial. Estas medidas vienen a completar el sistema existente de acciones disponibles para los titulares de derechos de propiedad intelectual cuando sus intereses se vean perjudicados por actividades ilícitas.

2. **Jurisprudencia: STJCE sobre radiodifusión vía satélite y distribución por cable sobre radiodifusión vía satélite y distribución por cable**

Sentencia del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas de 1 de junio de 2006, en cuyo origen está la petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Bélgica) en el procedimiento entre Uradex SCRL y Union Professionnelle de la Radio et de la Télédistribution (RTD), Société Intercommunale pour la Difusión de la Télévision (BRUTELE) que dio lugar a la (C-169/05; <http://www.europa.eu.int/eur-lex>).

«El artículo 9, apartado 2, de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, debe interpretarse en el sentido de que, cuando se considera que una entidad de gestión colectiva está encargada de la gestión de los derechos de autor o de los derechos afines de un titular que no haya encomendado la gestión de sus derechos a una entidad de gestión colectiva, dicha entidad está facultada para ejercer el derecho del citado titular a conceder o a denegar a un distribuidor por cable la autorización para retransmitir por cable una emisión y, por consiguiente, la gestión por la citada entidad de los derechos del referido titular no se limita a los aspectos pecuniarios de esos derechos.»

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de julio de 2005, en cuyo origen está la petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) en el procedimiento entre Lagardère Active Broadcast que se ha subrogado en los derechos de Europe 1 communication SA y société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE), Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) en el que participa la compagnie européenne de radiodifusión et de télévision Europe 1 SA (CERT) que dio lugar a la (C-192/04; <http://www.europa.eu.int/eur-lex>).

«En el caso de una radiodifusión como la controvertida en el litigio principal, la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, no es contraria a que el canon por la utilización de fonogramas se regule no sólo por la ley del Estado

miembro en cuyo territorio tenga su domicilio social la sociedad emisora, sino también por la legislación del Estado miembro en el que se sitúe, por razones técnicas, el repetidor terrestre que difunda esas emisiones en dirección al primer Estado.

El artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, debe interpretarse en el sentido de que, para la determinación de la remuneración equitativa mencionada en dicha disposición, la sociedad emisora no puede deducir unilateralmente del importe del canon por la utilización de fonogramas adeudado en el Estado miembro en el que tenga su domicilio social, el del canon pagado o reclamado en el Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el repetidor terrestre que difunda las emisiones en dirección al primer Estado.»

VII. EL DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA

1. Legislación

A) LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN VIGOR

Responsabilidad por productos

Directiva 2005/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2005, por la que se modifica por vigesimosegunda vez la Directiva 76/769/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limitan la comercialización y el uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos (ftalatos en los juguetes y artículos de puericultura) (DO L 344, de 27 de diciembre de 2005).

En cumplimiento de la obligación de las instituciones comunitarias de garantizar un elevado nivel de protección de la salud y de los consumidores, se prohíbe el uso de determinados ftalatos en los juguetes y artículos de puericultura, fabricados en material plastificado si la presencia de ciertos ftalatos conlleva riesgos relacionados con la toxicidad general para la salud de los niños; así elementos que, aunque no estén pensados para ese fin, puedan introducirse en la boca.

Esta restricción de uso resulta de la aplicación del principio de cautela. En efecto, aun cuando la información científica sobre el tema es todavía inexistente o controvertida, no puede excluirse la existencia de un riesgo potencial.

Directiva 2005/94/CE del Consejo de 20 de diciembre de 2005 relativa a medidas comunitarias de lucha contra la *influenza aviar* y por la que se deroga la Directiva 92/40/CEE (DO L 10, de 14 de enero de 2006)

La *influenza aviar* (cfr. la definición del anexo I) es una enfermedad grave y muy contagiosa de las aves de corral y otras aves cautivas (cfr. la definición del art. 2, apartados 4 y 6), producida por diversos tipos de virus de la *influenza* [de alta patogenicidad (IAAP) y de baja patogenicidad (IABP)] que pueden, a su vez, propagarse a mamíferos como los cerdos y las personas. Ante las noticias que alertan de una posible epidemia, la Comunidad prevé su intervención con dos objetivos principales. De una parte, para mejorar la situación sanitaria de las aves de corral, facilitando así el comercio de éstas y de sus productos; de otra, para garantizar un alto nivel de protección de la salud humana (cfr. cdos. 1 y 2).

En este sentido se procede a revisar las medidas contempladas en la Directiva 92/40/CEE, del Consejo, de 19 de mayo de 1992, por la que se establecen medidas comunitarias para la lucha contra la *influenza aviar*. Al mismo tiempo, en aras de la claridad y la racionalidad de la legislación comunitaria, se deroga la Directiva 92/40/CEE a partir del 1 de julio de 2007 (art. 65; sobre las disposiciones transitorias *vid.* art. 66).

Sin perjuicio del establecimiento de medidas específicas (*vid.* arts. 3 ss. sobre medidas de bioseguridad preventiva, arts. 11 ss. sobre las medidas relativas a IAAP, arts. 39 ss. en caso de IABP, o arts. 52 ss. relativos a la vacunación) y de la posibilidad de los Estados miembros de adoptar medidas más rigurosas (art. 1.2.º), la Directiva 2005/94/CE recuerda la aplicabilidad de la Directiva 93/119/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1993, relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza respecto de las normas mínimas de protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza, incluso a efectos de lucha contra las enfermedades, así como del Reglamento (CE) 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal y el Reglamento (CE) 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios.

Finalmente, dado el carácter impredecible de los virus de la *influenza*, se prevé la disposición de un procedimiento acelerado para la rápida adopción, a escala comunitaria, de medidas complementarias o más específicas para luchar contra toda infección de las aves de corral y otras especies animales, siempre que dichas medidas sean necesarias [cfr. cdo. 31 y arts. 62-64 relativos a los planes de intervención, poderes de ejecución y funcionamiento del Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y de Sanidad Animal creado por el Reglamento (CE) 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria].

Los Estados miembros deberán incorporar esta Directiva a su derecho nacional a más tardar el 1 de julio de 2007 (art. 67).

Responsabilidad civil en materia de transporte aéreo

Reglamento (CE) 2111/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2005, relativo al establecimiento de una lista comunitaria de

las compañías aéreas sujetas a una prohibición de explotación en la Comunidad y a la información que deben recibir los pasajeros aéreos sobre la identidad de la compañía operadora, y por el que se deroga el artículo 9 de la Directiva 2004/36/CE (DO L 344, de 27 de diciembre de 2005).

El Reglamento 2111/2005 fija las normas relativas, de una parte, a la adopción y publicación de una lista comunitaria de las compañías aéreas que, por razones de seguridad, están sujetas a una prohibición de explotación en la Comunidad; de otra, a la información que deben recibir los pasajeros aéreos sobre la identidad de la compañía aérea operadora de los vuelos en que viajen (art. 1).

Con el primer grupo de medidas se pretende reforzar la seguridad aérea, garantizando un alto nivel de prioridad de los pasajeros frente a los riesgos de seguridad (cfr. cdo. 1) a través del establecimiento de una prohibición de explotación aplicable en el conjunto del territorio de todos los Estados miembros (art. 3). Dado que la relación entre este Reglamento y el artículo 9 de la Directiva 2004/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la seguridad de las aeronaves de terceros países que utilizan los aeropuertos de la Comunidad sería de otro modo confusa, se deroga dicho precepto en aras de la seguridad jurídica (cfr. cdo. 22).

Para elaborar la lista comunitaria de las compañías aéreas que no cumplen los requisitos pertinentes en materia de seguridad se establecen en el anexo que acompaña el Reglamento una serie de criterios comunes que toman en consideración la evolución científica y técnica. Con objeto de establecer la primera lista comunitaria, cada Estado miembro comunicará a la Comisión la identidad de las compañías aéreas que son objeto de una prohibición de explotación en su territorio; recibida esta información, la Comisión habrá de decidir sobre la imposición de una prohibición de explotación a las compañías aéreas en cuestión, así como sobre la correspondiente actualización de la lista comunitaria (*vid.* arts. 4-8)

A fin de garantizar la máxima transparencia, de modo que el contenido de esta lista y cualquier modificación llegue a conocimiento de los pasajeros, el artículo 9 prevé que se facilite el acceso público, en particular, a través de Internet.

Respecto de la información, el contratista de servicios de transporte aéreo, esto es, la compañía aérea que suscribe un contrato de transporte con el pasajero o, en caso de que el contrato incluya un viaje combinado, el operador turístico [art. 2.c)], deberá informar al pasajero, en el momento en que éste realice su reserva, de la identidad de la compañía o compañías aéreas operadoras, independientemente del medio empleado para efectuar la reserva (art. 11), de modo que esta información contribuya a que los pasajeros sean conscientes del nivel de fiabilidad de las compañías aéreas en lo que se refiere a la seguridad (cfr. cdo. 15).

Finalmente, sin perjuicio de que el Reglamento 2111/2005 no afecta al derecho a reembolso o a un transporte alternativo que reconoce el Reglamento (CE) 261/2005, cuando este último no sea aplicable y la compañía aérea operadora notificada al pasajero figure en la lista comunitaria y sea objeto de una prohibición de explotación que haya conducido a la cancelación del vuelo en cuestión o que habría conducido a la cancelación del vuelo si hubiese tenido lugar dentro de la Comunidad, el contratista de los servicios de transporte aéreo, que es parte en el contrato de transporte, ofrecerá a los pasajeros el derecho a reembolso o a un transporte alternativo previsto en el artículo 8 del

Reglamento (CE) 261/2004, a condición de que, cuando no se haya cancelado el vuelo, los pasajeros hayan optado por no tomar dicho vuelo (art. 12).

Este Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. No obstante, las normas relativas al derecho de información (arts. 10-11) y de reembolso (art. 12) se aplicarán a partir del 16 de julio de 2006 y el artículo 13, relativo a las sanciones –que pueden ser de naturaleza civil o administrativa (cfr. cdo. 23)–, a partir del 16 de enero de 2007.

Reglamento (CE) 2096/2005 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2005, por el que se establecen requisitos comunes para la prestación de servicios de navegación aérea (*DO L 335*, de 21 de diciembre de 2005). De acuerdo con su artículo 10, este Reglamento entrará en vigor el tercer día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Reglamento (CE) 474/2006 de la Comisión, de 22 de marzo de 2006, por el que se establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad, prevista en el capítulo II del Reglamento (CE) 2111/2005 (*DO L 084*, de 23 de marzo de 2006). De acuerdo con su artículo 4, este Reglamento entrará en vigor el primer día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Responsabilidad medioambiental. Reglamento (CE) 336/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2006 sobre la aplicación en la Comunidad del Código internacional de gestión de la seguridad y por el que se deroga el Reglamento (CE) 3051/95 del Consejo (*DO L 64*, de 4 de marzo de 2006).

El Código internacional de gestión de la seguridad operacional del buque y la prevención de la contaminación «el Código IGS» fue aprobado por la Organización Marítima Internacional (OMI) en 1993. Con la adopción de este Reglamento pretende garantizarse su aplicación.

El Reglamento 336/2006 entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. En relación con los buques de carga y de pasaje a los que haya dejado de exigirse el cumplimiento del Código IGS, el presente Reglamento se aplicará a partir 24 de marzo de 2008 (art. 14 del Reglamento 336/2006).

Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE (*DO L 102*, de 11 de abril de 2006).

Lo dispuesto en esta Directiva se entenderá sin perjuicio de la legislación comunitaria o nacional en relación con la responsabilidad civil del poseedor de los residuos (cfr. art. 12.4.º de la Directiva 2006/21/CE).

Responsabilidad en materia de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE (*DO L 105*, de 13 de abril de 2006).

Conforme con el artículo 13.1.º (Recursos judiciales, responsabilidad y sanciones) de la Directiva 2006/24/CE, cada Estado miembro adoptará las medidas que se impongan para velar por que se apliquen plenamente, en lo que se refiere al tratamiento de datos en el marco de la presente Directiva, las medidas nacionales de aplicación del capítulo III de la Directiva 95/46/CE relativas al establecimiento de recursos judiciales, responsabilidad y sanciones.

B) LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

Responsabilidad civil en materia de servicios. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, presentada por la Comisión, Bruselas, 4 de abril de 2006 [COM/2006/0160 final].

Responsabilidad civil en materia de crédito al consumo. 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 los contratos de crédito al consumo a los consumidores por la que se modifica la Directiva 93/13/CE del Consejo, presentada por la Comisión, Bruselas, 7 de octubre de 2005 [COM(2005) 483 final].

Desde la perspectiva del Derecho de daños cabe destacar en esta propuesta la regulación de la responsabilidad solidaria. De acuerdo con su artículo 19, los Estados miembros garantizarán que la existencia de un contrato de crédito no afecte en modo alguno los derechos del consumidor frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante dichos contratos, cuando los bienes o servicios no se suministren o no sean conformes al contrato de suministro; si el proveedor de bienes o servicios actúa como intermediario de crédito, tanto él como el prestamista deberán indemnizar solidariamente al consumidor si los bienes o los servicios cuya adquisición se financia por medio del contrato de crédito no se suministran, se suministran sólo parcialmente o no son conformes al contrato de suministro.

Responsabilidad medioambiental

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 417/2002 relativo a la introducción acelerada de normas en materia de doble casco o de diseño equivalente para petroleros de casco único, y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 2978/94 del Consejo, presentada por la Comisión, Bruselas, 27 de marzo de 2006 [COM/2006/111 final].

En su versión original, el Reglamento (CE) núm. 417/2002, en vigor desde el 21 de octubre de 2003, introdujo una serie de normas en materia de doble casco o de diseño equivalente para los petroleros de casco único a fin de reducir el riesgo de contaminación por los hidrocarburos. Dentro de las iniciativas de carácter urgente tomadas a raíz del naufragio del petrolero *Prestige*, el 20 de diciembre de 2002 la Comisión decidió proponer una modificación de dicho Reglamento a fin de acelerar el calendario inicial de retirada de los petroleros de casco único y prohibir con efecto inmediato el

transporte de petróleo pesados en los petroleros de casco único con destino o salida en los puertos de un Estado miembro de la Unión Europea.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los residuos, presentada por la Comisión, Bruselas, 21 de diciembre de 2005 [COM(2005) 667 final].

La propuesta de la Comisión se orienta a optimizar las disposiciones de la Directiva 75/442/CEE manteniendo, al mismo tiempo, su estructura fundamental. Al respecto, uno de los aspectos más significativos es la introducción de un objetivo medioambiental.

Responsabilidad en materia de transporte marítimo o fluvial

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar o vías navegables en caso de accidente, presentada por la Comisión, Bruselas, 23 de noviembre de 2005 [COM(2005) 592 final].

La propuesta de Reglamento sigue las orientaciones contenidas en el Libro Blanco de 2001 sobre la política de transportes (COM(2001) 370) y la «Comunicación sobre el refuerzo de la seguridad de los buques de pasaje en la Comunidad» presentada por la Comisión en 2002 [COM(2002) 158]. Entre estas orientaciones cabe destacar dos aspectos. De una parte, el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva hasta un límite suficientemente alto y la ampliación de la responsabilidad en caso de culpa o negligencia. De otra, el establecimiento de un seguro obligatorio que garantice la eficacia del régimen de responsabilidad.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques, presentada por la Comisión, Bruselas, 23 de noviembre de 2005 [COM(2005) 593 final].

La reciente aprobación de la Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones y la presentación de la Propuesta de Reglamento sobre la responsabilidad civil de los transportistas de pasajeros por mar o vías navegables en caso de accidente prueban la importancia cobrada por las cuestiones relacionadas con la responsabilidad de los operadores de la cadena del transporte marítimo en la política comunitaria. La presente propuesta de Directiva vendría a completar la anterior actuación normativa. Su objetivo es incorporar al Derecho comunitario el Protocolo de 2002 del Convenio de Atenas, relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, adoptado bajo los auspicios de la OMI. A su vez, completa ese dispositivo estableciendo a nivel de la Unión un régimen de responsabilidad civil de los propietarios de los buques (categoría en la que se incluyen todos los responsables de la explotación de un buque) en caso de daños a terceros.

Responsabilidad por productos. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo, y la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y el Consejo en el marco de la revisión de las Directivas sobre productos sanitarios, presentada por la Comisión, Bruselas, 22 de diciembre de 2005 [COM(2005) 681 final].

La Comisión justifica la necesidad de la propuesta en la existencia de margen de mejora de las Directivas sobre productos sanitarios.

C) LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

Responsabilidad por productos

Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco (*BOE* núm. 309, de 27 de diciembre de 2005).

La Ley 28/2005 incorpora en la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco. Estas medidas preventivas se justifican en la medida en que el consumo de tabaco, como factor determinante de diferentes patologías y como causa conocida de muerte y de importantes problemas sociosanitarios, constituye uno de los principales problemas para la salud pública. Expresamente se prevé que la aplicación de las disposiciones de la ley se hará sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda concurrir (cfr. arts. 18 y 20.6.º de la Ley 28/2005).

Real Decreto 1614/2005, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1852/1993, de 22 de octubre, sobre producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios (*BOE* núm. 2, de 3 de enero de 2006).

Sin perjuicio de la aplicación directa del Reglamento (CE) 392/2004 del Consejo, de 24 de febrero de 2004, que modifica el Reglamento (CEE) 2092/91 del Consejo, de 24 de junio, sobre la producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios, se ha considerado conveniente, para garantizar la debida seguridad jurídica, modificar el artículo 3.1.º del Real Decreto 1852/1993 de acuerdo con el siguiente tenor: *Se considera que un producto lleva indicaciones referentes al método ecológico de producción cuando en el etiquetado, en la publicidad o en los documentos comerciales, el producto o sus ingredientes se identifiquen con el término «ecológico», «biológico» u «orgánico», así como sus diminutivos y derivados habituales, tales como «bio», «eco», etc., acompañados o no del nombre del producto, sus ingredientes o su marca comercial.* Ha de recordarse que el período transitorio de utilización de las menciones reservadas a la agricultura ecológica solicitadas con anterioridad al 22 de julio de 1991 por

productos no conformes con la legislación en materia de agricultura ecológica concluye el 1 de julio de 2006.

Real Decreto 1619/2005, de 30 de diciembre, sobre la gestión de neumáticos fuera de uso (*BOE* núm. 2, de 3 de enero de 2006).

El Real Decreto 1619/2005 hace uso de la posibilidad concedida en los artículos 1 y 7 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, que facultan al Gobierno para fijar disposiciones específicas relativas a la producción y gestión de diferentes tipos de residuos. Su objeto es prevenir la generación de neumáticos fuera de uso, establecer el régimen jurídico de su producción y gestión, y fomentar, por este orden, su reducción, reutilización, reciclado y otras formas de valorización, con la finalidad de proteger el medio ambiente (art. 1).

Para ello se impone al productor de neumáticos, persona física o jurídica que fabrique, importe o adquiera en otros Estados miembros de la Unión Europea, neumáticos que sean puestos en el mercado nacional [cfr. art. 2. *b*)], la obligación de recibir los neumáticos fuera de uso hasta la cantidad puesta por él en el mercado nacional de reposición y de garantizar que se gestionan debidamente (art. 4). Por su parte, los generadores de neumáticos fuera de uso [cfr. art. 2. *c*)] deberán hacerse cargo de aquellos que generen como consecuencia de la prestación de un servicio dentro del marco de sus actividades.

En todo caso, el almacenamiento de neumáticos fuera de uso habrá de llevarse a cabo en condiciones de seguridad y salubridad adecuadas, prohibiéndose el abandono, vertido o eliminación incontrolada de neumáticos fuera de uso en todo el territorio nacional (art. 7). Aun cuando el Real Decreto 1619/2005 entró en vigor al día siguiente al de su publicación, la prohibición de depósito en vertedero de neumáticos troceados se retrasa al 16 de julio de 2006 (disposición final tercera).

Finalmente, respecto de la gestión de los neumáticos fuera de uso, se establece la posibilidad de que la legislación de las comunidades autónomas exija la suscripción de un seguro u otra garantía financiera equivalente para cubrir las indemnizaciones de los posibles daños que se puedan causar al medio ambiente, a las personas o a las cosas (art. 6.3.º).

Orden PRE/3/2006, de 12 de enero, por la que se modifica el anexo VI del Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, aprobado por el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero (*BOE* núm. 11, de 13 de enero de 2006).

El Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 1999/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 1999, sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros de la Unión Europea relativas a la clasificación, el envasado y el etiquetado de preparados peligrosos.

Esta orden incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/66/CE del Consejo, en lo que afecta a la Directiva 1999/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (*vid.* Directiva 2004/66/CE del Consejo, de 26 de abril de 2004, por la que se adaptan las Directivas 1999/45/CE, 2002/83/CE, 2003/37/CE y 2003/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Direc-

tivas 77/388/CEE, 91/414/CEE, 96/26/CE, 2003/48/CE y 2003/49/CE del Consejo, en los ámbitos de la libre circulación de mercancías, la libre prestación de servicios, la agricultura, la política de transportes y la fiscalidad, como consecuencia de la adhesión de la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia).

Responsabilidad en el sector financiero

Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos (*BOE* núm. 274, de 16 de noviembre de 2005).

Este Real Decreto desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; en concreto, sus títulos III y IV. Al mismo tiempo, viene a completar la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (cfr. el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que ha dado nueva redacción al régimen establecido en la Ley 24/1988, de 28 de julio, para la regulación de las ofertas públicas y para la admisión a cotización en mercados secundarios oficiales de valores en España). Finalmente, el Real Decreto 1310/2005 incorpora los artículos vigentes de la Directiva 2001/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre admisión de valores negociables a cotización oficial y la información que ha de publicarse sobre dichos valores.

El objetivo perseguido es preservar la seguridad jurídica necesaria para garantizar la confianza de los inversores y de los operadores en los mercados financieros. De este modo, los folletos autorizados en España serán válidos en los demás Estados miembros sin requisitos de información adicionales, y viceversa.

Se ha considerado procedente prever en un único texto reglamentario la normativa aplicable, por lo que este Real Decreto deroga el Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores, y casi todo el capítulo V del Reglamento de las Bolsas Oficiales de Comercio, aprobado por el Decreto 1506/1967, de 30 de junio.

Real Decreto 1332/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero (*BOE* núm. 280, de 23 de noviembre de 2005).

El presente Real Decreto completa la transposición Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la vigilancia complementaria de las entidades de crédito, las compañías de seguros y las entidades de inversión que pertenecen a un conglomerado financiero, por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE y 93/22/CEE del Consejo, y las Directivas 98/78/CE y 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (cfr. Ley

5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero).

Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de abuso de mercado (*BOE* núm. 280, de 23 de noviembre de 2005).

Este Real Decreto completa la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso de mercado). Asimismo, incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2003/124/CE de la Comisión, de 22 de diciembre de 2003, sobre la definición y revelación pública de la información privilegiada y la definición de manipulación de mercado; la Directiva 2003/125/CE de la Comisión, de 22 de diciembre de 2003, sobre la presentación imparcial de las recomendaciones de inversión y la revelación de conflictos de intereses, y, por último, la Directiva 2004/72/CE de la Comisión, de 29 de abril de 2004, de prácticas de mercado aceptadas, la definición de información privilegiada para los instrumentos derivados sobre materias primas, la elaboración de listas de personas con información privilegiada, la notificación de las operaciones efectuadas por directivos y la notificación de las operaciones sospechosas.

Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, y se adapta el régimen tributario de las instituciones de inversión colectiva (*BOE* núm. 267 de 8 de noviembre de 2005).

El presente Real Decreto desarrolla la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, que transpone las Directivas 2001/107/CE y 2001/108/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de enero de 2002, que modifican la Directiva 85/611/CEE del Consejo, por las que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), con vistas a la regulación de las sociedades de gestión y los folletos simplificados y en lo que se refiere a las inversiones de los OICVM, respectivamente.

Responsabilidad medioambiental

Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (*BOE* núm. 102, de 29 de abril de 2006).

La Ley 9/2006, en vigor desde el 30 de abril de 2006, incorpora al Derecho interno la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, modificando el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental.

La nueva normativa trata de superar las carencias observadas respecto de la toma de decisiones en las fases anteriores a la de proyectos. Se introduce así la llamada evaluación ambiental estratégica como un instrumento de pre-

vección que permita integrar los aspectos ambientales en la toma de decisiones de planes y programas públicos.

La Ley tiene como destinatarios las Administraciones Públicas, tanto en el ámbito de la Administración General del Estado como en el ámbito autonómico; también tiene en cuenta a los profesionales al considerar que la inclusión de información ambiental en la toma de decisiones promueve soluciones sostenibles, eficaces y eficientes, con el consiguiente beneficio empresarial, y a los ciudadanos en general, a los que se reconoce el derecho de participación a través del acceso a una información exhaustiva y fidedigna del proceso planificador.

Entre otras finalidades, este instrumento se orienta a la prevención y reducción de la contaminación, teniendo como criterios informadores el principio de cautela y la necesidad de protección del medio ambiente.

Real Decreto 252/2006, de 3 de marzo, por el que se revisan los objetivos de reciclado y valorización establecidos en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases, y por el que se modifica el Reglamento para su ejecución, aprobado por el Real Decreto 782/1998, de 30 de abril (*BOE* núm. 54, de 4 de marzo de 2006).

Este Real Decreto transpone parcialmente la Directiva 2004/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre, relativa a los envases y residuos de envases, modificando los objetivos de reciclado y valorización contenidos en el artículo 5 de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases.

Real Decreto 1264/2005, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro nacional de derechos de emisión (*BOE* núm. 253, de 22 de octubre de 2005).

El presente Real Decreto desarrolla las normas básicas que han de regir la organización y funcionamiento del Registro nacional de derechos de emisión (Renade) en desarrollo de lo previsto en la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y que transpone las Directivas 2003/87/CE y 2004/101/CE, y en aplicación de las disposiciones contenidas en el Reglamento (CE) núm. 2216/2004 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2004, relativo a un sistema normalizado y garantizado de Registros.

Real Decreto 551/2006, de 5 de mayo, por el que se regulan las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español (*BOE* núm. 113, de 12 de mayo de 2006).

Con el fin de aumentar la seguridad de las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera, se revisa el Real Decreto 2115/1998, de 2 de octubre, sobre transporte de mercancías peligrosas por carretera, que incorporó al ordenamiento interno la Directiva 94/55/CE, del Consejo, de 21 de noviembre, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros con respecto al transporte de mercancías peligrosas por carretera, y se dispuso la aplicación al transporte interno de las normas internacionales reguladoras de estos transportes, fundamentalmente del Acuerdo Europeo

sobre el Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera (ADR), celebrado en Ginebra el 30 de septiembre de 1957, con sus modificaciones. Entre otros aspectos, se clarifican las responsabilidades de los intervinientes en las operaciones de carga y descarga.

2. Jurisprudencia

A) TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad

Vid. Auto TPI (Sala Quinta) de 26 de octubre de 2005 (asunto T-124/04); STPI (Sala Segunda) de 30 de noviembre de 2005 (asunto T-250/02); SSTPI (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2005 (asuntos T-69/00 y T-383/00), respecto de la responsabilidad de la Comunidad cuando no existe un comportamiento ilícito de sus órganos; y Auto TPI (Sala Tercera) de 14 de diciembre de 2005 (asunto T-369/03).

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos

La STPI (Sala Primera) de 9 de febrero de 2006 (asunto C-127/04) al decidir una petición de decisión prejudicial planteada por la *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division* (Reino Unido) interpreta el artículo 11 de la Directiva 85/374/CEE 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, en el sentido de que un producto se pone en circulación cuando sale del proceso de fabricación establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización, quedando a disposición del público con el fin de ser utilizado o consumido. Por otra parte, considera que cuando se interpone una acción contra una empresa por considerar erróneamente que es la fabricante de un producto cuando la productora es, en realidad, otra empresa, corresponde, en principio, al Derecho nacional establecer los requisitos conforme a los cuales se puede producir una sustitución procesal de las partes en el marco de una acción de este tipo. En todo caso, el órgano jurisdiccional nacional que examina los requisitos a los que se supedita esta sustitución debe velar por el respeto del ámbito de aplicación *ratione personae* de la Directiva 85/374, tal como éste está determinado en sus artículos 1 y 3.

B) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad medioambiental.—Incumplimiento del Estado

La STJ (Sala Segunda) de 20 de octubre de 2005 (asunto C-6/04) declara que el Reino Unido ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa

a la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres, al no haber adoptado, dentro del plazo establecido, todas las medidas necesarias para dar cumplimiento de forma completa y correcta a las exigencias de dicha Directiva. Al respecto recuerda el Tribunal que de los considerandos cuarto y undécimo de la Directiva resulta que los hábitat y las especies amenazadas forman parte del patrimonio natural de la Comunidad Europea y que las amenazas que pesan sobre ellos tienen a menudo un carácter transfronterizo, de forma que la adopción de medidas de conservación constituye una responsabilidad común de todos los Estados miembros. Por consiguiente, la exactitud de la adaptación tiene una particular importancia en un caso como el de autos, en el que la gestión del patrimonio común está confiada, para sus respectivos territorios, a los Estados miembros.

Responsabilidad de un Estado miembro por daños causados a los particulares por infracciones del Derecho comunitario

La STJ (Sala Tercera) de 20 de octubre de 2005 (asunto C-511/03) resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el *Hoge Raad der Nederlanden* (Países Bajos) señalando que el Derecho comunitario no contiene ninguna obligación, para un Estado miembro, de interponer un recurso de anulación, de conformidad con el artículo 230 CE, o por omisión, de conformidad con el artículo 232 CE, en beneficio de uno de sus ciudadanos. No obstante, no se opone, en principio, a que un Derecho nacional contenga una obligación de ese tipo o prevea la responsabilidad del Estado miembro por no haber actuado de esa forma.

Seguro de responsabilidad civil del automóvil

El Auto del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 1 de diciembre de 2005 (asunto C-447/04), a propósito de una petición de decisión prejudicial planteada por el *Landesgericht Innsbruck* (Austria), señala que el artículo 4, apartado 6, de la 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 vehículos automóviles), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma de Derecho nacional que permite a la parte perjudicada interponer un recurso contra la entidad aseguradora tras la fijación de un plazo razonable de pago inferior al plazo de tres meses establecido por la citada disposición.

Responsabilidad medioambiental.—Incumplimiento del Estado

La STJ (Sala Segunda) de 10 de enero de 2006 (asunto C-98/03) declara que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 6, apartado 3, y de los artículos 12, 13 y 16 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos

La STJ (Gran Sala) de 10 de enero de 2006 (asunto C-402/03) decide una petición de decisión prejudicial planteada por el *Vestre Landsret* (Dinamarca) aclarando que la Directiva 85/374/CEE 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional según la cual el proveedor debe asumir, en otros supuestos además de los enumerados taxativamente en el artículo 3, apartado 3, de la Directiva, la responsabilidad objetiva que esta Directiva establece e imputa al productor; en cambio, no se opone a una norma nacional según la cual el proveedor debe asumir sin restricciones la responsabilidad culposa del productor.

Responsabilidad en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos

La STJCE (Gran Sala) de 10 de enero de 2006 (asunto C-334/04) ha resuelto la petición de decisión prejudicial planteada por la *High Court of Justice* a instancia de la *International Air Transport Association* (IATA) y *European Low Fares Airline Association* (ELFAA) en el sentido de declarar la validez de los artículos 5-7 del Reglamento (CE) núm. 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. En primer lugar, el Tribunal rechaza la incompatibilidad de la normativa comunitaria con el Convenio de Montreal. Al respecto señala que todo retraso en el transporte aéreo de pasajeros puede ocasionar dos tipos de daño; de una parte, un retraso demasiado grande ocasionará perjuicios prácticamente idénticos para todos los pasajeros, cuya reparación puede adoptar la forma de una asistencia o de una atención, estandarizadas e inmediatas, a todos los interesados; de otra, los pasajeros pueden sufrir perjuicios individuales, inherentes al motivo de su desplazamiento, cuya reparación exige una apreciación caso por caso del alcance de los daños ocasionados, y sólo puede, en consecuencia, ser objeto de una indemnización a posteriori e individualizada. A juicio del tribunal, las disposiciones de los artículos 19, 22 y 29 del Convenio de Montreal se limitan a regular las circunstancias en que los pasajeros perjudicados, con posterioridad al retraso de un vuelo, pueden entablar las acciones destinadas a obtener una reparación por daños y perjuicios con carácter individual. Por tanto, las medidas comunitarias que mejoran la protección de los intereses de los pasajeros y las condiciones en que se aplica el principio de reparación, resultan compatibles con las normas internacionales. Igualmente entiende respetados el deber de motivación, el principio de seguridad jurídica y de proporcionalidad. A propósito del respeto del principio de igualdad de trato, la ELFAA alegaba que las compañías aéreas de tarifa reducida sufren un trato discriminatorio puesto que las medidas previstas en el Reglamento imponen las mismas obligaciones a todos los transportistas aéreos, sin distinguir entre sus políticas de precios y los servicios que ofrecen; en cambio, el tribunal considera que los perjuicios que sufren los pasajeros de los transportistas aéreos en caso de cancelación o

de gran retraso de los vuelos son análogos, cualquiera que sea la compañía aérea con la que han contratado y no tienen relación con la política de precios practicada por ésta; en consecuencia, corresponde al legislador comunitario tratar de forma idéntica a todas las compañías aéreas, so pena de vulnerar el principio de igualdad en relación con la finalidad perseguida por el Reglamento 261/2004 de aumentar la protección de todos los pasajeros de los transportistas aéreos.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos

La STJ (Gran Sala) de 14 de marzo de 2006 (asunto C-177/04) declara que la República francesa no ha adoptado las medidas necesarias para la plena ejecución de la Sentencia de 25 de abril de 2002, Comisión/Francia (C-52/00), en lo que atañe a la adaptación del Derecho interno al artículo 3, apartado 3, de la Directiva 85/374/CEE 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, incumpliendo de este modo las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 228 CE, al continuar considerando que el suministrador de un producto defectuoso es responsable por el mismo concepto que el productor, cuando este último no pueda ser identificado, incluso en el supuesto de que el suministrador haya informado al perjudicado de la identidad de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable.

C) TRIBUNAL SUPREMO

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos

STS núm. 1005/2005 (Sala de lo Civil), de 15 de diciembre, en relación con la prueba del carácter defectuoso del producto y del nexo causal.

La sentencia examina el carácter defectuoso de un automóvil adquirido el 31 de enero de 1994. Como consecuencia de la rotura de la barra de la dirección, el vehículo se salió de la carretera y chocó contra un talud, con el resultado de lesiones para el piloto y copiloto y daños materiales para el automóvil. Al apreciar la eventual responsabilidad, se tiene en cuenta la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, pese a que en la fecha en que sucedió el hecho causante de los daños no estaba aún en vigor. El tribunal considera que la conducta omisiva del titular del vehículo y perjudicado constituyó causa eficiente del resultado, de modo que la culpa exclusiva de la víctima rompe el nexo causal respecto de las responsabilidades accionadas.

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de enero 2006, respecto del concepto de riesgos de desarrollo a propósito de las contaminaciones producidas por transfusiones de sangre y la responsabilidad de la Administración sanitaria.

Respecto del contagio de hepatitis C, sufrida por la víctima con ocasión de un tratamiento médico recibido en el año 1989, el tribunal reitera la doctrina manifestada en decisiones anteriores en el sentido de que las contamina-

ciones producidas por transfusiones de sangre practicadas con anterioridad a la fecha en que fue posible el reconocimiento del virus no generan responsabilidad para la Administración sanitaria, ya que el daño sufrido no es antijurídico según establece el 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*vid.*, entre otras, Sentencias de 17 de octubre de 2001 y de 15 de abril de 2004). Como en otras ocasiones se fundamenta esta decisión con referencia al régimen de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; así, se señala que «encontrándose la cláusula de los riesgos del progreso incorporada al ordenamiento comunitario europeo desde la Directiva 85/374/CEE, transpuesta a nuestro ordenamiento interno antes que por el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico en la modificación introducida por Ley 4/1999, de 13 de enero, por el artículo 6.1.e) de la Ley 22/1994, aunque también viniera siendo utilizada con anterioridad por la jurisprudencia para definir como no antijurídico el daño cuando se había hecho un correcto empleo de la *lex artis*... resultaba imposible, según el estado de la ciencia y de la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus C de la hepatitis, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente».

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

HELENA TORROJA MATEU
DAVID BONDIA GARCIA

Asunto Sciarrota y otros contra Italia (demanda 14793/02) de 12 de enero de 2006.—Violación artículo 1 del Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad).

Los demandantes heredaron un terreno en Casteltermini. En 1972, las autoridades italianas autorizaron a la compañía eléctrica nacional (ENEL) a ocupar este terreno por un período de dos años para poder construir un transformador de energía eléctrica. En 1978, los demandantes acudieron a los tribunales de Agrigento alegando que, a pesar de que los trabajos de construcción ya habían terminado, el terreno seguía ocupado y ellos no habían sido ni legalmente expropiados ni indemnizados. Solicitaban la restitución del terreno y/o el pago de las indemnizaciones correspondientes.

Por sentencia de 2001, los tribunales de Palermo condenaron a ENEL a pagar una indemnización por el valor del terreno, pero no se pronunciaron sobre la revalorización monetaria ni sobre los intereses correspondientes.

Al analizar esta situación, el TEDH recuerda que para determinar si ha existido privación de bienes, en el sentido de la segunda frase del primer párrafo del artículo 1 del Protocolo núm. 1, es necesario no sólo examinar si ha habido expropiación formal, sino también ir más allá de las apariencias y analizar la realidad de la situación litigiosa. Puesto que el Convenio Europeo tiende a proteger derechos «concretos y efectivos», es importante apreciar si una determinada situación equivale a una expropiación de hecho. De la misma forma, el TEDH considera que la existencia de una base legal no es suficiente para satisfacer el principio de legalidad y considera necesario pronunciarse sobre la calidad de la ley. En el presente caso, el TEDH estima que, aunque no exista un título formal de transferencia de propiedad ni una sentencia de un tribunal nacional declarando esta transferencia, debe considerar que ésta se ha producido y considera necesario aclarar definitivamente esta situación. El TEDH estima que la pérdida de la disponibilidad sobre los terrenos, combinada con la imposibilidad de remediar la situación ha ocasionado consecuencias bastante graves para los demandantes, que han sufrido una expropiación de hecho incompatible con el derecho al respeto de sus bienes. Concluye, por tanto, que se ha producido una violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Asunto Aristimuño Mendizabal c. Francia (demanda 51431/99) de 17 de enero de 2006.—Violación artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar).

La demandante, de nacionalidad española, está casada desde 1984 con un antiguo dirigente de ETA, encarcelado y extraditado a España en 1992.

Tienen una hija común, nacida el 23 de julio de 1984, de nacionalidad francesa. La demandante, residente en Francia desde el 8 de septiembre de 1975, obtuvo el asilo político el 25 de febrero de 1976; siéndole retirado este estatus el 14 de marzo de 1979. Desde esa fecha hasta el 29 de diciembre de 1989, se benefició de sucesivos permisos de residencia temporal de un año de duración.

Posteriormente, solicitó un nuevo permiso de residencia y de trabajo válido por cinco años, que le autorizase a poder trabajar legalmente en Francia. No le fue concedido, obteniendo sólo diferentes permisos temporales. De esta forma, desde 1997 a 2003, gozó de diferentes permisos de trabajos de tres meses, que se fueron renovando hasta en veintiséis ocasiones. Finalmente, en diciembre de 2003, la demandante se benefició de un permiso de residencia por diez años, al ser ciudadana comunitaria.

La demandante consideraba que debería haber recibido inicialmente un permiso de residencia de larga duración en virtud de una triple condición: la antigüedad de su residencia en Francia, su calidad de madre de una niña de nacionalidad francesa y su calidad de nacional de un Estado miembro de la Comunidad Europea, hecho que le permitía beneficiarse de la libertad de circulación y establecimiento. La demandante considera que el rechazo constante y reiterado por parte de la administración francesa, durante catorce años, para otorgarle el permiso de larga residencia al que tenía derecho constituía una injerencia especialmente grave en su vida privada y familiar. Consideró que la precariedad de su estatus y la incertidumbre sobre su situación tuvieron para ella importantes consecuencias sobre todo en el plano material (empleos precarios, dificultades sociales y financieras, imposibilidad para poder alquilar un local y ejercer la actividad profesional para la que se había formado).

Según la jurisprudencia constante del TEDH, el Convenio Europeo no garantiza el derecho de una persona a entrar o a residir en un Estado del cual no es nacional o de no ser expulsada de ese Estado; los Estados parte tienen el derecho a controlar, en virtud de un principio de Derecho internacional bien consagrado, la entrada, la estancia y la expulsión de los no nacionales. Por su parte, el artículo 8 del Convenio Europeo, que reconoce el derecho a la vida privada y familiar, tampoco puede extenderse hasta garantizar el derecho a un tipo particular de permiso de residencia (permanente o temporal).

Sin embargo, en el presente caso, el TEDH considera que se tiene que realizar una aproximación diferente ya que en él existen normas de Derecho comunitario europeo que inciden en la correcta aplicación del Convenio Europeo en el territorio de los Estados parte. El punto esencial radica en la condición de *ciudadana comunitaria* de la demandante que, desde la finalización del período transitorio para los nacionales españoles –1 de enero de 1992–, tenía, en virtud del Derecho comunitario europeo, el derecho a residir en Francia y a obtener un «*permiso de residencia de nacional de Estado miembro de la comunidad*» de una duración de cinco años. Así, el TEDH estima que el artículo 8 debe ser interpretado a la luz del Derecho comunitario europeo y, en particular, de las obligaciones impuestas a los Estados miembros en cuanto a los derechos de entrada y residencia de nacionales comunitarios. La violación alegada no afectaba a una situación de alejamiento o expulsión, sino a la situación de precariedad y de incertidumbre que la demandante conoció durante un largo período. El TEDH consideró que se había violado el artículo 8, puesto que el plazo de más de catorce años en

conceder el permiso de residencia a la demandante no estaba previsto por ley, ya fuera la «ley» en cuestión francesa o comunitaria.

Asunto Stere y otros contra Rumania (demanda 25632/02) de 23 de febrero de 2006.—Violación artículo 1 del Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad).

En 1995 se produjo en Rumania una reestructuración del ejército mediante diversas medidas legislativas que pretendían alentar a los militares para que pasasen a la reserva y, en consecuencia, solicitasen la jubilación anticipada. Los militares que desearan acogerse a esta medida pasarían a percibir una pensión y una indemnización compensatoria que estaba exenta del pago de impuestos y que se calculaba sobre la base del sueldo mensual bruto.

En el año 2000, los demandantes se acogieron a esta posibilidad pero, al efectuar el pago de estas indemnizaciones, el Ministerio de Defensa procedió a retener ciertas cantidades en concepto de impuestos, establecidos en virtud de un nuevo Reglamento de 1999.

El TEDH constata que los demandantes alegaban la privación de sus derechos al serles retenidos los impuestos correspondientes. Si bien la aplicación retroactiva de una ley fiscal no está prohibida en virtud del artículo 1 del Protocolo núm. 1, en el presente caso no se trata de este tipo de medida sino de la anulación de una decisión definitiva que estableció la deuda que tenía el Estado hacia los demandantes. Para el TEDH esta medida tan radical rompe el justo equilibrio entre la protección de la propiedad y las exigencias del interés general. Por tanto, constata la violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Asunto Albanese contra Italia (demanda 77924/01) de 23 de marzo de 2006.—Violación artículo 3 del Protocolo núm. 1 (derecho a las elecciones libres) y artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar).

Por decisión de 26 de junio de 1998, el Tribunal de Bénévent declaró la quiebra de tres sociedades propiedad del demandante, así como su quiebra personal, comportando diversas medidas, como la pérdida de su derecho de voto y su inscripción automática en el registro de quiebras.

Así, el demandante se quejó de que la limitación de sus derechos electorales constituía una medida represiva y anacrónica, desprovista de justificación legítima, tendente a castigar y marginalizar al quebrado. El TEDH constata que el procedimiento para decretar la quiebra se enmarca en el Derecho civil y no en el Derecho penal. De esta forma, percibe que la medida prevista en el ordenamiento jurídico italiano no tiene por finalidad más que constituir una reprobación moral por el solo hecho de ser insolvente e independientemente de cualquier culpabilidad. No persigue, por tanto, ningún objetivo legítimo y, en consecuencia, el TEDH aprecia una violación del artículo 3 del Protocolo núm. 1.

Además, el TEDH estima que, en razón de la naturaleza automática de la inscripción del nombre del quebrado en el Registro de las quiebras y de la ausencia de una evaluación y de un control jurisdiccional de las incapacidades personales que comporta, la injerencia de la ley de quiebra en el respeto de la vida privada del demandante no es «necesaria en una sociedad democrática» y constituye una violación del artículo 8 del Convenio Europeo.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS

A la lista aquí sugerida deben añadirse también las sentencias a las que ya se hace referencia en los distintos apartados de la sección temática (Derecho de familia, de daños y de autor)

STJCE de 8 de noviembre de 2005.—Götz Leffler c. Berlin Chemie AG. Demanda de decisión prejudicial. Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos). Interpretación del artículo 8.1 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, de 26 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. El precepto contempla la posibilidad de que el organismo receptor de la documentación se niegue a aceptarla si está redactada en una lengua distinta de las siguientes: la oficial del Estado requerido, la oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que deba efectuarse la notificación o el traslado o una del Estado miembro de transmisión que el destinatario entienda. Se cuestiona si, de rechazarse un documento por vulnerar el régimen lingüístico previsto, cabe subsanación y, en su caso, en qué términos. El Tribunal resuelve que el remitente tiene la posibilidad de subsanar el defecto remitiendo la traducción requerida lo antes posible. A estos efectos, puede considerarse apropiado el plazo de un mes a contar desde la recepción de la información de la negativa por el organismo transmisor aunque, en cualquier caso, corresponderá a los tribunales nacionales apreciar dicho plazo en función de las circunstancias concurrentes. Por lo demás, a fin de resolver los problemas ligados a la forma en que debe subsanarse la falta de traducción, no previstos por el Reglamento, deberán los Tribunales nacionales aplicar su derecho procesal velando, al mismo tiempo, por garantizar la plena eficacia y finalidad de la normativa comunitaria.

STJC de 22 de noviembre de 2005.—Georg Schwarz c. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg. Demanda de decisión prejudicial. Unabhängiger Verwaltungssenat Salzburg (Austria). Interpretación de los artículos 28 a 30 CE y del artículo 7 de la Directiva 93/43/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a la higiene de los productos alimenticios. Los aludidos preceptos no se oponen a una disposición nacional anterior a dicha Directiva por la que se prohíbe vender en máquinas expendedoras artículos de confitería sin envasar elaborados con azúcar o sucedáneos. Ello es así en la medida en que dicha legislación obedece al propósito de salvaguardar la salud pública, sin pretenderse, a su amparo, discriminar mercancías originarias de otros Estados miembros o proteger indirectamente determinadas producciones nacionales.

STJCE de 10 de enero de 2006.—Ynos kft c. János Varga. Demanda de decisión prejudicial. Szombathelyi Városi Bíróság (Hungría). Competencia del Tribunal Superior de Justicia CE. La demanda se presenta a propósito de la interpretación del artículo 6, apartado 1.º, de la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Aquel precepto dispone que 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 y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste pudiere subsistir sin las cláusulas abusivas. Los hechos del litigio principal (cláusulas abusivas en un contrato de mediación para la venta de un bien inmueble celebrado en Hungría) son anteriores a la adhesión de la República de Hungría a la Unión Europea. El Tribunal de Justicia tiene competencia para interpretar la Directiva únicamente por lo que respecta a su aplicación en un nuevo Estado miembro a partir de la fecha de adhesión de éste a la Unión Europea. El Tribunal resuelve, por lo anterior, que no puede pronunciarse acerca del alcance del artículo 6.1 de la Directiva.

STJCE de 17 de enero de 2006.—Susanne Staubitz Schreiber. Demanda de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del artículo 3.1 del Reglamento núm. 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. El precepto atribuye competencia para abrir un procedimiento de insolvencia a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el centro de los intereses principales del deudor. Se presume que, tratándose de sociedades y personas jurídicas, su centro de intereses se sitúa en el lugar de su domicilio social. Se pregunta qué tribunal es el competente para incoar el procedimiento cuando el deudor traslada el centro de sus intereses principales al territorio de un Estado miembro después de haber solicitado en otro la apertura de un procedimiento de insolvencia, pero antes de que se le hubiere dado inicio. El Tribunal, a efectos de resolver la cuestión planteada, toma en consideración los objetivos del Reglamento, especialmente, el de evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado a otro en busca de una posición más favorable. Este objetivo se vería burlado si se permitiera al deudor determinar el órgano judicial competente y el derecho aplicable trasladando su centro de intereses de un Estado a otro en el tiempo que media entre la presentación de la solicitud y la incoación del procedimiento. De permitirse lo anterior, también se podrían defraudar los intereses de los acreedores, que han podido evaluar los riesgos que habrían de asumirse en caso de insolvencia del deudor en función del lugar donde se halle el centro de sus intereses en el momento de contratar. Es por todo ello que el Tribunal estima que sigue siendo competente el Tribunal ante el que se presentó originariamente la solicitud.

STJCE de 16 de febrero de 2006.—Gaetano Verdoliva c. J. M. Van der Hoeven BV, Banco di Sardegna, San Paolo IMI SpA. Demanda de decisión prejudicial. Corte d'appello di Cagliari (Italia). Interpretación del artículo 36 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Aquel precepto relaciona los plazos de que dispone la parte contra la que se hubiera solicitado la ejecución para recurrir la correspondiente resolución; así, dentro

de un mes a contar desde su notificación o dos meses si dicha parte estuviera domiciliada en un Estado contratante distinto de aquél en el que se dictare la resolución por la que se despacha ejecución. Se pregunta si, en el supuesto de notificación inexistente o irregular, el mero hecho de que la parte contra la cual se hubiera solicitado la ejecución haya tenido conocimiento de la resolución, es suficiente para que empiecen a transcurrir los plazos indicados en el artículo 36 del Convenio. El Tribunal constata que la redacción del artículo 36 no permite resolver la cuestión suscitada, cuya resolución reclama de la interpretación de dicho precepto a la luz de los objetivos y sistema del Convenio; así, de forma principal, de la finalidad de garantizar la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las resoluciones judiciales. El Tribunal anuda una doble función a la notificación *ex* artículo 36: proteger los intereses de la parte contra la que se despacha la ejecución y la de hacer posible, en materia probatoria, un cómputo exacto del plazo perentorio que se establece para recurrir. Precisamente, permitir aquel cómputo a partir del momento en que la parte contra la que se hubiere despachado ejecución tuviere conocimiento de la resolución, dificultaría aquel cómputo exacto del plazo, a la vez que impediría la aplicación uniforme del Convenio y desincentivaría a los solicitantes a seguir los cauces de la notificación regular. Por ello, el Tribunal resuelve que el mero conocimiento de la resolución por la que se despacha ejecución, en caso de que su notificación no se hubiere realizado correctamente, no sirve a los efectos de iniciar el cómputo del plazo previsto en el artículo 36.

STJC de 23 de febrero de 2006.—Siemens AG c. VIPA Gesellschaft für Visualisierung und Prozeautomatisierung mbH. Demanda de decisión pre-judicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del artículo 3 *bis*, apartado 1, letra g), de la Directiva 84/450, 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 y del Consejo, de 6 de octubre de 1997. Aquel precepto permite la publicidad comparativa si, haciéndose uso de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores, no se saca indebidamente ventaja de su reputación. Se plantea si puede reputarse publicidad comparativa la adopción, por parte de un anunciante y de forma idéntica a su competidor, del elemento básico de su signo distintivo (así, el sistema de números de pedido), siendo así que dicho elemento es conocido por el público especializado y que en la publicidad se indica que se ha adoptado ese signo de forma idéntica que su competidor. El Tribunal atiende a las circunstancias particulares del caso a fin de valorar si concurre aprovechamiento indebido de la reputación del signo distintivo del competidor: la publicidad difundida por el anunciante permite establecer una nítida distinción entre éste y el competidor, evitando crear falsas impresiones respecto al origen de los productos del competidor o acerca de alguna asociación entre ambas empresas. A todo ello coadvuva la circunstancia de tratarse de productos destinados a un público especializado y, por ello, menos propenso a asociar al anunciante con el competidor. El Tribunal resuelve que, en circunstancias como las del procedimiento principal, un proveedor competidor no saca indebidamente ventaja de la reputación de un signo distintivo.

STJC de 16 de marzo 2006.—Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH. Demanda de decisión prejudicial. Landesgericht Innsbruck (Austria). Interpretación del artículo 10 CE. Se pregunta si el principio de cooperación que deriva del artículo 10 CE obliga a un órgano jurisdiccional nacional a examinar de nuevo una resolución judicial firme y anularla cuando se ponga de manifiesto que vulnera el Derecho comunitario. El Tribunal se ampara en el efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales a fin de resolver que el Derecho comunitario no puede obligar a un órgano jurisdiccional nacional a eludir y no aplicar las normas de procedimiento internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario.

STJC de 16 de marzo de 2006.—Poseidon Chartering BV c. Marianne Zeeschip VOF, Albert Mooij, Sjoerdije Sijswerda y Gerrit Schram. Demanda de decisión prejudicial. Rechtbank Utrecht (Países Bajos). Interpretación del artículo 1, apartado 2.º, de la Directiva 86/653, 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. Aquel precepto define al agente comercial como toda persona que, como intermediario independiente, se encarga de manera permanente, ya sea de negociar por cuenta de otra persona (empresario), la venta o compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre del empresario. Se pregunta si, a efectos de la Directiva, puede reputarse como agente comercial al intermediario independiente que se encarga de la celebración de un único contrato, posteriormente prorrogado durante varios años. El Tribunal destaca, de los elementos que confluyen en la definición del contrato de agencia comercial, el mandato permanente de negociación que el agente recibe del empresario. Tratándose de un solo contrato prorrogado sucesivamente, la aplicación de la Directiva exige acreditar que el empresario encomendó al agente, de forma permanente, la negociación de las prórrogas sucesivas del único contrato celebrado. La existencia de este mandato permanente no puede deducirse de la mera existencia de relaciones entre agente y empresario durante la vigencia del contrato.

STJC de 23 de marzo de 2006.—Honyvem Informazioni Commerciali Srl c. Mariella De Zotti. Demanda de cuestión prejudicial. Corte Suprema di Cassazione (Italia). Interpretación de los artículos 17 y 19 de la 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. El artículo 17 de la Directiva regula el derecho que asiste al agente comercial a recibir una indemnización tras la terminación del contrato; el artículo 19 dispone que, antes de aquella terminación, las partes no pueden pactar condiciones distintas a las previstas en el artículo 17 en perjuicio del agente comercial. Al amparo de este último precepto, entiende el Tribunal que la indemnización *ex* artículo 17 no puede sustituirse, con arreglo a un convenio colectivo, por una indemnización determinada en función de criterios distintos a los relacionados en aquella disposición, salvo si se acredita que la aplicación del convenio garantiza, en todos los casos, al agente comercial una indemnización igual o superior a la que resultaría de aplicarse el artículo 17. Por lo demás, vistos los criterios previstos en el artículo 17.2.a) y las reglas de cálculo previstas en el artículo 17.2.b), el Tribunal resuelve que el importe de la indemnización no tiene por qué derivar

necesariamente de una operación de cálculo realizada de forma analítica sino que, por el contrario, pueden autorizarse métodos de cálculo distintos que concedan, en particular, un margen más amplio al criterio de equidad.

STJCE de 27 de abril de 2006.—Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions. Demanda de decisión prejudicial. Social Security Commissioner (Reino Unido). Interpretación de los artículos 4 y 7 de la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. El primero de aquellos preceptos establece, esencialmente, que el principio de igualdad de trato implica la ausencia de toda discriminación por razón de sexo; el segundo dispone que el artículo 4.1 no excluye, ni limita, la facultad que tienen los Estados de excluir de su ámbito de aplicación la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación. Se plantea si el artículo 41 de la Directiva se opone a una legislación que no reconoce la pensión de jubilación, por no haber alcanzado la edad de 65 años, a una persona que cambia de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer. El Tribunal estima que resulta incompatible con el Derecho comunitario la legislación nacional que, al no reconocer a los transexuales su nueva identidad sexual, impide que un transexual reúna uno de los requisitos necesarios para el disfrute de un derecho protegido por el Derecho comunitario. Esta regulación nacional resulta discriminatoria en cuanto dispensa un distinto trato a las mujeres según su sexo sea o no el resultado de una operación quirúrgica de cambio de sexo. Se resuelve que la legislación nacional que rige en similares términos se opone al artículo 4.1 de la Directiva y que, además, los efectos de la sentencia que se dicta con carácter prejudicial no se limitan en el tiempo.

STJC de 18 de mayo de 2006.—Land Oberösterreich c. CEZ as. Demanda de decisión prejudicial. Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación del artículo 16.1.a) del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El precepto atribuye competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles a los tribunales del Estado contratante donde el inmueble se hallare sito. No está comprendida en su ámbito de aplicación una acción que tiene por objeto impedir las perturbaciones que afectan o pueden afectar a bienes inmuebles cuyo propietario es el actor de esa acción y cuando tales perturbaciones son provocadas por radiaciones emitidas por una central nuclear sita en el territorio de un Estado vecino de aquel donde se hallan esos bienes.

Jurisprudencia Nacional
(octubre 2005 a abril 2006)

MIRIAM ANDERSON

TRIBUNAL SUPREMO

Condiciones generales de la contratación

– STS de 16 de enero de 2006 (RJ 2006/252). Ponente: Antonio Salas Carceller. Condición general de la contratación (consistente en la no retrocesión parcial de los intereses cobrados en caso de reclamación de devolución de un efecto por el cedente antes de su vencimiento) que se considera inoponible a la sociedad mercantil adherente por falta de aceptación: «La parte recurrente viene a fundamentar su tesis en el hecho de que, dado que no estaba obligada a recibir el pago anticipado de las letras de cambio, al hacerlo podía sujetar la aceptación de tal pago anticipado a cualesquiera condiciones con apoyo en el principio de libertad de contratación que dimana de los preceptos citados del Código Civil. Pero se aparta así de la verdadera *ratio decidendi* de la sentencia impugnada, la cual toma en consideración la normativa contenida en la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, cuya transposición al Derecho español se produjo mediante la aprobación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, deduciendo de los principios de aquélla, incorporados a ésta, la inoponibilidad a la mercantil actora de la condición general incorporada al contrato de descuento, según la cual «no se efectuará retrocesión parcial de los intereses cobrados» en el caso de reclamación de devolución de un efecto por el cedente antes de su vencimiento. Así la Audiencia considera que no cabe reconocer eficacia alguna a la referida cláusula al figurar impresa, junto con otras, en el dorso del documento de «descuento» sin que conste aceptada por el adherente ni firmada por las partes cuando ello resultaba necesario por originar, además, un injustificado desequilibrio de las prestaciones de las partes en el ámbito de un contrato oneroso y conmutativo como es el de descuento» (FJ 3.º).

Consumidores y reintegración de la masa del concurso

– STS de 13 de diciembre de 2005 (RJ 2006/328). Ponente: Vicente Luis Montés Penadés. La condición de consumidor o usuario del adquirente no es obstáculo a la aplicación de las normas concursales relativas a la reintegración de la masa por medio de la rescisión de actos perjudiciales, puesto que no aparece esta especial protección entre el elenco de derechos básicos de los consumidores recogido en el artículo 2 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y el artículo 7 de la referida ley salva justamente la aplicación de preceptos como los señalados. Esta sentencia resuelve en el marco de un supuesto de quiebra sujeta a la legislación anterior a la Ley 22/2003, Concursal.

Interpretación del Derecho Interno

– STS de 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006/288). Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel. Agotamiento internacional del derecho de comercialización de una marca; interpretación del Derecho interno de conformidad con la Directiva 89/104/CEE, según la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (FJ 3.º). La sentencia resuelve un caso sujeto a la derogada Ley 32/1988, de Marcas.

Propiedad intelectual

– STS de 25 de octubre de 2005 (RJ 2006/309). Ponente: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajare. Remuneración por copia privada. El TS rechaza la pretendida cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto de dos cuestiones: «a) Si la imposición de la obligación de pago sobre los fabricantes e importadores, en vez de imponerla en la fase de venta con tarifas o cánones elevados en relación con otros Estados para compensar el fraude, constituye una distorsión de la competencia. b) Si el establecimiento de la necesidad de autorización del Ministerio de Cultura para operar como entidad de gestión en el territorio español es correcta y conforme con el Tratado dada la situación de oligopolio que se está produciendo» (FJ 4.º). Respecto de la primera cuestión, así como en cuanto al supuesto oligopolio que genera la creación de las entidades de gestión, el TS remite al FJ 3.º de la sentencia, donde descarta la existencia de motivos para plantear una cuestión de inconstitucionalidad y advierte, además, que la lucha contra el fraude no es el principal objetivo de estas disposiciones, que no pueden considerarse contrarias al Tratado de la Unión por dejar las Directivas libertad a los Estados a este respecto. Tras repasar las Directivas vigentes en el tema discutido (2000/31/CE y 2001/29/CE), el Tribunal concluye que «en el actual Sistema europeo de los Estados miembros, se acude más, en su legislación, a utilizar el «canon» para compensar un daño, pero no en su consideración como «retribución» a un acto lícito, dada la «excepción de copia privada», sobre todo digital, que la mayor parte de ellos acoge, cambiando tal nombre por el de «compensación», aunque la diferencia se encuentra más en la denominación, que en el sistema, que es similar, excepto en Gran Bretaña [...]. En cualquier caso, aparte de esta excepción británica, los sistemas de los Estados miembros de la U.E. son similares y se ajustan a las previsiones de las Directivas expresadas, y en el Proyecto español se va a insistir en los aspectos aquí puestos en duda, y que se adecuan en su previsión, a los indicados, porque el tema de la lucha contra la «piratería», latente en todos ellos, se fija más en los medios tecnológicos de protección (que el Proyecto español va a recoger), que en el propio de la remuneración» (FJ 4.º).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Cláusulas abusivas

– SAP de Cantabria (Sección 2.ª) de 4 de octubre de 2005 (JUR 2005/236341). Ponente: Miguel Carlos Fernández Díez. Se considera válida la cláusula en virtud de la cual los compradores de viviendas se subrogaban en el

préstamo hipotecario concertado por el promotor en proporción al valor de la vivienda adquirida, pero en cambio se estima abusiva y, por tanto, parcialmente nula, la cláusula conforme a la cual los compradores se harían cargo de los intereses desde el certificado final de obra o desde la entrega, siendo así que no será hasta el otorgamiento de la escritura de compra que los adquirentes se subrogarán en el préstamo hipotecario (FJ 3.º). Igualmente, se reputa abusiva la cláusula que incrementa el precio en el momento de la entrega, al repercutir en los compradores la parte proporcional correspondiente a las acometidas y altas de servicios, siendo así que no se concibe cómo puede entregarse una vivienda sin contar con esos servicios (FJ 4.º). También se considera cláusula abusiva la que permite al promotor modificar unilateralmente el precio del contrato, por la realización de adaptaciones tendentes al mejor uso de la vivienda (FJ 5).

– SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 4 de noviembre de 2005 (AC 2005/2379). Ponente: Inmaculada de Martín Velázquez. No se considera abusivo, por usurario, el establecimiento de un interés del 16,93 por 100 anual en un préstamo personal, sin garantía alguna, puesto que ello puede considerarse «normal» en el mercado a la fecha del contrato, pese a tratarse de un tipo de interés muy superior al legal (FJ 2.º). Igualmente, se mantiene la validez de la cláusula de vencimiento anticipado con abono de los intereses remuneratorios de los plazos todavía pendientes, puesto que no concede una facultad discrecional de resolución unilateral, sino que se basa en el impago y, por otro lado, producido el incumplimiento cuando ya se habían satisfecho la mitad de los plazos, se estima que la inclusión de los intereses no genera enriquecimiento injusto en la entidad financiera (FJ 3.º).

– SAP de Baleares (Sección 5.ª) de 1 de diciembre de 2005 (AC 2005/2318). Ponente: Mariano Zaforteza Fortuny. Se consideraría abusiva la cláusula insertada en un contrato de obra en la que sólo se hiciese constar una fecha aproximada de entrega del inmueble, por contravenir lo establecido en los artículos 10. *bis* y DA I.5.ª LGDCU, de modo que no puede interpretarse que la cláusula enjuiciada recogiese sólo un plazo orientativo. Por tanto, el retraso significativo en la entrega es fuente de responsabilidad (FJ 2.º).

– SAP de Barcelona (Sección 15.ª) de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2006/85953). Ponente: Blas Alberto González Navarro. Nulidad de una cláusula de sometimiento a arbitraje que aparece como condición general y que no fue aceptada individualmente, por aplicación del artículo 10 *bis*.26.ª LGDCU. En el caso enjuiciado, había recaído ya el laudo arbitral y además concurrían sospechas de fraude y parcialidad, por aparecer vinculada la institución arbitral (AEADE) al acreedor, predisponente del contrato. Por lo demás, en su FJ 3.º la sentencia trae a colación la jurisprudencia comunitaria en apoyo de la facultad de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas insertas en contratos celebrados con consumidores. En sentido parecido, y respecto de la misma institución arbitral, SAP de Vizcaya (Sección 4.ª) de 16 de noviembre de 2005 (JUR 2006/83078). Ponente: Lourdes Arranz Freijo; SAP de Vizcaya (Sección 4.ª) de 9 de noviembre de 2005 (JUR 2006/71406). Ponente: Ignacio Olaso Azpíroz, SAP de Jaén (Sección 2.ª) de 19 de octubre de 2005 (JUR 2006/43450). Ponente: Rafael Morales Ortega. Véase, en cambio, SAP de Madrid (Sección 12.ª) de 25 de octubre de 2005 (JUR 2005/251793). Ponente: José Vicente Zapater Ferrer, en la que se considera improcedente denegar la ejecución de un laudo arbitral por considerar condi-

ción general y abusiva la cláusula de sometimiento a arbitraje, si falta toda alegación al respecto por la parte ejecutada. La nulidad debería hacerse valer en el procedimiento arbitral o por medio del recurso de anulación. En esta sentencia se vierten distintos argumentos tendentes a restringir la facultad judicial de analizar la validez del convenio arbitral y del laudo (FJ 3.º a 5.º). En idéntico sentido, SAP de Madrid (Sección 12.ª) de 18 de octubre de 2005 (JUR 2005/252068). Ponente: José Vicente Zapater Ferrer.

– SAP de Asturias (Sección 5.ª) de 17 de enero de 2006 (AC 2006/13). Ponente: José Luis Casero Alonso. Contrato de mantenimiento de ascensores. Partiendo de que se trata de un contrato de adhesión, la cláusula que establece una duración mínima de cinco años se considera condición general de la contratación y, además, cláusula abusiva [art. 10.1.c).3 LGDCU], ya que «supone un indudable privilegio a favor de la empresa demandante, quien mediante ella asegura la permanencia de la clientela con el consiguiente perjuicio para la demandada, que se ve privada de contratar con terceras personas que le ofrezcan condiciones más beneficiosas, bajo la grave sanción de una cláusula penal que le impone una sanción indemnización desorbitada. Constituye, sin duda, un mecanismo favorecedor de prácticas monopolísticas –por lo que fueron sancionadas en la vía administrativa otras empresas del ramo–, ya que impide o dificulta gravemente la libre competencia durante períodos de tiempo excesivamente prolongados, con infracción de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Finalmente, ese desorbitado plazo de duración mínima del contrato de mantenimiento se compagina mal con la naturaleza propia del arrendamiento de servicios, basado en la confianza, como los demás celebrados *intuitu personae* y con la regulación administrativa de dichos contratos [...]» (FJ 2.º), que sujeta la actividad de estas empresas a un requisito de autorización previa anual. La sentencia cita jurisprudencia en este mismo sentido, pero reconoce la existencia de una postura judicial favorable al mantenimiento de la validez de este tipo de cláusulas. Abogan también por el carácter abusivo, SAP de Asturias (Sección 5.ª) de 12 de diciembre de 2005 (JUR 2006/14595). Ponente: María José Pueyo Mateo; SAP de La Rioja (Sección 1.ª) de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2006/8509). Ponente: Alfonso Santisteban Ruiz. En ella se subsume la cláusula penal abusiva en el artículo 10.1.5.ª LGDCU. En cambio, mantiene la validez de una cláusula de duración mínima de diez años la SAP de Asturias (Sección 6.ª) de 10 de octubre de 2005 (JUR 2005/236291). Ponente: Elena Rodríguez-Vigil Rubio, (FJ 2.º); esta misma resolución considera abusiva, en cambio, la cláusula por la que se establece la prórroga automática y que se configura como «cláusula sorpresa» (FJ 3.º).

Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles

– SAP de Cantabria (Sección 2.ª) de 26 de octubre de 2005 (AC 2005/2142). Ponente: Miguel Carlos Fernández Díez. El ejercicio temporáneo de la facultad de resolución prevista en el artículo 5 de la Ley 26/1991 debe ser acreditado por el consumidor (FJ 2.º).

– SAP de Madrid (Sección 25.ª) de 28 de octubre de 2005 (AC 2005/2027). Ponente: Carlos López-Muñiz Criado. El incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 3 de la Ley 26/1991 para el documento de revocación viene compensado por el hecho de que, justo encima de tres de

las firmas estampadas en el contrato por la compradora y por ella reconocidas, consta resaltada en negrita la facultad de desistimiento. Por otro lado, cumplida la información necesaria sobre el derecho de revocación del contrato base, se estima satisfecha también respecto de la financiación, que en este caso pasaba por el consentimiento de la compradora a la cesión del crédito de la vendedora a tercero (FJ 2.º).

– SAP de Barcelona (Sección 14.ª) de 3 de noviembre de 2005 (JUR 2006/49668). Ponente: Francisco Javier Pereda Gámez. La adquisición de un curso de idiomas, fuera de establecimiento mercantil, que promete asesoramiento personalizado, no puede calificarse de contrato de préstamo (como hizo el Juez de Primera Instancia) ni de compraventa, sino de arrendamiento de servicios. Si el adquirente no hace uso temporáneamente de la facultad de desistimiento, puede efectivamente resolver el contrato por incumplimiento, si no se presta el referido asesoramiento personalizado, pero a él incumbe la carga de la prueba, sin que quede desplazada por el hecho de tratarse de un contrato celebrado con consumidores (FJ 2.º).

– SAP de Pontevedra (Sección 6.ª) de 19 de enero de 2006 (AC 2006/644). Ponente: Jaime Carrera Ibarzábal. Requisitos del contrato. Pese a que el contrato no aparece firmado de puño y letra por el demandado en el lugar indicado en el contrato, no se estiman vulnerados los derechos del consumidor, puesto que resulta acreditado que aceptó las condiciones del mismo y, una vez cumplió el vendedor su obligación de entrega, procedió al pago de los primeros plazos del precio. *Obiter dicta* se reitera que la acción prevista en el artículo 4 de la Ley 26/1991 es de anulabilidad y que, por tanto, debe ser ejercitada por vía de acción –y no como mera defensa– dentro del plazo de cuatro años que recoge el artículo 1301 CC. (FJ 2.º).

– SAP de Baleares (Sección 5.ª) de 30 de enero de 2006 (AC 2006/180). Ponente: Pedro Munar Bernat. Condenada en primera instancia la adquirente de un curso de técnicas de estudio al pago del precio correspondiente, la Sala estima que, figurando en negrita en el contrato la facultad de desistimiento prevista en la Ley 26/1991, y habiendo pagado la consumidora los dos primeros recibos, el ejercicio de la referida facultad aparece en el caso enjuiciado como claramente extemporáneo y, por tanto, se confirma la sentencia de instancia.

– SAP de Toledo (Sección 2.ª) de 20 de febrero de 2006 (JUR 2006/189). Ponente: Rafael Cancer Loma. La revocación prevista en el artículo 5 de la Ley 26/1991 no está sujeta a forma alguna y puede ejercitarse por teléfono, siempre que ello quede acreditado (FJ 2.º). La acción de anulabilidad amparada en el artículo 4 de la Ley 26/1991 excede de la mera defensa y debe ser ejercitada por vía de acción (FJ 1.º). En este mismo sentido, puede verse también SAP de la Coruña (Sección 6.ª) de 1 de marzo de 2006 (JUR 2006/597). Ponente: Antonio Pillado Montero.

Crédito al consumo

– SAP de Madrid (Sección 12.ª) de 13 de octubre de 2005 (AC 2005/2025). Ponente: María Jesús Alía Ramos. Curso de inglés (Opening). Demanda interpuesta por 36 personas contra el centro de idiomas Opening y

diversas entidades financiadoras, solicitando la resolución del contrato suscrito con la academia de idiomas y, en consecuencia, de los créditos vinculados. De la sentencia destacan las siguientes consideraciones: *a)* La acción ejercitada es de resolución por incumplimiento (FJ 4.º); *b)* No obsta a la calificación de consumidor y a la consiguiente legitimación activa para la impugnación, el hecho de que alguno de los contratos fuese suscrito por el padre de una de las alumnas, verdadera destinataria final del curso; *c)* La carga de la prueba de la falta de exclusividad del acuerdo de financiación entre el proveedor y el prestamista corresponde a éstos y no al consumidor y cabe apreciar también vinculación sin acuerdo previo de exclusividad, como sostiene buena parte de la doctrina (art. 44.7 de la Ley 7/1996; artículo 12 de la Ley 42/1998; artículo 9.2 de la Ley 28/1998, amén de la reforma operada por el artículo 134 de la Ley 63/2003, en el sentido de eliminar el requisito de la exclusividad del artículo 15.1 LCC) (FJ 6.º); *d)* La existencia de remuneración implícita en el capital del préstamo excluye toda posible alegación de gratuidad del préstamo (FJ 7.º); *e)* La cesión de crédito operada entre el proveedor y alguna de las entidades de financiación no puede comportar, pese al consentimiento del deudor, la inoponibilidad a la financiera de las defensas correspondientes al crédito cedido (conclusión a la que podría llevar la interpretación *ex* artículo 1198 CC), puesto que una cláusula de este estilo sería considerada abusiva (art. 10.1 de la Ley 26/1984) por generar un importante desequilibrio entre las posiciones de las partes del contrato de consumo, de manera que el incumplimiento del proveedor y la consiguiente resolución son oponibles a la financiera a pesar del consentimiento a la cesión (FJ 8.º).

– AAP de Barcelona (Sección 14.ª) de 28 de octubre de 2005 (JUR 2006/49826). Ponente: Francisco Javier Pereda Gámez. Oposición a una ejecución por considerar abusivos los intereses moratorios. La deudora es una cooperativa, que no es parte en la ejecución, sino que intervienen en ella personas físicas, que avalaron el arrendamiento financiero en virtud del cual se produce la ejecución. La Sala entiende que, pese a referirse el artículo 19 de la Ley 7/1995 a las personas físicas, ello no excluye que pueda valorarse el carácter abusivo de una cláusula de intereses también cuando quien concierta la financiación es una persona jurídica (arg. art. 2.1 LGDCU), especialmente cuando tiene estructura personalista y no capitalista y se trata de un destinatario final del producto consumido (FJ 1.º). Por lo demás, en aplicación de los artículos 10 *bis* LGDCU y 8 LCGC, se considera abusiva la cláusula de intereses moratorios del 29 por 100, en atención a las circunstancias actuales del mercado, así como a la evolución a medio plazo del mercado financiero (FJ 2.º).

– SAP de Valladolid (Sección 1.ª) de 2 de diciembre de 2005 (AC 2005/2338). Ponente: José Ramón Alonso-Mañero Pardal. Se estima procedente la suspensión por prejudicialidad penal de la ejecución entablada contra el prestatario, cuando en el proceso penal, en el que no es demandada la entidad financiera ejecutante, se ha solicitado expresamente la declaración de crédito vinculado (FJ 3.º).

– SAP de Asturias (Sección 5.ª) de 31 de enero de 2006 (JUR 2006/63452). Ponente: José María Álvarez Seijó. El tipo de interés moratorio que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal

del dinero se considera cláusula abusiva (art. 19.5 LCC y DA, V.29, LGDCU) y, dada la similitud con la pena convencional, procede la facultad moderadora de los tribunales (art. 1154 CC) en el sentido de entender rebajado el tipo de interés al tope legal. En sentido parecido, apreciando de oficio el carácter abusivo de intereses moratorios del 25 por 100, SAP de Girona (Sección 2.ª) de 16 de enero de 2006 (AC 2006/199). Ponente: Joaquim Miquel Fernández Font, y AAP de Soria (Sección 1.ª) de 16 de noviembre de 2005 (JUR 2006/15399). Ponente: Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate, que recoge también la apreciación de oficio.

– SAP de Madrid (Sección 14.ª) de 8 de febrero de 2006 (AC 2006/317). Ponente: Paloma García de Ceca Benito. Curso de inglés (Opening). La nota de «exclusividad» del pacto de financiación, que exige el artículo 15 LCC, puede concurrir de igual manera cuando el proveedor conduce al cliente a elegir entre dos entidades financieras determinadas, puesto que queda igualmente cercenada en este caso la libertad de elección del consumidor. En todo caso, la carga de la prueba de la falta de exclusividad compete a proveedor y financiadora (FJ 4.º). No cabe apreciar la alegación de la financiadora en el sentido de que el incumplimiento de la proveedora fue sólo parcial, hasta el momento en que dejó de ofrecer el curso, con la consiguiente improcedencia de entender resuelto en su totalidad el crédito, puesto que una cosa es el precio del curso y otra distinta los plazos pactados para la devolución del préstamo; además, el curso se ofreció como una unidad, pactándose un precio alzado (FJ 5.º). Sobre el requisito de exclusividad, véanse también los FJ 4.º y 5.º de la SAP de Barcelona (Sección 1.ª) de 23 de febrero de 2006 (JUR 2006/118940). Ponente: María Dolores Portella Lluch, según los cuales pese a no concurrir en el caso enjuiciado la nota de la exclusividad, cabe llegar a análogo resultado por vía de la doctrina del fraude de ley y considerar que el contrato de préstamo suscrito por el alumno carece de causa. Por otro lado, en el FJ 2.º se razona que, ofertado el curso como unidad, por un precio alzado, no concurre la excepción a la consideración de crédito vinculado prevista en el artículo 1.3 LCC.

– SAP de La Coruña (Sección 6.ª) de 1 de marzo de 2006 (JUR 2006/597). Ponente: Antonio Pillado Montero. Crédito posiblemente vinculado a un curso de idiomas. La resolución unilateral del contrato por falta de tiempo para seguir el curso no comporta la extinción del crédito (FJ 1.º). El artículo 7 LCC exige que el contrato se otorgue por escrito, pero no que se facilite una copia al cliente (FJ 2.º).

Deber de información

– SAP de Murcia (Sección 5.ª) de 4 de octubre de 2005 (JUR 2005/274346). Ponente: Miguel Ángel Larrosa Amante. Incumplimiento por parte de un centro médico de las obligaciones que imponen los artículos 10.1.b) y 13.1.d) LGDCU: la falta de información por escrito no reconduce a un supuesto de cláusula abusiva, ni comporta la nulidad del contrato, sino que únicamente acarrea una sanción administrativa conforme a los artículos 32.1 y 34.10 LGDCU, al no haberse probado tampoco que se hubiesen producido daños derivados del servicio prestado, que sí hubieran dado lugar a indemnización a favor del consumidor (FJ 4.º).

Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico

– SAP de Madrid (Sección 9.^a) de 5 de diciembre de 2005 (JUR 2006/65611). Ponente: Juan Ángel Moreno García. Se declara la nulidad de un contrato de aprovechamiento por turno por indeterminación del objeto (art. 1261 CC), ya que en el mismo únicamente se hace constar el derecho de los adquirentes a una semana, pero sin que se especifique en el contrato ni a qué semana del año se refiere, ni a qué temporada, ni tampoco a qué apartamento, o a qué conjuntos residenciales hace referencia el contrato. Por otro lado, se constata la total oscuridad de determinadas cláusulas del contrato (art. 10 LGDCU), hasta el punto de que no puede entenderse ni qué es lo que realmente se adquiere, ni el período de tiempo por el que pueden disfrutar de los derechos adquiridos, «teniendo en cuenta, por otra parte, que el examen de las condiciones generales anexas a dichos contratos son tan extensas y farragosas que impiden una comprensión clara de las mismas, que impiden que el consumidor y usuario pueda tener un conocimiento claro y preciso de los derechos que se adquieren» (FJ 3.º). Por otro lado, la duración pactada excedía del límite legal (art. 3 LATBIUT) y la empresa oferente tenía su domicilio en un paraíso fiscal (art. 4 LATBIUT) (FJ 4.º).

Garantías en las ventas de bienes de consumo

– SAP de Madrid (Sección 1.^a) de 13 de octubre de 2005 (JUR 2006/21461). Ponente: María Begoña Rodríguez González. Tratándose de una compraventa civil sujeta a la Ley 23/2003, las previsiones del CC en materia de saneamiento no pueden regir, ni siquiera subsidiariamente, tal y como se desprende de la exposición de motivos de la referida disposición (FJ 2.º). Si bien en el caso enjuiciado la reparación de la cómoda con desperfectos no se estima viable, sí lo era la sustitución ofrecida por el fabricante, de modo que la Sala entiende que no puede proceder la resolución; sólo si se hubiese acreditado que la sustitución comportaría una espera desproporcionada cabría dar lugar a la pretensión de resolución (FJ 3.º).

– SAP de Castellón (Sección 3.^a) de 28 de noviembre de 2005 (AC 2006/219). Ponente: Adela Bardón Martínez. Compraventa de automóvil usado, de gama alta, que presenta una vibración al pasar de cierta velocidad. Intentada sin éxito la reparación, el comprador solicita la resolución del contrato, con devolución del precio y del coste de matriculación del vehículo. La Sala entiende que, habiendo disfrutado el comprador del vehículo durante un año, la devolución íntegra de estas cantidades comportaría un enriquecimiento injusto y, por tanto, decide sumarlas y aplicar a la cantidad resultante una minoración del 20 por 100 (FJ 3.º).

– SAP de Burgos (Sección 2.^a) de 16 de diciembre de 2005 (JUR 2006/42024). Ponente: Juan Miguel Carreras Maraña. Compraventa de automóvil usado; aparición de graves defectos antes de los seis meses siguientes a la adquisición. Se estima que tanto a la fecha de la compra como a la del siniestro (abril y septiembre de 2003, respectivamente) era de aplicación directa en el ordenamiento interno español la Directiva 1999/44/CE, que no sería traspuesta hasta la promulgación de la Ley 23/2003, de 10 de julio (vigente por tanto, al tiempo del siniestro), y que, en consecuencia, regían tanto la presun-

ción de preexistencia del defecto, como las disposiciones relativas a la garantía legal debida por el vendedor.

– SAP de Albacete (Sección 1.^a) de 30 de enero de 2006 (JUR 2006/73440). Ponente: Manuel Mateos Rodríguez. Compraventa de automóvil usado, que sufre una avería importante a los dos meses y medio de la compra. En aplicación del artículo 9 de la Ley 23/2003, la Sala presume la preexistencia del defecto, consistente en la quema del embrague y del volante de motor, avalada por el poco tiempo que el coche estuvo en manos del demandante, en comparación con lo que suelen durar los embragues aun sometidos a un trato negligente, por lo que no puede decirse que la presunción sea incompatible con la naturaleza del bien o con la índole de la avería (FJ 2.^o). Por otro lado, se constata que según la Ley 23/2003 asumen la garantía tanto quien vende un producto nuevo (dos años de garantía), como quien lo vende usado (un año), de forma que quien vende un coche por ejemplo con más de dos años de antigüedad, asume una nueva garantía de un año, independiente de la que ofrecía el fabricante, que puede incluso ya estar extinguida (en el caso de que el fabricante haya ofrecido el mínimo legal) (FJ 3.^o).

Viajes combinados

– SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a) de 31 de octubre de 2005 (JUR 2005/272040). Ponente: José Ramón Navarro Miranda. Lo dispuesto en el artículo 9.4 LVC, en relación con los artículos 10.1.c) y 10 bis.1 LGDCU, respecto a la inexistencia de penalización por desistimiento del viaje combinado por causa de fuerza mayor, prevalece sobre las condiciones generales incorporadas al correspondiente catálogo (FJ 2.^o).

– SAP de Lleida (Sección 2.^a) de 8 de noviembre de 2005 (JUR 2006/83098). Ponente: Albert Guilanyà i Foix. Estima que la responsabilidad es solidaria respecto de los organizadores entre sí, si son más de uno, y lo mismo cabe decir si hay pluralidad de detallistas, pero que en cambio la solidaridad no rige entre organizadores y detallistas. Recoge, no obstante, decisiones en ambos sentidos (FJ 2.^o).

– SAP de Barcelona (Sección 14.^a) de 11 de noviembre de 2005 (AC 2006/123). Ponente: Francisco Javier Pereda Gámez. La Sala se adhiere a la que considera interpretación prácticamente unánime de la previsión contenida en el artículo 11 LVC en el sentido de entender que la responsabilidad del minorista o detallista con el organizador o mayorista, aunque sea uno solo, es solidaria (FJ 1.^o, donde cita abundante jurisprudencia de las AP). En el mismo sentido favorable a la solidaridad, SAP de Barcelona (Sección 19.^a) de 2 de noviembre de 2005 (JUR 2006/159). Ponente: Asunción Claret Estany (FJ 2.^o).

– SAP de Baleares (Sección 5.^a) de 26 de enero de 2006 (AC 2006/215). Ponente: Miguel Juan Cabrer Barbosa. A pesar de los límites establecidos en el Convenio de Varsovia, procede la indemnización por daño moral derivado de la pérdida de equipaje con ocasión del transporte aéreo de viajeros si éste forma parte de un viaje combinado, respondiendo en consecuencia la compañía que lo ofertaba; todo ello en aplicación de la LVC (FJ 2.^o).

– SAP de Barcelona (Sección 16.^a) de 26 de enero de 2006 (AC 2006/166). Ponente: Inmaculada Zapata Camacho. La condición general de penalización por desistimiento incorporada al catálogo, aparte de ser de dudosa legalidad, puesto que el artículo 9.4 LVC no parece admitir pacto en contra, ciertamente no fue aceptada de modo individualizado por los adquirentes del viaje combinado, de manera que no procede pena de desistimiento alguna, por haberse producido éste con más de quince días de antelación al inicio del viaje (FFJJ 3.º y 4.º).

– SAP de Baleares (Sección 5.^a) de 10 de febrero de 2006 (AC 2006/308). Ponente: Mateo L. Ramón Homar. Un ciudadano polaco no fue admitido en un vuelo con destino Marruecos por carecer del correspondiente visado. Se aprecia negligencia por parte de la Agencia de Viajes que, a pesar del nombre y apellidos del actor y de que les facilitase como DNI un número que a todas luces no se correspondía con el formato del documento de identificación español, le creyó cuando afirmó que tenía nacionalidad española. Pero, al mismo tiempo, se tiene en cuenta, para minorar la compensación debida en un 50 por 100, que la interpretación a contrario del artículo 3.1.d.e) de la LVC conduce a entender que la agencia de viajes no tiene obligación de conocer los requisitos de entrada en todos los países en relación con los nacionales de todos los países del mundo, excepto de la Unión Europea (FJ 2.º). En el momento enjuiciado, Polonia no era miembro de la Unión. Interpreta en el mismo sentido el citado artículo 3.1.d.e), como referido únicamente a nacionales de la UE, la SAP de Valencia (Sección 9.^a) de 29 de noviembre de 2005 (JUR 2006/107000). Ponente: Rosa M.^a Andrés Cuenca.

– SAP de Valladolid (Sección 1.^a) de 10 de febrero de 2006 (AC 2006/210). Ponente: José Ramón Alonso-Mañero Pardal. Ausencia de responsabilidad solidaria entre mayorista y detallista en la LVC: «[...] debe considerarse que el Juez de Instancia aplica correctamente el artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados, pues la mención que se hace en su apartado primero, *in fine*, a la solidaridad en el caso de concurrencia conjunta de diferentes organizadores o detallistas en el contrato, debe entenderse sólo para el supuesto de que sean varios los organizadores o varios los detallistas, aplicando dicha solidaridad entre los diferentes intervinientes de cada grupo indicado, pues en el caso de concurrencia de organizador y detallista ya se ocupa el precepto de excluir con carácter general dicha solidaridad distribuyendo la responsabilidad dentro del ámbito de gestión del viaje de cada uno y solo podrá reprochársele al minorista una responsabilidad solidaria si se arrogare cualquier otra obligación distinta de la de intermediación entre el organizador y el consumidor y no limitándose a la venta y selección del viaje organizado por éste» (FJ 2.º).

– SAP de Zaragoza (Sección 5.^a) de 27 de febrero de 2006 (JUR 2006/104575). Ponente: Antonio Luis Pastor Oliver. Las dudas que puedan surgir en el pleito respecto de la debida comunicación a los clientes de los cambios en el viaje contratado deben resolverse conforme al principio *pro consumidor* que emana no sólo de la LGDCU, sino de la específica LVC, que ya en su exposición de motivos se centra en la necesidad de una información detallada en forma escrita, lo que viene concretado en los artículos 3 y 6 de la Ley. Al no haberse cubierto esta forma, que la Sala califica de *ad probatio-*

nem, se concluye que hubo defecto de información causante de la pérdida del viaje combinado contratado (FJ 3.º).

– SAP de Pontevedra (Sección 3.ª) de 3 de marzo de 2006 (JUR 2006/133267). Ponente: Jaime Esaín Manresa. Viaje a la República Dominicana que no se canceló a pesar del huracán «Jeanne». Se exime de responsabilidad al minorista que, a diferencia del organizador o mayorista, no está obligado a seguir la evolución climatológica de los destinos de los viajes vendidos con su intermediación y comunicarla a los usuarios (FJ 3.º).

Recensiones de libros especialmente dedicados al Derecho Privado Europeo

AJANI, Gianmaria/BENACCHIO, Gian Antonio (cur.): *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, XIII volúmenes, Giappichelli, Torino, 2005-2007.

El Tratado representa una absoluta novedad en el panorama editorial italiano: se compone de trece volúmenes (la obra completa aparecerá en diciembre de 2007), cada uno de ellos dedicado a la profundización en las grandes áreas jurídicas del Derecho privado afectado por la imponente normativa que ya existe en el ámbito de la armonización europea.

El Derecho comunitario, en continua evolución, desafía a cualquier investigador a una actualización constante y es especialmente importante para los operadores jurídicos, para quienes cada vez es más difícil estar al día de la compleja intersección entre el nivel supranacional (las normas de la UE), el nacional (las normas estatales) y el regional, comunitario o local (normas de las CC.AA., *Länder*, *Regiones*, etc.) en materia de Derecho privado.

¿Cómo procurarse, pues, el conocimiento de las reglas aplicables en territorio nacional, en los litigios entre privados, cuando ya no es suficiente la consulta a los Códigos propios (civil o mercantil)?

Las páginas del Tratado responden a tales cuestiones y ponen en evidencia la dimensión interdisciplinar que caracteriza (de manera inusual) la investigación de las disposiciones aplicables en un contexto europeo ahora más que nunca caracterizado por el pluralismo de las fuentes.

Los coordinadores del Tratado son profesores de Derecho comparado, que han implicado en la redacción de los trece volúmenes a reputados expertos en diferentes ámbitos: el primer volumen ha aparecido a inicios del año 2006, y se trata del volumen VI, *Le attività autonome*, XVIII, pp. 530, ISBN 88-348-5736-4, a cargo de L. Nogler (profesor de Derecho del Trabajo en Trento). El libro describe la actividad de trabajo autónomo a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales y en las fuentes de Derecho internacional. Se ocupa, además, de la pequeña empresa en el ordenamiento comunitario, del reconocimiento de títulos profesionales en Europa, de otras profesiones como notarios, abogados, agentes comerciales independientes, profesiones en el ámbito sanitario y de los trabajadores autónomos extracomunitarios.

El segundo volumen, también publicado a comienzos del año 2006, es el XIII, *La tutela dell'ambiente*, XVIII, pp. 282, ISBN 88-348-5737-2, al cuidado de R. Ferrara (profesor de Derecho administrativo en Turín). La obra estudia los principios del Derecho medioambiental comunitario, la política de protección y de gestión de las aguas, el control de la contaminación atmosférica, así como la gestión ecológica de residuos.

Se concede una particular atención al tema de la energía, a los riesgos industriales, a la biotecnología y a la problemática relativa a la contaminación acústica, así como al tan discutido tema relativo al resarcimiento de daños producidos por la contaminación ambiental.

El tercer volumen, aparecido en el mercado a mitades del año 2006, es el XI, *Diritto Agrario*, ISBN 88-348-6374-7, al cuidado de A. Germanò y E. Rook Basile (profesores de Derecho Agrario en, respectivamente, Roma La Sapienza y Siena). En este volumen se analiza la agricultura como actividad productora de alimentos en el interior del mercado europeo, su disciplina originaria, la evolución de la PAC hasta nuestros días; su interdependencia con la política de precios, las estructuras productivas y las del mercado de los productos agrícolas, las derogaciones «agrarias» a la prohibición pactos de contrarios a la competencia y a las ayudas estatales. Finalmente, los autores profundizan en el tema de la seguridad alimentaria (obligación de información, etiquetado de los productos, productos genéticamente modificados, etc.) y en el de la preservación del ambiente en el ejercicio de la actividad agrícola.

Los próximos volúmenes en curso de publicación han sido anunciados en el sitio Internet de la editorial: <http://www.giappichelli.it/home/trattati.aspx?codice=T04>.

Barbara PASA

Study Group on a European Civil Code (preparado por Christian von Bar): *Principles of European Law. Benevolent intervention in another's affairs*, Sellier, Bruylant & Staempfli, München, 2006. XXX + 417 pp.

Mientras el Marco Común de Referencia va tomando forma, el *Study Group on a European Civil Code* dirigido desde la universidad de Osnabrück por Christian von Bar comienza a publicar los resultados de sus años de trabajo. Dentro de la colección *Principles of European Law* irán publicándose en los próximos dos o tres años los diferentes *drafts* elaborados por cada uno de los subgrupos creados para cada específico contrato o institución jurídica. El primero en ser publicado –junto con el volumen dedicado a la agencia comercial, la franquicia y los contratos de distribución– ha sido el libro dedicado a la «gestión de negocios ajenos». Puede sorprender que el primer volumen se ocupe de una figura bastante residual en la jurisprudencia y la doctrina como es la *negotiorum gestio*. Ello responde, primeramente, al distinto ritmo que ha seguido cada uno de los subgrupos. Sin embargo, y más allá de las razones que ofrece el propio von Bar en el prólogo, no hay duda que iniciar la colección con la gestión de negocios ajenos en plena preparación del Marco Común de Referencia es toda una declaración de principios por parte del responsable del *Study Group*. Queda manifiesto que la pretensión científica del grupo abarca todo el derecho patrimonial privado, exista o no *Acquis Communautaire* y voluntad política de las instituciones europeas. Junto a los Principios de Derecho Contractual europeo, se van a ofrecer a la comunidad jurídica europea todos los elementos necesarios para la preparación de un verdadero Código europeo que cubra todo el derecho de obligaciones y contratos y algunos aspectos conexos como la transmisión de la propiedad de bienes muebles y el *trust*. Se trata de evitar cualquier vacío que pueda existir entre el derecho de obligaciones y el derecho de daños (p. 53), motivo por el cual se constituyeron ya originariamente los subgrupos de *tort law* y de enriquecimiento injusto.

La obra sigue la estructura ya típica de artículos o *black letter rules*, acompañados de comentarios con ilustraciones –tomadas muchas veces de sentencias judiciales cuya fuente se indica– y notas de Derecho comparado. Al texto articulado con comentarios y notas le preceden los artículos traducidos a las lenguas oficiales de la Unión Europea, salvo los países incorporados en la última ampliación (la versión española ha corrido a cargo de Begoña Alfonso de la Riva con la colaboración de Guillermo Palao Moreno y María Ángeles Martín Vida). Pero sobre todo merece especial mención la larga introducción (46 páginas) que no sólo sitúa al lector ante las reglas elaboradas por el grupo de trabajo, sino que constituye un verdadero minitratado de Derecho comparado sobre la *negotiorum gestio* en la que se compendian generosamente los principales rasgos de esta institución en los ordenamientos jurídicos que se han tomado en consideración (incluidos, aunque con clara menor extensión, los Derechos nacionales de los nuevos Estados miembros de la UE). Y en ella se hallan las claves para comprender la denominación escogida de «benevolent intervention in another's affair». El *common law* no sólo desconoce como institución la gestión de negocios ajenos, sino que, en general, es poco proclive a aceptar la intervención de personas en asuntos ajenos aunque sea con ánimo altruista, negando el derecho a la compensación por los gastos incurridos (pp. 77 ss.), aunque es cierto que se han reconocido algunos supuestos de *agency* sin previa relación contractual. Tampoco en los ordenamientos nórdicos se ha desarrollado la *negotiorum gestio* a niveles parangonables con el continente (pp. 74 ss.). De ahí la opción por un título que no evoca directamente la tradición romanística, si bien, como he apuntado en relación con la versión española de las *black letter rules*, la denominación tradicional aflora en las traducciones a las diversas lenguas nacionales del articulado.

Las reglas que se presentan de la *negotiorum gestio* mantienen el carácter residual de la institución, pues sólo se aplican cuando no existe ni autorización contractual o legal para actuar –supuestos de representación voluntaria o legal, en particular– ni deber de actuar –cuerpos de seguridad, bomberos y demás servicios públicos– (Art. 1:103).

Los presupuestos de la *negotiorum gestio* (Art. 1:101) son la gestión de un negocio ajeno con la intención predominante –no exclusiva, pues– de beneficiar al *dominus* siempre que exista una razón razonable para intervenir o aquél apruebe sin demora la actuación realizada por el *gestor*. Ya de inicio aparece un concepto de uso muy frecuente en los Principios de Derecho Contractual europeo, cual es el de la razonabilidad (art. 1:302 PECL), que es uno de los mejores indicadores del carácter flexible de este *soft law*. La razonabilidad se concreta: no es razonable inmiscuirse en los asuntos ajenos cuando podía haberse descubierto la intención del *dominus* y cuando la intervención es contraria a la voluntad de éste. Mas también hay gestión de negocios ajenos cuando se cumple una obligación ajena en casos de necesidad urgente determinada por el interés general (art. 1:102). Se muestra así una preocupación social que algunos autores, no faltados de toda razón, han echado de menos en el Derecho privado europeo, en especial en lo que concierne a la protección de la parte contractual más débil (Study Group on Social Justice in European Private Law, «Social Justice in European Contract Law: a Manifesto», *European Law Journal*, 2004, pp. 653 ss.).

El capítulo 2 sistematiza los deberes del gestor. De acuerdo con el artículo 2:101, el gestor, durante su intervención, debe actuar razonablemente, de acuerdo con los presumibles designios del *dominus* –excepción hecha

que se trate de una gestión amparada en el artículo 1:102– y, en la medida de lo posible y razonable, informarle de su intervención y requerir su consentimiento para actos posteriores. Además, una vez iniciada la actuación, debe proseguir en ella. Una vez completada la gestión, son tres los deberes que pesan sobre el gestor: informar al *dominus*, rendirle cuentas y entregar cuanto haya obtenido con su intervención (art. 2:102). Finalmente, el gestor debe responder del daño que haya causado –aquí se hace referencia a que se haya incurrido en *breach of duty*, siguiendo la terminología propia del *common law*– si el daño resulta de un riesgo creado o aumentado por el gestor; quizá innecesariamente se hace mención del riesgo perpetuado intencionalmente, pues el dolo es siempre fuente de responsabilidad [art. 2:103(2)]. Pero esta responsabilidad es susceptible de moderación si hay elementos razonables para ello, en particular teniendo en cuenta las razones que empujaron al gestor a intervenir en la esfera ajena [art. 2:103(3)]. Se excluye, como norma general, la responsabilidad solidaria en caso de pluralidad de gestores (comentario C11, p. 245).

Por otra parte, se incorporan dos reglas para el caso que el gestor sea una persona sin plena capacidad de obrar. La primera [art. 2:102(2)] es que el deber de entregar lo obtenido con la gestión se mediatiza reconociendo al gestor el recurso a las mismas excepciones de que gozaría de acuerdo con las reglas sobre enriquecimiento injusto (con lo que se efectúa una remisión a estas reglas que aún no han sido publicadas, pero que en el estado actual de elaboración y en cuanto a las *black letter rules* pueden consultarse en la página web del *Study Group*, <http://www.sgecc.net>). La segunda es que sólo será responsable si lo es de acuerdo con las reglas de derecho de daños redactadas por el mismo grupo y que son igualmente consultables en su página web [art. 2:103(3)].

El capítulo tercero se dedica a los derechos del gestor. En primer lugar, se establece el derecho a la indemnidad por los gastos incurridos en la gestión, que se traduce tanto en el reembolso como en la liberación de cualquier responsabilidad (art. 3:101). En segundo lugar, se reconoce al gestor que ha actuado en el ejercicio de su profesión el derecho a una remuneración, por un importe, siempre bajo el parámetro de la razonabilidad, correspondiente a lo que sería habitual en aquel ramo (art. 3:102). Por último, el gestor tiene pretensión de reparación de los daños personales y patrimoniales que haya sufrido al realizar la gestión, siempre que la intervención haya creado o aumentado de manera significativa el riesgo de ese daño y que ese daño fuera previsiblemente proporcional al riesgo para el *dominus* (art. 3:103). Estos derechos del gestor pueden resultar reducidos o excluidos (art. 3:104) si el gestor actuó con *animus donandi*, si la situación suponía un riesgo compartido para el propio gestor, si sería excesivo imponer tal responsabilidad al *dominus* o si el gestor podía razonablemente resarcirse de un tercero, como una aseguradora o el mismo causante del daño que se trataba de impedir (p. 287, para ejemplos). El artículo 3:105 regula este último supuesto con más detenimiento.

En general, puede concluirse que la regulación que se propone es compatible con el Derecho español. Ciertamente, existe alguna diferencia notable, como la exclusión de la indemnizabilidad del daño puramente económico sufrido por el gestor en el curso de su actuación (p. 277), pero estos son detalles menores en el conjunto del articulado. Merece destacarse que la atención que se presta al Derecho español es muy adecuada, con cita tanto del Código civil como de los preceptos de la Compilación navarra, así como de las principales aportaciones doctrinales a la figura de la *negotiorum gestio*. Con independencia del afecto que el lector sienta por la armonización del Dere-

cho privado en la Unión Europea, nadie podrá negar el enorme esfuerzo científico que representa una obra de esta envergadura y el mérito del equipo encabezado por el profesor Von Bar.

Antoni VAQUER ALOY

GRAZIADEI, Michele / MATTEI, Ugo / SMITH, Lionel (eds.): *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 584 pp. ISBN: 13 978-0-521-84919-7.

La obra que nos ocupa en esta ocasión es la cuarta monografía (las tres primeras son sobre el *Daño Puramente Patrimonial en Europa*, la *Ejecución de las Promesas en Derecho Contractual europeo* y *Buena Fe en Derecho Contractual europeo*, de autores varios) que se publica en la Cambridge University Press por destacados representantes e investigadores del Grupo de Investigación del Common Core de Trento (<http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/>). A priori versa sobre un tema muy original, mas cuando la aproximación científica tradicional a los trusts no pasa de su configuración jurídica y de sus usos, podríamos decir, domésticos tanto inter vivos (ej. *charitable trusts*) o *mortis causa* (ej., fideicomisos). Esta multiplicidad de usos en el ámbito familiar, altruista y financiero del *trust* también ha estado muy presente en la también reciente obra Nasarre Aznar, Sergio y Garrido Melero (coords.), Martín, *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2006. Esta obra se encuadra en un bienio (2005-2006) en el que se ha mostrado un resurgimiento del interés del estudio de los *trusts* en España, como lo demuestran el III Congreso de Derecho Civil Catalán (Tarragona, octubre de 2005) dedicado a los *trusts* y la jornada «Per què el trust a Catalunya?» (junio de 2006), dirigida por la doctora Esther Arroyo. También destacar la aparición de la interesante monografía de Martín Santisteban, Sonia, *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005. Y finalmente la decisión de la Comisión de Codificación de Cataluña (abril de 2006) de reanudar los trabajos legislativos para la incorporación de los patrimonios fiduciarios en Cataluña, abandonados desde 2003.

La «metodología *common core*» impregna el trabajo, puesto que se pretende aprender algo del derecho de negocios fiduciarios en su estado actual en Europa (incorporando también la experiencia de los prácticos), que es herencia de un pasado y que se proyecta al futuro, evitando aproximaciones únicamente historicistas o excesivamente de «derecho-ficción».

Sistemáticamente el libro está dividido en tres partes: la primera, dedicada al *status quo* del punto de partida del estudio, es decir, el estado actual del *trust* en operaciones comerciales –más que «mercantiles», en el sentido de que muchas de las cuestiones que se analizan salen de nuestro tradicional Derecho mercantil, incorporándose de pleno en el derecho civil (caso 3 sobre el conflicto de intereses, caso 6 sobre el *tracing*, o casos 8 a 11 donde se abordan cuestiones civiles) o en el derecho financiero (casos 8 a 11 sobre diversas estructuras financieras de carácter financiero)–.

La segunda, la clásica de la metodología trentina: los casos, compuestos de enunciado, solución en las diversas jurisdicciones participantes y un aná-

lisis comparatista que extrae las conclusiones buscando elementos comunes entre las jurisdicciones europeas. Esta parte tiene, a su vez, una subparte general, dedicada a los aspectos de configuración jurídica de los *trusts* pero con el «matiz» comercial (ej., creación y fin de la relación fiduciaria, conflictos de intereses, situación concursal del fondo, etc.) y otra especial (son casos de usos del *trust* es situaciones financieras: fondos de pensiones, inversión colectiva, obligaciones y titulación). La tercera parte está dedicada a las conclusiones.

Dada la importancia del *trust* en las transacciones internacionales y su mención en la normativa comunitaria, así como su presencia en textos internacionales, como el Convenio de La Haya 1985, su interés práctico casi iguala el académico. Así inician el libro los coordinadores. Partiendo de la perspectiva de los estudios del jurista inglés Maitland (que afirmó que no existe en Europa continental ninguna institución que tenga las mismas características que los *trusts* ingleses), los coordinadores analizan las vías de aproximación al estudio de los *trusts*: la propiedad dividida (legal y equitativa, en el contexto inglés), la segregación de patrimonios y las estructuras para-fiduciarias en contextos de Derecho civil (lo que para ellos demuestra que el *trust per se* no viola los principios fundamentales de dichas jurisdicciones). Repasan la problemática de discutir *trusts* en tribunales situados en jurisdicciones en que son desconocidos, con dicotomías como los derechos legales y los derechos en equidad, el *numerus clausus* de derechos reales, la naturaleza contractual o real de los *trusts* y la idea de la univocidad del patrimonio. Prestan atención sobre la función del *trust* en diversos vehículos de inversión y financieros, con la idea de la segregación y creación de patrimonios separados (*bankruptcy-remote structures*). Realizan también un análisis económico del *trust*, destacando que la división de tareas entre el beneficiario y el fiduciario es económicamente eficiente, puesto que garantizando protección dominical (en equidad) al beneficiario se reducen costes de agencia y puede delegar en un profesional (el fiduciario) la gestión del patrimonio fiduciario; y garantizándose también (pero legal) al fiduciario se facilita la transmisión y la utilización del patrimonio fiduciario para fines óptimos, sin necesidad de requerir cada vez el consentimiento al beneficiario.

Tras una breve nota terminológica (donde se analizan dos importantes problemas relacionados con los *trusts* y derivados de la ausencia de una *lingua franca* en materia de Derecho privado europeo: la descripción de las diversas instituciones en Europa que tienen que ver con encargar a otro que actúe en nombre de uno y se relacione con terceros; y la traducción al inglés de instituciones de Derecho civil continental relacionadas o parecidas al *trust* anglosajón) y un artículo por Donovan Waters sobre el desarrollo e impacto de la Convención de La Haya sobre el *trust* en veinte años (que califica como modesta, aunque rompió el hielo para iniciar un entendimiento entre *civil* y *common law*; la Convención no fue pensada con fines comerciales, aunque su artículo 2, el que define al «*trust* internacional», ha sido de hecho utilizado en la práctica comercial).

Entrando ya en el cuerpo más extenso de la obra (pp. 100 a 534), cada caso ha sido contestado por representantes de 16 países –incluido España, siendo los *reporters* por este país los doctores Sergio Cámara Lapuente y Cristina González Beilfuss– y, a grandes rasgos, éstas son algunas de sus conclusiones:

Caso 1.–Sobre el encargo a otro de gestionar algo en beneficio de uno. Las jurisdicciones de la Europa continental han optado por un mandato más, en ocasiones, un poder para gestionar con terceros (*power of attorney*), mien-

tras que Escocia, Inglaterra e Irlanda han optado por el *trust*. Aunque los del primer grupo también han alegado la posibilidad de utilizar estructuras fiduciarias y los del segundo reconocen poderlo estructurar mediante la *agency* (el equivalente al mandato continental).

Caso 2.—Sobre las obligaciones del fiduciario para invertir. En lo relativo a qué tipo de inversiones puede realizar el mandatario/fiduciario, será gobernado por el contrato de su creación (esto es común a todas las jurisdicciones), dando lugar a responsabilidad si se ha excedido. También ha resultado ser común el hecho de que el mandatario/fiduciario base sus decisiones de inversión exclusivamente en las noticias de un periódico, dando lugar a un incumplimiento de sus obligaciones, quedando ello sujeto al contrato entre ambos.

Caso 3.—Conflicto de intereses 1) en caso de que el mandatario/fiduciario utilice información obtenida durante la gestión para su propio beneficio y 2) en caso de que el mandatario/fiduciario malvenda la finca ajena y su propia finca a un tercero y la posibilidad para el mandante de recuperarla. Sobre la primera cuestión, aunque todos los participantes están de acuerdo en que el mandatario/fiduciario no puede beneficiarse de la relación que le vincula con el mandante/fiduciante-beneficiario, algunos países (ej., Suecia, Bélgica) ponen el duda el control que éste pueda tener sobre la información que obtenga aquél y con qué fin, aunque otros (ej., España, Inglaterra) ven claro el incumplimiento. La carga de la prueba tiene mucha importancia tanto en el primero como en el segundo supuestos. Se ha detectado un *common core* sobre la posibilidad de recuperar la finca en el segundo supuesto, siempre que haya habido una maquinación fraudulenta entre el mandatario/fiduciario y el tercero (aunque las soluciones jurídicas varían, desde la ineficacia del negocio —ej., Austria, Dinamarca— hasta la no recuperación en ningún caso).

Caso 4.—Situación concursal básica, relativa al concurso del mandatario/fiduciario. Contrariamente a lo que cabía esperar (división de soluciones en jurisdicciones con *trust* y sin *trust*), pocos países contemplan soluciones para que los terceros recuperen su dinero que obra en manos de un mandatario/fiduciario insolvente.

Caso 5.—Insolvencia de un gestor de inversiones. En base a diferentes tipos de inversiones, se analiza la posibilidad de que los fiduciantes-beneficiarios/mandantes puedan recuperar lo que el mandatario/fiduciario invertía por ellos. Las soluciones varían en los países dependiendo de si la operación llevada a cabo por el mandatario/fiduciario requería simplemente una división contable entre sus propios activos y los de sus clientes (ej., desprotección en España y Francia y protección en el resto), o si su inversión quedaba protegida por adquisición de títulos representativos de una cotitularidad en una sociedad (protección unánime en base a la personalidad jurídica).

Caso 6.—*Tracing*, o la posibilidad de perseguir al mandatario/fiduciario en caso de mala gestión de éste. En general, las soluciones son dispares, aunque no correlacionadas con el hecho de tener o no *trust*, dependiendo esencialmente de la política legislativa por la que opte en el balance de intereses entre los clientes defraudados y los intereses de los acreedores generales del mandatario/fiduciario.

Caso 7.—Escogiendo la aplicación de un *trust* extranjero. La validez de esta elección para gobernar una relación obligacional de gestión difiere entre los países que han ratificado la Convención de La Haya (ej., son favorables con algunos límites Inglaterra, Escocia e Italia, pero no Holanda, aplicando el art. 13) y también entre los países que no la han ratificado (normalmente

relacionado con que tiene que existir una conexión objetivamente sustancial con el Derecho extranjero).

Sobre los casos 8 a 11, que constituyen ejemplos de patrimonios fiduciarios de carácter financiero, simplemente un comentario genérico. Aunque las necesidades son las mismas en cada jurisdicción (potenciar la inversión colectiva, protección de los pensionistas, refinanciación hipotecaria, etc.), los ropajes jurídicos que se adoptan pueden diferir. Así, respecto a los fondos de pensiones, la división está entre esquemas de Derecho público, personas jurídicas privadas o *trusts*. Respecto la inversión colectiva, se recogen en Europa los dos sistemas que ya tenemos en España (Ley 35/2003): la forma corporativa (SIC) y la forma fondo (FIC), aunque el objetivo jurídico-económico es el mismo en ambas estructuras. Sobre la emisión de obligaciones garantizadas a la vez con un mismo derecho real de garantía, las diferencias se centran en dicha posibilidad y sobre quien representa a los obligacionistas, quienes como tales pueden o no tener personalidad jurídica. Y por último, sobre la titulización, aunque numerosas jurisdicciones se han venido dotando de normativa al respecto, persisten problemas jurídicos con la cesión de los activos y la naturaleza jurídica del vehículo financiador (SPV).

La obra concluye con un capítulo general de conclusiones que, en su último apartado, proyecta el trabajo al futuro. La primera conclusión que se extrae es que existen más similitudes que diferencias entre los contextos jurídicos con *trust* y sin él, a pesar de la variedad de estructuras jurídicas, ya que los problemas institucionales son los mismos y deja la puerta abierta a futuros trabajos empíricos que puedan llegar a aconsejar o no la adaptación de un corpus mínimo de reglas que faciliten las operaciones fiduciarias en Europa.

En definitiva, se trata de una obra ciertamente original que va más allá de los estudios académicos tradicionales sobre los *trusts*, incluso en Inglaterra, y que busca los elementos esenciales del mismo que resulten útiles para la práctica comercial y financiera. Tratando ejemplos esenciales de vehículos financieros muestra cómo los problemas son los mismos y cómo los ordenamientos pretenden tratarlos con mayor o menor éxito. Recomendable para abrirse nuevas fronteras en las utilidades económicas de los *trusts* y figuras afines y su estudio como parte de la disciplina iusprivatista.

Sergio NASARRE AZNAR.

FREITAG, Robert / LEIBLE, Stefan / SIPPEL, Harald / WANITZEK, Ulrike: *Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert (Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Spellenberg)*, Sellier European Law Publishers, München, 2006, 230 pp. ISBN: 3-935808-57-7.

El volumen, objeto de nuestra recensión, recoge las diversas contribuciones al acto universitario que celebraba los 65 años del profesor Ulrich Spellenberg. El simposio, que fue organizado por algunos de sus discípulos (Robert Freitag/Stefan Leible/Harald Sippel/Ulrike Wanitzek), fue –como tienen que ser estos actos– eminentemente intelectual, donde además de destacar la trayectoria científica y universitaria del homenajeado, los participantes contribuyeron con sus ideas a que se reflexionara sobre el futuro del Derecho de familia internacional.

En el simposio estuvieron presentes las tres facetas que el profesor Ulrich Spellenberg ha venido cultivando: el *Derecho internacional privado* y, concretamente, dentro de él, el *Derecho de familia*, el *Derecho comparado* y el estudio del *Derecho africano*. No en vano era miembro activo de la Sociedad por el Derecho africano.

En el primer ámbito citado, las intervenciones pusieron de relieve que el *Derecho de familia desde la perspectiva internacional* se encuentra inmerso en una etapa de cambios y, a buen seguro, de cambios profundos debido a múltiples factores de, entre los cuales, deben destacarse dos: en primer lugar, las grandes migraciones que están marcando el inicio del siglo XXI y, en segundo lugar, los intentos de unificar el Derecho tanto a escala europea como internacional.

a) En efecto, los importantes movimientos de la población mundial en busca de mejores oportunidades, conllevan no sólo una *interculturalidad social* sino también una *interculturalidad legal*, esto es, los jueces y magistrados ya no sólo deben conocer su Derecho sino que, muchas veces, se ven abocados por las normas de conflicto a aplicar –y por tanto conocer– un Derecho material que, en principio, les resulta extraño pero que inevitablemente cada vez lo será menos. La globalización también tiene su influencia en el Derecho y, sobre todo, en el Derecho internacional, donde debería significar, quizá, la elección del Derecho que las partes desean que sea aplicable a su relación y que no, necesariamente, ha de ser el Derecho que se deriva de su estatuto personal, es decir, la nacionalidad (Christian Kohler, «Der Einfluss der Globalisierung auf die Wahl der Anknüpfungsmomente im internationalen Familienrecht», 9 ss.). Todo lo advertido guarda relación directa con el papel que la cláusula del «orden público» desempeña en la aplicación de las normas del Derecho de familia. Así, se cuestiona su virtualidad jurídica tal y como tradicionalmente se la conoce y se propone que detrás de ella se protejan intereses individuales y no un determinado modelo de familia (Hans Jürgen Sonnenberger, «Wandlungen und Perspektiven des familienrechtlichen ordre public», 53). En relación con la interculturalidad legal destacada, debe hacerse mención de la importancia que tiene, actualmente, el Derecho consuetudinario (*customary law*) en el ámbito de la adopción internacional (Bernhard Pfister, «Die unordentliche Geburt. Kollisionsrechtliche Probleme eines Adoptionersatzes», 103 ss.).

b) La unificación del Derecho y, concretamente, del Derecho de familia internacional no deja de plantear problemas que tienen que resolverse, en la presente centuria, cuando se unifica el Derecho procesal sin a la vez tener en cuenta una unificación del Derecho conflictual (Peter Gottwald, «Probleme der Vereinheitlichung des Internationalen Familienverfahrensrechts ohne gleichzeitige Kollisionsrechtsvereinheitlichung», 55 ss.). En este sentido, debería acompañarse con un cambio en el Derecho de divorcio tanto en los aspectos personales como económicos (Dieter Martiny, «Ein Internationales Scheidungsrecht für Europa – Konturen einer Rom III-Verordnung», 119) y la posible supresión del *exequatur* (Jean-Pierre Laborde, «Abschaffung des Exequaturverfahrens im Europäischen Internationalen Familienverfahrensrecht?», 77 ss.).

Desde la perspectiva del *método comparado* en la unificación del Derecho de familia debe destacarse el importante papel que está desempeñando la *Commission on European Family Law* que, creada en el año 2001, ya ha formulado principios –*ius commune*– sobre aspectos tales como el divorcio y el derecho de alimentos (Walter Pintens, «Materielles Familienrecht in Euro-

pa», 137 ss.), lo que supone el principio de una labor de más hondo calado que tienda a evitar la división entre la unificación del Derecho internacional y del Derecho europeo que, actualmente, todavía existe (Jörg Pirrung, «Brüche zwischen internationaler und europäischer Rechtsvereinheitlichung», 89 ss.).

El *Derecho africano* también fue centro de interés, como se ha dicho, del profesor Spellenberg. Por ello, dos de las contribuciones que aparecen en el libro, que refleja la altura intelectual del simposio, se dedican a poner de relieve aspectos del Derecho de familia, por un lado, en la república de Benin y, por otro lado, en el Derecho islámico. Noël A. Gbaguidi pone de relieve, en su trabajo, los puntos cardinales de la nueva ley sobre Derecho de la persona y Derecho de familia cuya fuente es el Derecho francés («Europäische Einflüsse und Entwicklungen im Internationalen Privatrecht der familia in der Republik Benin. Aspekte des Gesetzes über die Person und die Familia vom 7. Juni 2002», 155 ss.). Las líneas básicas de la reforma han sido la abolición de la pluralidad jurídica en el Derecho de familia, la supresión de la poligamia, la afirmación del principio de la libertad y de la igualdad, y el monopolio del Estado y de los jueces en relación tanto con la celebración del matrimonio como con el divorcio, lo que suponen logros importantes en el contexto africano. Por su parte, la nota característica del Derecho islámico es la gran pluralidad jurídica existente, lo que dificulta enormemente su unificación [Hilmar Krüger, «Beharrung und Entwicklung im islamischen Rechtsbereich (unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Vermögensrechts)», 171 ss].

Para acabar, quiero subrayar el vínculo –y el contraste– que el profesor Spellenberg ha sabido crear entre el Derecho de familia europeo y el Derecho de familia africano, lo que ha contribuido sin duda a conocer mejor el Derecho de familia que, todavía hoy, nos resulta más cercano.

Susana NAVAS NAVARRO.

SCHULZ, Andrea (ed.): *Legal Aspects of an E-Commerce Transaction, International Conference in The Hague 26 and 27 October 2004*, Sellier European Law Publishers, München, 2006, 361 pp. ISBN-10 3-935808-71-2.

Desmaterialización, desterritorialización y destemporalización del Derecho en el área del comercio electrónico son las tres notas que, según Paul Torremans (Universidad de Nottingham/ Universidad de Gent), en su introducción a los trabajos relativos a la fase precontractual, fuerzan hasta sus límites al Derecho internacional privado, cuestionando la base material de los tradicionales puntos de conexión en cuanto a Derecho aplicable y jurisdicción, y dificultando así tanto el tráfico internacional como las posibles perspectivas de solución de ámbito global. Esos tres elementos, distorsionadores respecto del enfoque jurídico tradicional de la contratación, están presentes en la mayoría de las ponencias recogidas en este volumen, pero ya desde esas páginas introductorias se intuye una posibilidad de solución, que necesariamente debe pasar por el cumplimiento de estrictos requisitos de claridad y, especialmente, por la aceptación de todos los implicados. Con ello se anuncia,

de entrada, la importancia que van a tener en este ámbito las iniciativas de autorregulación, tanto en el marco de la práctica publicitaria y de la contratación, donde juegan un papel muy relevante los trabajos de la Cámara Internacional de Comercio, como en el contexto de la resolución de conflictos. La contratación electrónica es ciertamente un campo abonado para el fraude, pero, como en tantos otros ámbitos, la realidad demuestra que las prácticas contrarias a la buena fe y los abusos de posición privilegiada son sólo residuales, respondiendo a situaciones patológicas, mientras que la inmensa mayoría de los operadores económicos en este marco tienden no sólo al cumplimiento regular de las disposiciones nacionales o supranacionales, sino a dotarse de sus propios códigos de conducta, que seguramente tendrán que ser la base de cualquier intento de regulación, de alcance necesariamente transfronterizo.

La obra recopila los trabajos presentados en el congreso que llevó el mismo título y que tuvo lugar los días 26 y 27 de octubre de 2004, bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Cámara Internacional de Comercio y el Gobierno Holandés. Las sesiones de trabajo se estructuraron en torno a cuatro grandes ejes, a saber: la fase precontractual, la fase contractual, la fase de cumplimiento o ejecución y, finalmente, la fase postcontractual y de resolución de conflictos.

La misma estructura sigue el libro que ahora se reseña. Se incluyeron en el mismo, cuando fue factible, los textos de las ponencias de los distintos participantes y, cuando no se pudieron obtener a tiempo, se recogen los *abstracts* o, con más frecuencia, las presentaciones en *power point*. Estas últimas ciertamente dan noticia, siquiera indiciaria, del amplio espectro de materias tratadas en el referido congreso, pero no podemos dejar de advertir que, tanto para el lector que no esté familiarizado con los aspectos referenciados como para aquel que ya cuenta con conocimientos al respecto, la información suministrada por esta vía será cuanto menos parca.

A vista de pájaro, y siguiendo la organización del libro, pueden destacarse los siguientes contenidos:

a) La fase precontractual. En esta primera parte se analizan los problemas que genera el marketing en general y la publicidad y los estudios de mercado en el contexto de la contratación electrónica, así como las cuestiones de propiedad intelectual e industrial que se suscitan en este entorno, con la intención de proponer respuestas, especialmente, a las cuestiones de Derecho aplicable y de jurisdicción competente. En esta línea, surgen una pluralidad de interrogantes, susceptibles a su vez de una pluralidad de soluciones. Así, por ejemplo, podemos preguntarnos si es cierto que cualquier publicidad colgada en Internet tiene proyección global y, si la respuesta es negativa, habrá que averiguar cuáles son los criterios que delimitan su ámbito de eficacia, puesto que sólo así cabrá proponer un Derecho a la medida de lo regulado. Respecto de las cuestiones de propiedad intelectual e industrial, tal vez las normas de resolución de conflictos interestatales de los EE.UU. puedan servir de pauta. Tras una introducción a la materia a cargo del citado Paul Torremans, encontramos la presentación de Oliver Gray (EASA) sobre estándares en la publicidad *on-line* adoptados por la Cámara Internacional de Comercio (ICC), aplicables en cualquier contexto en que se utilicen medios electrónicos de transmisión (incluyendo, por tanto, la televisión interactiva o la telefonía móvil, por ejemplo). Se trata de un modelo de autoregulación de crucial importancia, como también ocurrirá en el marco de los estudios de opinión y de mercado, según explica a continuación Erich Wiegand (ESOMAR), de

nuevo por medio de presentación en *power point*. En el mismo formato, Lucinda Jones (WIPO) aporta un esquema de los trabajos de la organización en el ámbito de la Propiedad Intelectual y la Agenda Digital WIPO. Sí aparecen los textos de las ponencias de Jane C. Ginsburg (Universidad de Columbia/Universidad de Cambridge), sobre *Copyright*, comercio electrónico y legislación nacional contradictoria, y de Yuko Nishitani (Universidad de Tohoku), sobre vulneración de la propiedad intelectual y responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet, que, partiendo de la experiencia japonesa, aporta una visión comparatista del problema.

b) La fase contractual. Este segundo bloque, introducido por Stefan Leibler (Universidad de Jena), aborda cuestiones como la negociación y conclusión del contrato, su validez formal y sustantiva y la de las cláusulas de ley aplicable o de sumisión a un determinado foro. Además de la perspectiva estadounidense (que cierra el bloque, de la mano de John Rotchild, Universidad de Wayne), del trabajo sobre autonomía privada y *business-to-business* internacional y *on-line* (Simone van der Hof, Universidad de Tilburg) y de la breve presentación del modelo *Pactio*n de contrato de compraventa internacional (Ake Nilson), destaco de este bloque la ponencia de José Ángel Estrella Faria (secretario del grupo de trabajo UNICTRAL sobre comercio electrónico), que se centra en el análisis de las reglas tocantes a la armonización de la contratación electrónica internacional de UNCITRAL, cuyo subtítulo sugiere la posición del autor («adaptamos las reglas, pero sin reescribirlas») y el estudio de Michael Hellner (Universidad de Upsala) sobre la Directiva 2000/13/CE, a la que no se le ahorran las críticas de oscuridad y general falta de precisión.

c) La fase de cumplimiento o ejecución. En este bloque, brevemente introducido por Mads Bryde Andersen, aparecen de nuevo trabajos sobre los principios UNIDROIT (Michael Joachim Bonell), el papel de la Ley Modelo de UNICTRAL de 1996 (José Ángel Estrella Faria) y el papel de los INCOTERMS (Jan Ramberg), pero quizá destacaría de esta parte dos aspectos con frecuencia olvidados desde la perspectiva puramente privatista o, si se quiere, civilista, y que, sin embargo, tienen indudable trascendencia económica y jurídica; me refiero a los trabajos sobre los aspectos legales del pago electrónico (Marc Lacoursière), de la facturación electrónica (Anna Nordén) y sobre fiscalidad (William J. Craig, de nuevo en formato *power point*).

d) Finalmente, el bloque dedicado a la fase post-contractual y a la resolución de conflictos es introducido por Michael Geist e incluye, además de la breve presentación en *power point* sobre los trabajos de la OCDE, desde la protección inicial de los consumidores a las iniciativas de resolución alternativa de conflictos (Sarah Andrews), una explicación del Proyecto ODR de la Cámara Arbitral de Milán (Rinaldo Sali), el trabajo de Michael Geist sobre la perspectiva canadiense en la lucha anti-*spam* y la ponencia sobre aspectos clave de la regulación rusa sobre comercio electrónico (Alexander Matveev). La cuarta parte y el libro se cierran con la ponencia de su editor, Andrea Schulz, sobre el Proyecto de la Conferencia de La Haya para un Convenio Global sobre Jurisdicción, Reconocimiento y Ejecución en materia civil y comercial, que no incluye el comentario a la versión definitiva del Convenio de 30 de junio de 2005, relativo a los acuerdos exclusivos de elección de foro.

GLENN, Patrick: *On Common Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 158 p. ISBN: 0-19-928754-6.

Introducción

¿Hasta qué punto es cierta la visión que los políticos quieren dar de una reviviscencia del *ius commune* europeo en la construcción de un Derecho común para Europa? Supuesto que ello fuera posible –e incluso deseable–, sería sólo realizable si únicamente existiera un *ius commune* en Europa. El libro de Patrick Glenn demuestra que no es así, que existen diferentes Derechos comunes, no sólo en Europa, sino también en el mundo. Y ello implica estudiar la relación entre ellos e indica también la necesidad de analizar la relación entre territorios y gentes distintas a lo largo de la historia, pero también actualmente. Pero este no es un libro de historia, ni siquiera de historia del Derecho. El autor sólo se sirve de ella con fines instrumentales con la única pretensión de desarrollar un concepto (el de «Derechos comunes») y darle un significado –así, en plural– que hasta ahora la doctrina habría negligido. El mensaje con el que concluye el autor no puede ser más optimista, al aludir al papel actual de los Derechos comunes como técnicas de conciliación entre ordenamientos y entre pueblos: ¿se trata quizás de sentar las bases para procurar un nuevo (actual) Derecho común –armonizado– en Europa que tenga más en cuenta las diferencias?

Contenido

Common Law, *ius commune* o *Derecho común* son las tres acepciones que a lo largo del libro maneja el autor, aunque en inglés, lengua en la que está escrito el libro, deben necesariamente reconducirse a sólo dos, las dos primeras. «*Common Law*» designa entonces el ordenamiento jurídico de corte anglosajón que en Europa está vigente en el Reino Unido, pero también el «Derecho común» del resto de países del continente europeo; aunque, en la tesis del autor, hay muchos «Derechos comunes», incluido el *Common Law* y el *ius commune* que, todo y haber sido muy influyente a lo largo de la historia, el autor no califica de universal (tampoco los demás).

Conviene dejar claro, porque es básico para la inteligencia del libro, que la expresión «Derecho común» –sea o no el *ius commune* medieval o el *Common Law* anglosajón– no se identifica con «Derecho privado general», que lo es porque cuenta con excepciones o especialidades, sino con «Derecho supletorio» en una situación de coexistencia de varios ordenamientos jurídicos en un mismo territorio. Así era para los juristas medievales, que identifican el *ius civile* con el *ius commune* (lo que para los romanos era *ius gentium*) porque sus *iura propria* son los diferentes *iura municipalia* que, en Italia, cumplen la misma función que en Roma el *ius civile*. Parecidamente, el *Common Law* anglosajón, que también lo era por oposición a las costumbres locales.

Efectivamente, la idea de «Derecho común» de la que se vale Glenn a lo largo del libro es aquella en que la «comunidad del Derecho» se explica por la existencia de Derechos particulares que constituyen excepciones a los principios «universales» en los que aquél (el Derecho común) se inspira y por los cuales se rige y que, por tanto, son prioritarios. Rechaza en todo caso la visión simplista en virtud de la cual el *ius commune* es todo el Derecho anterior a la codificación, en los siglos XIX y XX. Puesto que no es cierto que

antes de las codificaciones modernas (siglo XIX-XX) todo el Derecho fuera común en toda Europa, más que de «el *ius commune*» debería hablarse de una multiplicidad de Derechos comunes –entre los cuales incluso algunos sin base territorial, como el Derecho canónico, feudal, mercantil–, interactivos, que irradian desde diferentes centros de población o de influencia, cada uno de los cuales lleva consigo su «Derecho propio» o «local».

Es, pues, la relación dicotómica «Derecho común»-«Derecho local» o, si se prefiere, «*iura comunia-iura propria*» la que define el concepto y puesto que tal relación existe siempre y en todas partes, el autor concluye con la pérdida de importancia del *ius commune* y del *Common Law* –que no obstante continúan siendo prototipos– en beneficio de la revalorización de los diferentes Derechos comunes en cada territorio. A partir del siglo XIII, es Derecho común el «*Droit coutumier*» francés; en el mismo siglo, lo son *Las Partidas* en la Corona de Castilla (por ser Derecho supletorio del Derecho real y costumbres locales); en Alemania, el *Gemeinesrecht* vendría definido a partir de la expansión del *Sachsenspiegel* y el Derecho de la ciudad de Magdeburg, también a partir del siglo XIII. Múltiples Derechos comunes, pues, que, además, interactúan. En Europa, además de los de Francia, Alemania o España, Glenn destaca la existencia de otros Derechos comunes regionales en Nápoles, La Toscana o el Piamonte.

La penetración del *ius commune* no se produjo en la misma época en todos los países y a su penetración se opuso una mayor o menor resistencia en función de la mayor o menor amplitud del que debiera ser considerado «Derecho común» en cada zona. Se entiende que la tuviera poca en la zona de *Droit coutumier*, ya que éste no fue considerado un *ius proprium* frente al general o *ius commune* sino «*le seul droit commun coutumier*». En el país francés de costumbres, la Costumbre de París cumplía el rol de *droit commun* tanto como en el de *droit écrit* lo cumplía el *ius commune*. Y, tanto uno como otro, se definían frente a los privilegios o Derechos privados; estos Derechos particulares otorgaban al Derecho común su carácter relacional.

La primera conclusión es, pues, que el aspecto relacional de los «Derechos comunes» y los «Derechos locales o territoriales», implica contemplar las cosas desde la vertiente de Derecho supletorio que caracteriza a cualquier Derecho común. El Derecho común es subsidiario, pero ya no es Derecho común general para todo el territorio. Según Glenn, los Derechos comunes, precisamente por su condición de supletorios, son también no obligatorios; no se definen en base a su eventual aplicación territorial o en función de su contenido –esencialmente porque no hay nadie que controle cuál es éste o que decida cuál debe ser– y están siempre en permanente dinamismo y redefinición a partir de su relación con los Derechos particulares, algo que se produce de manera pacífica y sin crear conflicto de ley alguno. Su creación es espontánea, gracias a la colaboración entre jueces y juristas. Si se impone el Derecho común –cualquier Derecho común– es por su poder de persuasión, pero nunca de manera obligatoria; si ello fuera así, si el Derecho común se hubiera impuesto de manera uniforme y obligatoria en un determinado territorio, por imposición de un legislador nacional, ello hubiese llevado a la creación de un único Derecho (*unum ius*) y, por tanto, a la pérdida del carácter relacional que caracteriza al Derecho común: al ser impuesto, éste, a su vez, se habría convertido en «Derecho particular» o «local» del territorio a que hubiese ido referido.

Otra de las tesis del autor es que el Derecho común no se acaba cuando se produce la nacionalización del Derecho (en Occidente, las codificaciones

modernas, cuyo equivalente, en el mundo del *Common Law*, sería la regla del *stare decisis* y la legislación). Los Códigos nacionales modernos serían depositarios del «Derecho común» del cual se nutren (además del de sus respectivos *iura propria*) y que, por lo demás, nunca dejó de ser invocado o utilizado y, frecuentemente, a través del recurso a los Principios generales del Derecho. El autor destaca el fenómeno generalizado y espontáneo que ello supuso en toda Europa. La nacionalización del Derecho no acabó con el Derecho común; la dejó hibernando a la espera de una eventual reaparición que, según palabras del autor, es la que está teniendo lugar actualmente en el proceso de construcción europea.

En otros apartados del libro, Glenn analiza las relaciones entre los Derechos comunes en el mundo, lo cual le permite afirmar que aquellos existen en el interior de jurisdicciones precisas, pero también fuera de ellas. Por efecto de los nuevos asentamientos o colonias, los nuevos habitantes llevan consigo el Derecho del lugar de procedencia, que se adapta y cede convenientemente a las nuevas costumbres y el nuevo Derecho del país de recepción y, por eso, pasa a ocupar el lugar de Derecho común. Se estudian los ejemplos que proporciona el *Common Law* inglés, el *Droit commun* francés, el Derecho común español, el Derecho común romano-holandés y el Derecho común representado por el pensamiento pandectista alemán. Se señalan, además, las particularidades que presenta la apropiación nacional o recepción del Derecho común extranjero en los EUA. Además, la influencia (no siempre recíproca, o no de igual intensidad) entre los diferentes Derechos comunes del mundo (y aquí conviene advertir que el autor incluye en la expresión «Derecho común» a aquél que ya ha adquirido la forma de un Código Civil) es puesta de manifiesto a partir de la constatación de la circulación de modelos, la existencia de frecuentes trasplantes legislativos de una jurisdicción a otra y el empleo del Derecho comparado por parte de los tribunales. Entre los Derechos no europeos, el libro resalta los ejemplos que proporcionan los Derechos americano, talmúdico, islámico e hindú.

De especial interés son las consideraciones en torno a la influencia recíproca entre el *ius commune* (medieval) y el *Common Law* (anglosajón) –más evidente el peso del primero sobre el segundo– y la particularidad que a este respecto presenta Escocia y otros territorios de «Derecho mixto»; y entre el *ius commune* y otros Derechos comunes continentales. Glenn también analiza las relaciones entre los Derechos comunes y el Derecho canónico y entre aquéllos y el Derecho mercantil y el Derecho feudal.

El libro finaliza con el análisis de la relación que existe entre Derecho común y lengua: ¿Si el *ius commune* debió su expansión al hecho de utilizar el latín como lengua común en toda Europa, cabe concluir que el ámbito de influencia de los Derechos comunes aumenta o decrece en función de la influencia de la lengua con la que se expresen? Seguramente, pero en opinión del autor lo cierto es que aunque los Derechos comunes se han expresado tradicionalmente en una sola lengua, las frecuentes traducciones que se manejan inducen a desmentir una eventual respuesta afirmativa a la anterior cuestión. Para Glenn, la aptitud de los Derechos comunes para expandirse y relacionarse entre sí explicaría la facilidad con que se eliminan las barreras del lenguaje. Trabajar con más de una lengua enriquece, desde luego, el proceso de interacción y facilita la mutua comprensión porque, aunque exista una innegable relación de dependencia entre las ideas jurídicas y la lengua que se utiliza para expresarlas, esto no constituye una barrera infranqueable para la traducción. Mucho menos si la tarea de mutua comprensión de los sis-

temas viene facilitada por la enseñanza del Derecho en las Universidades que, con excepciones, no se ha caracterizado a lo largo de la historia –ni ahora tampoco– por dar preeminencia a otro Derecho común que no fuera el *ius commune* y, luego, al estudio de otro Derecho que no fuera el propio, con evidente desprecio en ambos casos, de lo que constituye la diferencia y es distinto.

La relación de reciprocidad continúa en la actualidad, con mutuos préstamos e interferencias, con mayor o menor intensidad entre unos y otros y siempre en función de las necesidades locales. La competencia entre ordenamientos –aunque el autor prefiera no usar este término– no hace temer por la desaparición de ninguno de ellos, tal y como el libro demuestra haber sido la historia de tales relaciones.

Crítica

El libro de Glenn es enormemente sugestivo, aunque por ser su discurso meramente conceptual, al lector le resulta un tanto escurridizo y, precisamente, por el carácter relacional que lo tipifica. Efectivamente, calificar o no de «común» a un Derecho o a un ordenamiento jurídico, siempre dependerá de cuál sea la variable con la cual éste resulte confrontado que, naturalmente, puede no ser siempre la misma. Según el autor, *Las Partidas* se reputan Derecho común en Castilla, pero también podría contradecirse esta afirmación entendiendo –a la manera tradicional– que no eran «Derecho común», porque cuando la Monarquía las hizo suyas las convirtió en «Derecho propio» del Reino. Dicho de otra manera, Glenn desprecia que la comunidad del Derecho opere sólo siempre entre ordenamientos distintos y califica de «Derecho común» a los supletorios dentro del propio.

Cabe destacar, además, que el aspecto relacional varía especialmente cuando se contempla el Derecho desde la óptica judicial. Es sabido, por ejemplo, que en el período anterior a la codificación española, el Tribunal Supremo se refería muchas veces a la legislación vigente en Cataluña calificándola de especial o particular, pero no ya frente a sus supletorios o su propio «Derecho común», sino frente a *Las Partidas* que, aun siendo sólo Derecho (supletorio) de Castilla se presenta como «común o general» a todo el Reino. Y, en esta misma época, es también habitual que, bajo la denominación «Derecho común» se incluyan indistintamente los supletorios del Derecho catalán y los del Derecho real (el Derecho castellano del que el Monarca se apropia). Desde luego, esto último sería muestra de la supuesta armonía con la que los Derechos comunes interactuaban, dando la razón a las tesis de Glenn. Porque, efectivamente, el hecho de que la expresión «Derecho común» –inicialmente, el Derecho romano– el Tribunal Supremo englobe también el Derecho contenido en *Las Partidas* indica que ambos Derechos regulan la cuestión de la misma manera y, en definitiva, significa que al Tribunal Supremo le resulta indiferente cuál de los dos se aplique. Lo que demuestra, finalmente, que por la vía del poder judicial, un Derecho ajeno (no vigente y no aplicable) se introduce como supletorio en Cataluña. La generalización de esa regla, sin embargo, no siempre ha llevado a resultados deseados, porque en no pocos casos ha supuesto la negación del propio Derecho y de las propias instituciones.

Se echa en falta, además, que Glenn no entre en el análisis de instituciones concretas que demuestren, efectivamente, cuál es la práctica de la teoría que se describe, sobre todo cuando se analizan las relaciones entre los dife-

rentes Derechos comunes en el mundo y la mutua influencia que supuestamente estos ejercen entre sí.

La tesis básica de Glenn es que nunca ha existido un único Derecho común. Si ello es cierto, no debería sorprender a nadie que, en Cataluña, tan «Derecho común» sea el contenido en su CCC (lo recuerda recientemente la Resolución de la *Direcció General d'Entitats Jurídiques i de Dret*, de 28 de enero de 2005, *DOGC* núm. 4601, de 27 de marzo de 2006) como, en el resto de España, lo sea el CC español. Además, Glenn enseña que no es posible un Derecho común a nivel federal cuando el Derecho civil de las provincias es distinto. En fin, si lo que se persigue hoy en Europa es un Derecho común armonizado, no cabe duda de que los códigos, y más si son de nuevo cuño, tienen el camino más fácil en la labor de expansión y proyección del Derecho común del que son depositarios.

Esther ARROYO I AMAYUELAS.

BADOSA COLL, Ferrán/ARROYO I AMAYUELAS, Esther (coordinadores): *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 565 pp. ISBN: 84-8456-389-8.

Los profesores Badosa Coll y Arroyo i Amayuelas, dos de los más reputados especialistas españoles en materias relacionadas con el proceso de armonización del Derecho europeo de obligaciones y contratos, coordinan este interesante trabajo en el que, con la aportación de expertos de diferentes países (Alemania, Francia, Italia, Holanda y España), se ofrece una visión panorámica del estado actual de la cuestión y de sus perspectivas de futura evolución. La obra aparece estructurada en dos partes: la primera tiene un carácter «transversal», y se dedica al análisis de diversas cuestiones generales relacionadas con el *acquis* comunitario en materia de obligaciones y contratos y su incidencia en el proceso de codificación y recodificación de los Derechos nacionales, con especial atención a la experiencia alemana y catalana. El hilo conductor de la segunda parte viene dado, en cambio, por el examen comparado de las iniciativas legislativas que en los últimos años se han venido desarrollando en diferentes Estados con objeto de transponer a sus respectivos ordenamientos internos las Directivas relativas a la garantía en la venta de bienes de consumo, las medidas contra la morosidad en operaciones comerciales y la seguridad general de los productos. La elección de estas materias como objeto de estudio resulta especialmente acertada, habida cuenta de que se trata de normas relativamente recientes y llamadas a incidir sobre aspectos nucleares del Derecho de obligaciones y contratos (el régimen del contrato de compraventa, el incumplimiento de las obligaciones, la responsabilidad extracontractual), en un momento en que la propia oportunidad del proceso de armonización y los mecanismos más idóneos para conseguirla están sometidos a un intenso debate.

En una visión de conjunto, la lectura de la obra pone de manifiesto que el objetivo de una hipotética codificación del Derecho europeo de contratos está aún lejano. Por el momento, el acervo comunitario en esta materia ofrece un grado más bien escaso de coherencia sistemática y armonía interna; en la práctica, la actividad legislativa de la Unión Europea se ha limitado al esta-

blecimiento de un cuerpo mínimo y fragmentario de normas imperativas constitutivas de lo que se ha denominado «nuevo orden público comunitario» (Montfort, p. 400). En estas condiciones, la armonización aparece como un proceso seguramente deseable, pero lleno de dificultades, en la medida en que se ha de incidir sobre sistemas y tradiciones jurídicas notablemente divergentes. La labor de la doctrina científica en el terreno de la investigación histórica y comparada se revela así como un instrumento imprescindible, tanto a la hora de poner de manifiesto los conceptos básicos que en buena medida comparten los diversos ordenamientos (Troiano, p. 279), como a efectos de extraer del propio acervo comunitario y de otros materiales complementarios (Principios Lando, Unidroit, Anteproyecto Gandolfi, Convenios Internacionales, etc.) aquellos principios y criterios generales que habrán de servir de orientación, tanto a los legisladores nacionales interesados en incorporarse al carro de la armonización (Arroyo, pp. 79 ss., especialmente p. 114), como a los jueces y tribunales nacionales, enfrentados cada vez más a la necesidad de tener en cuenta el Derecho comunitario como instrumento fundamental para la interpretación y aplicación del Derecho privado interno (Ebers, p. 63).

Por otra parte, el notorio desfase que se viene produciendo entre el objetivo armonizador y los desiguales resultados del proceso de transposición (véanse las acertadas consideraciones que desarrolla Troiano, p. 277, sobre el riesgo inherente a la concreción por los legisladores y jueces nacionales de nociones indeterminadas y cláusulas generales incluidas en las Directivas) justifica el que se llegue a cuestionar abiertamente la idoneidad de las Directivas (hasta ahora privilegiadas por el legislador comunitario en materias propias del Derecho privado) como instrumento normativo adecuado para la consecución de tales finalidades (Zaccaria, p. 441). Llama la atención, en este sentido, la diversidad de actitudes apreciables en los diferentes países en cuanto al cumplimiento de los deberes relativos a la transposición de las Directivas sobre obligaciones y contratos: como casos extremos, cabe citar, por un lado, el de Alemania, donde la necesidad de incorporar las normas comunitarias ha sido aprovechado para acometer la reforma más importante hasta ahora operada en el BGB (la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002, que ha supuesto la revisión de nociones básicas del sistema, como las de incumplimiento, imposibilidad, alteración de la base del negocio, resolución, etc.), en lo que se califica como un proceso simultáneo de «recodificación» y «europeización» del Derecho interno (Ebers, pp. 43 y 63; Leible, p. 129); y, por otro, el de Francia, donde se pone de manifiesto una actitud mucho más reticente respecto a la modificación de los planteamientos tradicionales (Nourissat, p. 226), especialmente aquellos vinculados a la técnica codificadora (Montfort, pp. 394 y 403). En una línea mucho más neutra cabe situar al legislador español, que, en términos generales, parece incapaz de acometer una revisión en profundidad del Derecho privado preexistente para adaptarlo a las orientaciones marcadas por el Derecho comunitario, limitándose a una insatisfactoria y deficiente transposición «mínima» de las Directivas, de la que es buena muestra la Ley 23/2003, sobre garantías en la venta de bienes de consumo (Marco, p. 178, Añooveros, p. 202).

Entrando más en detalle en el examen del proceso de transposición de las más recientes Directivas que afectan al Derecho de contratos, los distintos colaboradores destacan la extraordinaria relevancia que en la evolución del Derecho comunitario –y con antecedentes en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías– asume, precisa-

mente, la Directiva 1999/44/CE, sobre garantía en la venta de bienes de consumo. El recurso a la noción de «falta de conformidad con el contrato», entendida como equivalente de infracción contractual (lo que permite prescindir de las tradicionales e insatisfactorias distinciones entre las nociones de incumplimiento contractual, vicios ocultos, falta de calidad, *aliud pro alio*, etc.; Troiano, p. 264), y la clarificación del sistema de remedios ofrecidos al comprador insatisfecho, hacen de esta Directiva un modelo de norma unitaria en materia de incumplimiento contractual (Ebers, p. 58; Marco, p. 166; Año-veros, p. 189); un modelo que, más allá de los límites del Derecho de consumo, puede marcar la pauta de una futura armonización en el régimen general de la compraventa (en la línea ya asumida, por ejemplo, en Holanda; Janssen, Schimansky y Bisazza, p. 255).

La Directiva 2000/35, de 29 de junio, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, se sitúa al margen del ámbito de la protección de los consumidores (materia de la que hasta ahora se ha venido ocupando preferentemente la legislación comunitaria sobre obligaciones y contratos), con el objetivo implícito de proteger especialmente a las pequeñas y medianas empresas, proveedoras de bienes y servicios, frente a las condiciones financieras abusivas que a menudo les vienen impuestas por las grandes empresas y las Administraciones Públicas en forma de plazos convencionales de pago excesivamente dilatados y demoras injustificadas (Schulte-Nölke, p. 299; Montfort, p. 398). Se trata con ello de evitar las negativas consecuencias que para el funcionamiento del mercado y la competitividad de las empresas supone la ralentización de los pagos y el desarrollo de una verdadera «cultura de la morosidad» (Zahino, p. 334). La transposición de su contenido a los Derechos internos plantea no pocos problemas, en la medida en que se trata de una norma que incide en el núcleo mismo del Derecho de obligaciones y contratos, afectando a cuestiones tan relevantes como los límites a la autonomía de la voluntad, el régimen de cumplimiento/incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas, la constitución en mora, los intereses moratorios, las garantías, etc. Prueba de la complejidad del tema es el hecho de que, en España, la adaptación a los criterios comunitarios haya supuesto dos modificaciones sucesivas del artículo 17 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, así como la promulgación de la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, que a su vez modifica la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas (Badosa, pp. 303 ss.; Zahino, pp. 333 ss.); y todo ello pese a que el marco legal español era, *a priori*, más favorable para el acreedor que la legislación comunitaria, al menos en ciertos aspectos (Zahino, p. 348).

En cuanto a la Directiva 2001/95, de 3 de diciembre, relativa a la seguridad general de los productos (que sustituye a la anterior Directiva 92/59/CEE), constituye una pieza clave dentro de una política legislativa comunitaria orientada a garantizar un alto nivel de protección en cuanto a la salud y la seguridad de los consumidores, sin interferir innecesariamente en el progreso técnico, y eliminando al mismo tiempo las distorsiones que en el mercado interno puede crear la existencia de una pluralidad de regímenes en esta materia. La consecución de los objetivos pretendidos se encomienda simultáneamente a instrumentos propios del Derecho público (con especial incidencia en los aspectos preventivos: imposición de deberes a los productores y distribuidores y a las Administraciones Públicas, fijación de estándares de

seguridad, previsión de medidas para evitar que los productos peligrosos lleguen al mercado, redes europeas de alerta, etc.), y a otros característicos del Derecho privado (insistiendo en la reparación de los daños a través de un sistema de responsabilidad extracontractual marcadamente objetivo). En este sentido, las contribuciones de los distintos autores subrayan especialmente la complementariedad de las previsiones contenidas en la Directiva sobre seguridad general de los productos respecto a las derivadas de la Directiva 85/374/EEC, de 25 de julio, sobre responsabilidad por productos defectuosos (Wendlandt, p. 465; Ginebra Molins, p. 489; Ruscello, p. 553). Especial interés reviste la consideración según la cual el cumplimiento de las previsiones legales relativas a la seguridad general de los productos no tiene por qué implicar una limitación de la responsabilidad civil por daños, sin perjuicio de la incidencia que el cumplimiento/incumplimiento de aquéllas pueda tener sobre el juego de presunciones relativas a la responsabilidad (Wendlandt, p. 472). También debe destacarse el papel determinante que en la reelaboración de la Directiva sobre seguridad de los productos se ha reconocido al principio de precaución o cautela, originariamente surgido en el ámbito de la legislación sobre protección del medio ambiente, y que legitima la intervención administrativa aun cuando no exista una certidumbre científica absoluta sobre la peligrosidad de los productos (Ginebra Molins, p. 493, Cannarsa, p. 548; Ruscello, p. 563).

Nos encontramos, en definitiva, ante una obra oportuna, sumamente útil para entender –con sus luces y sus sombras– la realidad profunda del proceso de armonización del Derecho europeo de obligaciones y contratos, y en la que se dosifican adecuadamente los planteamientos de mayor calado dogmático junto con el análisis doctrinal y jurisprudencial del Derecho positivo a partir de la consideración de problemas concretos; en definitiva, el tipo de obra que han de demandar aquellos juristas conscientes de que su labor, en el futuro inmediato, habrá de asumir una dimensión europea, y no exclusivamente nacional.

Carlos Manuel DÍAZ SOTO

LEIBLE, Stefan/SCHLACHTER, Monika (Hrgs.): *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier. European Law Publishers, München, 2006, 210 pp. ISBN: 3-86653-001-3.

Diskriminierungsschutz durch Privatrecht es el título del libro coeditado por Stefan Leible y Monika Schlachter, ambos profesores de la Universidad de Jena (Alemania) –el primero de derecho privado y la segunda de derecho del trabajo–, en el que se plasman las contribuciones a la Jornada que dichos docentes organizaron en la referida Universidad los días 17 y 18 de junio de 2005 y a la que tuve el honor de ser invitada (*vid.* nota a dicha Jornada en el número anterior de esta *Crónica*).

El libro aborda una controvertida cuestión, en el ámbito del derecho privado, y, concretamente, en el derecho de los contratos, cual es la aplicación del principio de igualdad de trato. Presenta este principio desde una perspectiva *interdisciplinaria* y *comparada* digna de ser destacada. En efecto, como el fundamento se encuentra en diversas Directivas de la Unión Europea y su

incorporación por los diversos estados miembros, parte el volumen, con acierto, de las competencias que ostenta aquélla para la realización del principio de igualdad de trato en el derecho civil (Rudolf Streinz, «Die Kompetenzen der EG zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zivilrecht», pp. 11 ss.). De ahí pasa al análisis económico del derecho, en cuyo estudio se entretiene el profesor Christian Kirchner, con inevitables referencias al derecho norteamericano («Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz: ein ökonomischer Ansatz»), para proceder al estudio de diferentes parcelas del derecho civil en relación con la aplicación de este principio, enmarcadas, todas ellas, en la presentación del derecho comparado que, al respecto, hace Martin Schmidt-Kessel («Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten»). A algunas de las contribuciones en concreto nos referiremos seguidamente. Antes, no obstante, querría destacar la importancia de organizar jornadas u otros actos sobre este tema dada la incidencia que tiene en materia tan sensible como es el principio de autonomía privada, el principio de libertad de mercado, libre competencia y derechos fundamentales (teoría de la *Drittwirkung*).

El principio de igualdad de trato o, en su vertiente negativa, de no discriminación puede constituirse en un principio general positivizado del derecho comunitario, ya que aparece tanto en el denominado derecho constitucional comunitario como en el derecho comunitario primario y secundario. Así, la Constitución europea, en el artículo II-80, refiere el *principio de igualdad* y el artículo II-81 *prohíbe toda discriminación*. Con anterioridad, el legislador comunitario ha dejado claro que uno de los valores de la Carta Magna europea es el *derecho a la libertad* (art. II-61). Este principio también está presente en el derecho primario comunitario como fundamento de la propia Unión Europea. El Tratado de Ámsterdam (versión consolidada de 2002, DOCE C 325 de 24 de diciembre de 2002, pp. 33 ss.) establece una prohibición general de no discriminación en el artículo 12.1 y diversas prohibiciones especiales en otros artículos, tales como el artículo 3.2 y el artículo 141 referido al ámbito laboral. El propio Tratado habilita a las instancias comunitarias para dictar derecho secundario (arts. 12.2, 13, 141.3), lo que ha derivado en la existencia de diversas Directivas que deben ser incorporadas por los estados miembros. Así, en Alemania existe un Proyecto de Ley al respecto de junio 2005 que lleva por título *Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung (Antidiskriminierungsgesetz-ADG)* y que, con el cambio político del gobierno alemán se ha visto, momentáneamente, paralizado en su andadura legislativa (*vid.* Anexo III del libro).

Las primeras Directivas que se edictaron pertenecieron al ámbito laboral y de la seguridad social, lo que ha permitido plantear la discusión del posible modelo que el derecho del trabajo puede representar para la aplicación del principio de igualdad de trato en el derecho privado. En esta dirección, Martin Schmidt-Kessel, en su estudio de derecho comparado, comprueba que los primeros países europeos que incorporaron las Directivas, en esta materia, fueron los países escandinavos, a los que siguieron el Reino Unido y Francia, y cómo el derecho del trabajo se puede constituir en modelo para el derecho civil («Fremde Erfahrungen» pp. 53 ss.). Más directamente aborda esta cuestión Sebastian Krebber en su exposición que llevó por título «Die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote als Regelungsvorbild?» (pp. 93 ss.). En general, se pone de relieve que el principio de autonomía privada se encuentra más recortado en el derecho del trabajo que en el derecho civil o, dicho de

otra manera, la fricción entre principio de igualdad de trato y libertad contractual es más intensa en éste que en aquél.

A partir del año 2000 se dictan dos Directivas que, si bien inciden en el ámbito laboral, se vislumbra ya, en ellas, la intención del legislador comunitario de extender el principio de igualdad de trato más allá. Me refiero a la *Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico* (DOCE núm. L 180, de 19 de julio de 2000, pp. 22-26) y la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo y la ocupación* (DOCE núm. L 303, de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22).

No obstante, la Directiva que, plenamente, se dedica a aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el derecho de los contratos es la *Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro* (DOCE núm. L 373, de 21 de diciembre de 2004, pp. 37-43). Además, no debemos olvidar la *Directiva 97/80, de 15 de diciembre de 1997, sobre la inversión en la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo* (DOCE núm. L 14, de 20 de enero de 1998, pp. 6 ss.).

Referida la cuestión al derecho de los contratos, nos encontramos, por un lado, con la eficacia de un derecho fundamental, el derecho a la igualdad, en las relaciones entre los particulares (teoría de la *Drittwirkung*) y, por otro lado, la libertad contractual que integradora del principio de autonomía privada también goza de protección constitucional. Estamos, pues, ante un conflicto concreto, en relación con un derecho fundamental concreto, lo que impone establecer la relación existente entre «discriminación» e «igualdad». Jörg Neuner en su ponencia «*Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz*» (pp. 73 ss.) intenta poner orden a esta cuestión aunque, a nuestro entender, le faltaron propuestas de regulación, soluciones dentro del derecho privado y, concretamente, en el derecho civil. Más sugerente, en cambio, consideramos un artículo que, del mismo autor, apareció tres años antes en la *JZ 2/2003* bajo el título «*Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*» (pp. 57 ss.). A nosotros nos parece que cuando *el criterio de diferenciación es la raza, el origen étnico o el sexo, la igualdad se transforma en prohibición de discriminación; mientras que cuando el criterio de diferenciación es otro diferente a los previstos en el derecho comunitario en relación a su incidencia en las relaciones entre particulares, la igualdad sólo exige la razonabilidad o la justificación de la diferencia de trato*.

Parca referencia se hizo en la Jornada –y se hace en la obra– a las *clases de discriminación* presentes en las Directivas precitadas, lo que si se hubiera analizado con detenimiento habría estado más que justificado (alusión breve a este tema puede verse en Karl Riesenhuber, «*Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft sowie aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen*», pp. 123). Los esfuerzos se centraron sobre todo en el estudio de las *sanciones*, lo que dio lugar a la contribución de Jan Busche, «*Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote*» (pp. 159 ss.), entre las cuales destaca el derecho a una indemnización, si bien no dejó claro si dicha indemnización es contrac-

tual o extracontractual. No diferencia entre el momento de la celebración del contrato y el momento de ejecución del contenido del mismo, ni relaciona el ejercicio abusivo del derecho o el ejercicio antisocial del mismo con esta temática. Debería asimismo diferenciarse entre la celebración de contratos individuales y la celebración de contratos en masa, pues donde el poder fáctico o social de la parte dominante es más importante, el límite a la libertad contractual que representa el principio de igualdad de trato (*mittelbare Drittwirkung*) debe analizarse con más rigor o, dicho de otra manera, *la eficacia de los derechos fundamentales en la relación entre los particulares será mayor cuanto mayor sea el poder social que ostente una de las partes de la relación* (Pablo Salvador Coderch, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997, pp. 98-99).

En la aplicación del principio de igualdad de trato al derecho privado, debe hacerse una mención especial al *contrato de seguro*, en el que no se permiten diferencias en el cálculo de las primas por razón de sexo como es común que así suceda, en la práctica, con base en la longevidad de la mujer, lo que implica el riesgo de sufrir mayores enfermedades y, por ende, un mayor gasto para la compañía aseguradora, así como las consecuencias económicas derivadas del embarazo y la maternidad (art. 5 Directiva 2004/113). Sin embargo, con acierto sostiene Dirk Looschelders, que esta norma queda fuera de contenido cuando la propia Directiva admite diferencias de trato y, consiguientemente, diferencias en las primas por razón de sexo cuando la consideración de este criterio constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo («Das Verbot der geschlechterspezifischen Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht», pp. 141).

Y ya para terminar recomendaría al legislador español que no se limite a reproducir casi literalmente las Directivas comunitarias que afectan directamente al corazón del derecho de los contratos, la libertad contractual, sino que con una visión sistemática del ordenamiento jurídico modificara las normas que considerara oportuno, pero en las que todos pensamos, cuando decida incorporarlas.

Susana NAVAS NAVARRO

KOMMISSION FÜR EUROPÄISCHES VERTRAGSRECHT (Hrgs.):
Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, III, Deutsche Ausgabe
 von Christian von Bar und Reinhard Zimmermann, Sellier-European Law Publishers, München, 2005, ISBN – 10 3-935808-39-9,
 840 pp. + 8 pp. bibliografía + 11 pp. Índice.

Sólo dos años después de la publicación, por parte de la editorial Kluwer, de la III Parte de los *Principles of European Contract Law* (texto y comentarios), en inglés y en francés los artículos o *Principles*, aunque sólo en inglés los comentarios, la muy prolífica editorial muniquesa Sellier (<http://www.sellier.de/>) publica ahora unos y otros en alemán, gracias a la traducción de los profesores Dr. Christian von Bar (*Institut für europäische Rechtswissenschaft*, Universität Osnabrück) y Reinhard Zimmermann (*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburg). El texto de los artículos se presenta a doble columna en inglés y alemán (pp. 573-625),

mientras que los comentarios correspondientes (pp. 629 ss.) están traducidos íntegramente al alemán. En concreto, los capítulos 10 (pluralidad de deudores y de acreedores = *Mehrheit von Schuldner und Gläubigern*), 11 (cesión de créditos = *Abtretung von Ansprüchen*), 12 (cesión de deuda y cesión de contrato = *Schuldübernahme und Vertragsübertragung*) y 15 (ilegalidad = *Rechtswidrigkeit*) se han traducido en Osnabrück; los 13 (compensación = *Aufrechnung*), 14 (prescripción = *Verjährung*), 16 (condiciones = *Bedingungen*) y 17 (capitalización del interés = *Kapitalisierung von Zinsen*), en Hamburgo. Cabe recordar que la versión alemana de los artículos se encontraba ya publicada en la *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 11 (2003) 895-906, según la versión realizada por los profesores Ulrich Drobnig, Reinhard Zimmermann y Jan Kleinheitsterkamp. También Zimmermann y von Bar habían ya traducido del inglés al alemán los *Principles* I y II, en la misma editorial, en el año 2002 y también con carácter previo el texto de los artículos sin comentarios ni notas, había sido publicado en alemán, traducido del inglés, por los mismos profesores U. Drobnig y R. Zimmermann y H. Wicke en (2000) ZEuP 675-701.

Tal y como los mismos profesor Zimmermann y von Bar apuntan en la página de presentación de la edición que ahora se comenta, quizás en el futuro todas las partes puedan integrarse en un único volumen en una versión consolidada. A ello apunta la numeración de las páginas del que ahora se comenta, que apenas presenta solución de continuidad respecto de las finales del volumen precedente que contiene la traducción de las Partes I y II (éste acaba en la p. 571 y el que ahora nos ocupa comienza en la p. 573).

En alemán, los «*Principles*» se convierten en «*Grundregeln*», es decir, dejan de ser simplemente «Principios» (generales) o *Grundsätze* y tienden a identificarse con «reglas» o *Regeln* (concretas) y ello, seguramente, con bastante acierto si se entiende –en una de sus múltiples acepciones (sobre el particular, manejo la frecuencia inédita de Gerhard Dannemann, «What are Principles or Existing EU Private Law?», pronunciada en el workshop del Grupo *Acquis communautaire* que se celebró en Turín, el 2 de julio de 2004)– que un principio describe lo que es denominador común a determinadas normas (que, además, en nuestro caso, proceden de distintos ordenamientos jurídicos), sin que él mismo tenga a su vez plasmación legislativa concreta en norma o regla alguna [vgr. principio de libertad contractual, o de libertad formal, o de prohibición de enriquecimiento injusto; otros ejemplos, en relación con el *acquis communautaire*, Reiner Schulze, «Deberes precontractuales y conclusion del contrato en el Derecho contractual europeo» 1 (2006) *ADC* 1 ss.]. No es eso lo que los PECL reflejan, tal y como demuestra el artículo 1:101 (a) al aludir a «reglas» («[T]his Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Communities») y así resulta corroborado igualmente por el hecho de que los supuestos a los que se vinculan determinadas consecuencias jurídicas siempre van precedidos de la expresión «artículo» (a pesar del carácter no legislativo que debe atribuirse al documento). Conviene recordar que también Gandolfi discrepa de la fórmula de los «principios» por considerar imposible su obtención mientras no exista el sistema jurídico que permita deducirlos (ese hipotético código u ordenamiento jurídico europeo). Por eso propone la unificación jurídica mediante un Código de reglas claras y simples, explícitas y exhaustivas, que eviten sobreentendidos o zonas grises, para evitar que los problemas de interpretación comprometan la unificación. Es esa misma tendencia codificadora, aunque con metodología diversa –también la fuerza de obligar de uno y otro texto se pretende distinta– la que está también en la base

de los PECL cuya traducción ahora comentamos («[D]ie Grundregeln könnten einen wichtigen Teil des Entwurfs eines Europäischen Zivilgesetzbuchs bilden», p. XIX). Nuevo argumento, pues, para dudar de su identificación con simples «principios». Con todo, el uso de tal terminología aplicada a normas o «reglas» (identificándose entonces con «principios con carácter de norma jurídica») también puede justificarse desde el punto de vista de su aplicación tendencialmente *general* en todos los Estados miembros, puesto que los PECL no son sino el resultado de un análisis comparativo de las distintas respuestas que los distintos ordenamientos proporcionan a un mismo problema, obteniéndose así un núcleo común a partir de un método inductivo.

Sin lugar a dudas, la traducción se justifica por la importancia de tal conjunto de reglas en la tarea de armonización del Derecho privado en Europa. Es de sobras conocido el papel fundamental que juegan los PECL en los trabajos del *Study Group on a European Civil Code* (http://www.sgecc.net/index.php?subsite=subsite_7) y también lo es el debate sobre su toma en consideración en la construcción de un marco común de referencia (http://www.era.int/web/en/resources/5_1990_409_file.332.pdf). Es cierto también que si no se tiene suficientemente en cuenta que versiones lingüísticas idénticas no siempre tienen un mismo significado jurídico, se corre el riesgo de crear diferencias en cada traducción y, con ello, tergiversar los textos; a pesar de todo, seguro que son superiores las ventajas de hacer circular éstos entre un mayor número de personas. Por eso, junto a la alemana, existe ya también la versión italiana de esta III Parte de los Principios, al cuidado de Carlo Castonovo (Giuffrè ed., 2005). Sería también deseable que la misma no tardara en ser traducida al castellano, como en su momento ya lo fueron las Partes I-II y me consta que los mismos autores que de ello se ocuparon entonces también ahora están empeñados en la misma tarea. De momento, ya existe traducción (al catalán) de las reglas o «black rules» (sin comentarios) realizada por un equipo de la Universitat de Lleida, integrado por Antoni Vaquer Aloy, Jordi Baró Tarruella y Mireia Puig Martínez, y publicada en la *Revista Catalana de Dret Privat* 3 (2004) 113-129.

Esther ARROYO I AMAYUELAS

I. APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

- Informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2004); Bruselas, 23 de diciembre de 2005, COM(2005) 570 final. La Comisión Europea elabora cada año un informe relativo al control de la aplicación del Derecho comunitario en respuesta a las solicitudes del Parlamento Europeo (Resolución de 9 de febrero de 1983) y de los Estados miembros (punto 2 de la declaración núm. 19 aneja al Tratado firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992). El informe responde también a las solicitudes del Consejo Europeo o del Consejo en relación con sectores específicos. Uno de los hechos destacados se refiere a la remisión al Tribunal de Justicia de los primeros procedimientos por no transposición de las directivas ex artículo 13 «igualdad de trato/no discriminación».
- Resolución del Parlamento europeo sobre los vigésimo primero y vigésimo segundo informes anuales de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario. Sobre el informe reseñado y el anterior de 2003 se pronuncia el Parlamento Europeo [Doc. 2005/2150 (INI), de 16 mayo de 2006, P6_TA-PROV(2006)0202, A6-0089/2006], en el que censura a la Comisión haberlos presentado con tanto retraso y, desde el punto de vista de los contenidos, sugiere profundizar en algunos aspectos básicos:
 - a) Pide una legislación clara y bien escrita, que es indispensable para una buena aplicación del Derecho. Denuncia que en la actualidad ello no es así debido a que la legislación es con frecuencia resultado de difíciles compromisos políticos. Propone incluir en todos los actos legislativos una exposición de motivos a modo de resumen «redactada en términos no legalistas».
 - b) sugiere que los procedimientos de infracción (arts. 226 y 228 TCE) se acorten (cincuenta y cuatro meses por término medio desde el registro de la denuncia hasta la remisión al Tribunal) y denuncia el uso limitado del artículo 228 TCE.
 - c) Propone que en cada nueva directiva que se apruebe se incluya una cláusula específica que obligue a los Estados miembros a elaborar un cuadro de correspondencias cuando transpongan las directivas.
 - d) Solicita a la Comisión que presente un listado de directivas con el peor registro en términos de su aplicación y que explique cuáles cree que son las razones. Recuerda que, según el TJCE, los Estados miembros están obligados a establecer un marco sancionador «adecuado, eficaz y proporcionado».

do», suficientemente disuasorio de la infracción de las normas comunitarias, y que si no es así, se debe iniciar el procedimiento de infracción.

- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Mejorar la aplicación de la legislación comunitaria» (DO C 24, de 31 de enero de 2006, 52). Pone de manifiesto deficiencias graves en la aplicación y cumplimiento del Derecho comunitario, por lo que estima más adecuado reducir el volumen de legislación en pro del incremento del fomento de la cultura de la aplicación y el cumplimiento del ya existente. Por otra parte, se denuncia que frecuentemente las medidas nacionales de transposición del derecho comunitario son restrictivas, complejas y desproporcionadas («exceso de aplicación») y que si los Estados nacionales no lo hacen mejor es, seguramente, porque la calidad de la legislación comunitaria no es la correcta. En cualquier caso, se recomienda adjuntar cuadros de transposición mediante los cuales se justifiquen las medidas nacionales adoptadas y se alerta de la necesidad de formar jueces y abogados en el área del Derecho comunitario, sobre todo en los ámbitos del Derecho de la competencia, sanidad y protección de los consumidores.

Se advierte de la necesidad urgente de tomar medidas porque «el proceso de integración en la UE no debe ponerse en peligro por la pérdida de eficacia de las normas comunitarias» y, en cualquier caso, se insiste en la conveniencia de fomentar una mayor cooperación de las autoridades nacionales con las instituciones de la UE. La diversidad de instrumentos legislativos y la diferente repercusión que los mismos tienen en los ordenamientos jurídicos nacionales generan una distorsión no deseable, por lo que debe tenderse a procurar resultados similares. Se cuenta, para ello, con la participación tanto de las autoridades nacionales como subnacionales con responsabilidad en la aplicación (Estados federados, provincias, regiones). Y se aboga por estudiar la presentación de propuestas de Reglamento en lugar de propuestas de directiva.

Por lo demás, el Consejo denuncia deficiencias en el seno de la propia Comisión (entre las que no son menores los problemas de traducción y la falta de personal). Se recomienda reforzar los sistemas de consulta y de supervisión, cuya necesidad se ha hecho evidente tras la última ampliación, a la vez que se denuncia la no siempre necesaria coherencia entre los enfoques de las distintas Direcciones Generales.

- Segundo informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social europeo sobre la aplicación de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (Bruselas, 21 de diciembre de 2005, COM(2005) 675 final).

II. INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

España.—Ley 6/1994 reguladora de la planificación urbanística de la Comunidad Valenciana (LRAU).

La Comisión decidió enviar un dictamen motivado a España (*ex art. 226 TCE*) en el que mantiene que los planes al amparo de la LRAU son contratos

públicos de obras y, en ciertos casos, contratos públicos de servicios, y por ello deben ajustarse a las Directivas 93/37/CEE (contratos públicos de obras) y 92/50/CEE (contratos públicos de servicios), así como los principios generales del Tratado. Las modificaciones previstas no son suficientes para poner fin al incumplimiento. En particular, el proyecto de ley no prevé una solución adecuada para la cuestión del período transitorio aplicable a la LRAU.

- España.—Curso dado a la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2005. La Comisión ha decidido enviar una carta de emplazamiento a España con arreglo al artículo 228 TCE. La STJCE 13 de enero de 2005 (C-84/03) establece que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE (contratos públicos de suministros y de obras respectivamente) en lo relativo al concepto de órgano de contratación, a los convenios de colaboración entre administraciones y al recurso al procedimiento negociado en supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas. El Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo de 2005, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, no ha sido considerado una medida suficiente para la transposición.
- Alemania, Grecia, Francia, Malta, España y Portugal: Mediación en los seguros.—La Comisión ha decidido remitir a Alemania, Grecia, Francia, Malta, España y Portugal al Tribunal de Justicia Europeo por no haber incorporado a su legislación nacional la Directiva 2002/92/CE, que debía haberse transpuesto antes del 15 de enero de 2005, sobre la mediación en los seguros. Los diferentes ritmos de transposición en los diferentes Estados impide que los intermediarios de seguros presten sus servicios en igualdad de condiciones dentro del Mercado interior (Bruselas, 19 de abril de 2006; IP 06/503, 19 de abril de 2006).

III. LEGISLAR MEJOR

- Dictamen del Comité Económico y Social europeo sobre el tema «Legislar mejor» (DO C 24, de 31 de enero de 2006, 39). Destaca la necesidad de situarse al nivel del usuario de la norma jurídica, para lo cual sugiere la consulta previa y la participación de los destinatarios de las normas en su elaboración, legislar menos (aunque no reducir de forma drástica el volumen), y garantizar una aplicación efectiva y, por ende, eficaz, de las normas, lo cual pasa por una mejor calidad del texto adoptado que reduzca el número de litigios que pueda generar su interpretación. Además, sugiere la necesidad de derogar expresamente la normativa obsoleta. Estima la conveniencia de incluir un estudio del impacto de la legislación comunitaria que se vaya generando, que explique cómo puede ser recibida la nueva legislación, cómo se integrará en el acervo preexistente y qué problemas de aplicación puede eventualmente plantear. Esto último se exige también a los Estados miembros. Se alude, por último, a la necesidad de codificaciones de «derecho constante» (mala traducción del francés «à droit constant» que, en realidad, significa codificar «en tiempo real», del tipo compiladora y consolidadora).

– Resolución del Parlamento europeo sobre la aplicación, las consecuencias y las repercusiones de la legislación en vigor sobre el mercado interior [2004/2224(INI); Estrasburgo, 16 de mayo de 2006; P6_TA-PROV(2006) 0204; A6-0083/2006]. El documento subraya la necesidad de un planteamiento común para la mejora de la regulación y hace hincapié en la necesaria consulta a los interlocutores sociales. Propone la creación de grupos de trabajo encargados de la «mejora de la regulación» e insta a la Comisión a acompañar sus propuestas de una lista de indicadores de calidad de la legislación en la que se resuman las etapas que debe atravesar la propuesta. Además, le pide que lleve a cabo evaluaciones del impacto tanto *ex-ante* como *ex-post* para identificar si se han alcanzado los objetivos políticos. Aconseja a los Estados miembros que no incurran en excesos de regulación e insiste en que la Comisión debe continuar simplificando y codificando la legislación comunitaria para mejorar la calidad y accesibilidad. Insta al Consejo y a la Comisión a que mejoren el control de la aplicación y el cumplimiento del Derecho comunitario. Insiste en que la Comisión proporcione una lista de las propuestas que puedan ser objeto de una regulación alternativa. Propone que existan mecanismos sólidos de revisión para evaluar y supervisar la aplicación del Derecho comunitario, con el objeto de garantizar la posibilidad de resarcir a los consumidores que han visto defraudados sus derechos. Sugiere el acompañamiento de propuestas alternativas.

IV. LIBROS VERDES

El pasado 1 de marzo de 2005 se hizo público el libro verde sobre sucesiones y testamentos (*vid.* anterior crónica). Se conocen ya las reacciones del público, disponibles en el sitio web de la Dirección General de Justicia y Asuntos de interior. Además, el Comité económico y social europeo, en el 421.º Pleno de los días 26 y 27 de octubre de 2005, hizo público su dictamen [COM (2005) 65 final, *DO C* 28, de 3 de febrero de 2006], aprobado por 118 votos a favor y 2 abstenciones.

En relación con el Libro Verde sobre la mejora del marco de la UE para los fondos de inversión, existe ya el Dictamen del Comité económico y social europeo [COM(2005) 314 final (*DO C* 110, de 9 de mayo de 2006, 4)].

V. ESTUDIOS

1. Unión Europea

«Analysis of the existing national laws on unfair commercial practices between business and consumers in the new Member States», coordinado por el profesor Dr Cees van Dam, Erika Budaite BA in Law (Estonia), British Institute of International and Comparative Law (London). Consultable en: http://ec.europa.eu/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_general_report_en.pdf

2. Senado francés

Análisis de la incidencia del matrimonio en la adquisición de la nacionalidad (enero 2006). Disponible en: <http://www.senat.fr/legcmp/tr14.html>

Análisis sobre los matrimonios de complacencia (febrero 2006). Disponible en: <http://www.senat.fr/legcmp/tr13.html>

Análisis sobre las medidas de reagrupación familiar (febrero, 2006). Disponible en: <http://www.senat.fr/legcmp/tr13.html>

VI. NORMATIVA EUROPEA, CONSULTAS, COMUNICACIONES E INFORMES

Legislación y propuestas

- Publicada la Reglamentación relativa al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo. Decisión de la Mesa de 28 de noviembre de 2001 (2005/C 289/06) *DO* C 289, 22 de noviembre de 2005, 6.
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre medicamentos de terapia avanzada, y por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE y el Reglamento (CE) núm. 726/2004 {SEC(2005) 1444}, presentada por la Comisión, Bruselas, 16 de noviembre de 2005 [COM(2005) 567 final, 2005/0227 (COD)]. Disponible en: http://pharmacos.eudra.org/F2/advtherapies/docs/COM_2005_567_ES.pdf
- Propuesta de Decisión del Consejo sobre la adhesión de la Comunidad Europea a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (presentada por la Comisión), Bruselas, 9 de diciembre de 2005 COM(2005) 639 final 2005/0251 (AVC). La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado es una organización internacional establecida desde hace tiempo con el objetivo de trabajar por la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado, principalmente negociando y preparando convenios internacionales. Desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la Comunidad Europea tiene competencias para adoptar medidas en el campo de la cooperación judicial en materia civil con implicaciones transfronterizas en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior. La Comunidad ha ejercido sus nuevas competencias adoptando varios instrumentos y hay otros en fase de negociación o en preparación. Muchos de estos instrumentos se solapan, en parte o completamente, con áreas de trabajo de la Conferencia de La Haya. Surge la necesidad de que la Comunidad se haga miembro de pleno Derecho de la Conferencia de La Haya. Actualmente, la Comunidad solamente goza del estatuto de observador en la organización. La condición de miembro de pleno Derecho es esencial por dos razones: desde un punto de vista político, ello concedería a la Comunidad un estatuto coherente con su nuevo papel de principal agente internacional en el campo de la cooperación judicial civil. Desde un punto de vista jurídico, la calidad de miembro permitiría a la Comunidad participar plenamente en las negociaciones de convenios en ámbitos de su competencia, expresando sus opiniones y posturas y asegurando la homogeneidad y coherencia entre sus propias normas y los instrumentos internacionales previstos. Por otra parte, la Comunidad como tal, y no sus Estados miembros, sería el sujeto de los derechos y obli-

gaciones emanados de los Convenios de La Haya en áreas de su competencia. Es de prever que, tras la modificación del Estatuto de la Conferencia de La Haya, que hasta la fecha sólo admite a Estados entre sus miembros, la decisión formal de admitir el ingreso de la Comunidad se adopte la primera semana de julio de 2006.

- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2000/12/CE y 2002/65/CE (presentada por la Comisión) {SEC(2005) 1535}, en aplicación del Programa de Lisboa «Legislar mejor» Bruselas, COM(2005) 603 final, 2005/0245 (COD), que eliminarán las barreras jurídicas existentes y permitirá la creación de un «Espacio único de pagos» en la Unión, el cual supondrá un ahorro de entre 50.000 y 100.000 millones de euros al año, entre otros, en concepto de servicios bancarios básicos, cuyo coste medio anual en la UE puede llegar a oscilar entre 34 y 252 euros. El objetivo es hacer realidad el Espacio Único de Pagos el 2010 a más tardar (IP/05/1514, 1 de diciembre de 2005). El Banco Central Europeo ya ha emitido también el Dictámen, en fecha 26 de abril de 2006 (Dictamen acerca de una propuesta de directiva comunitaria sobre servicios de pago en el mercado interior) (BCE/2006/21) (DO C 109, de 9 de mayo de 2006, 5).
- Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 TCE (COM (2006)0209 final –COD 2005/0017 (DO C 115, de 16 de mayo de 2006, 81).
- Normas de desarrollo del Reglamento (CE) no 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. Decisión de la Mesa de 22 de junio de 2005 (2005/C 308/01). La presente Decisión establece las disposiciones generales de aplicación del Reglamento por lo que se refiere al Parlamento Europeo. En particular, complementa las disposiciones del Reglamento en cuanto a las funciones, obligaciones y competencias del responsable o responsables de la protección de datos en el Parlamento Europeo. Se fijan asimismo las modalidades de ejercicio de los derechos de los interesados y el procedimiento de notificación del tratamiento y el procedimiento de acceso al registro de los tratamientos efectuados por el responsable de la protección de datos (art. 1).
- El Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos internos ha adoptado un acuerdo político sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales (Roma II) (Luxemburgo, 27-28 de abril de 2006). Consultable en http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/jha/89486.pdf
- Decisión del Presidente del Tribunal de Justicia por la que declara que el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea queda legalmente constituido (DO L 325, de 12 de diciembre de 2005, 1).

Consultas e informes

- Resultados de la consulta pública lanzada por la Comisión europea acerca de la protección de datos personales en relación con la tecnología RFID (radiofrecuencia, *wireless*) (http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/consultations/rfid_fr.htm)

- Informe del Observatorio europeo de derechos humanos, sobre «Racismo y Xenofobia: tendencias, desarrollos y buenas prácticas», presentado a la Comisión de Libertades Civiles el 23 de noviembre de 2005. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/news/public/story_page/015-2846-327-11-47-902-20051124STO02845-2005-23-11-2005/default_es.htm. El informe pone de relieve la discriminación evidente que existe en material de empleo, alojamiento y educación, así como los datos sobre crímenes racistas, y explica las medidas que se han adoptado para combatirlo. *Vid.* además, la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Informe anual 2005 relativo a los derechos humanos en el mundo y la política de la UE en este ámbito (2005/2203(INI)), PE 368.090/v02-00; A6-0158/2006, Estrasburgo, 18 de mayo de 2006.

Comunicaciones de la Comisión

- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité las regiones: «Una nueva estrategia marco para el multilingüismo» [Bruselas, 22 de noviembre de 2005 COM(2005) 596 final]. Disponible en: http://ec.europa.eu/education/policies/lang/doc/com596_es.pdf. La Comisión muestra así su empeño por favorecer y potenciar el conocimiento de varias lenguas en la Unión Europea. El documento examina los diversos aspectos de la política de la Comisión en este ámbito y delinea un nuevo marco estratégico que incluye la realización de acciones específicas. Además, propone la creación de un Grupo de expertos independientes que analicen los progresos llevados a cabo y que sugiera futuras iniciativas. En el sitio web interinstitucional de la Unión Europea EUROPA se ha inaugurado un nuevo portal consagrado a las lenguas. *Vid.* también la Resolución del Parlamento Europeo sobre el fomento del multilingüismo y del aprendizaje de idiomas en la Unión Europea: indicador europeo de competencia lingüística (2005/2213(INI)), Bruselas, 27 de abril de 2006 (Doc. P6-TA-PROV(2006)0184; A6-0074/2006).
- Comunicación de la Comisión al Consejo, por la que se solicita al Consejo que las medidas adoptadas con arreglo al artículo 65 del TCE en materia de obligaciones de alimentos se rijan por el artículo 251 TCE [Bruselas, 15 de diciembre de 2005, COM(2005) 648 final]. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 67.2, segundo guión, del TCE, el Consejo, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, puede adoptar una decisión con vistas a que todos o parte de los ámbitos cubiertos por el título IV de la Parte III TCE se rijan por el procedimiento previsto en el artículo 251. Por tanto, jurídicamente es posible transferir la materia de las obligaciones de alimentos de la unanimidad a la codecisión. Las ventajas son dobles: se ajustaría a la naturaleza particular de las obligaciones de alimentos, cuyo cobro no forma parte de las relaciones familiares *stricto sensu* y, por eso, no merece regirse por la norma de la unanimidad, más pensada para tener en cuenta los modelos de organización familiar de los Estados miembros. Además, las normas específicamente consagradas a las obligaciones de alimentos se adoptarían por el mismo procedimiento legislativo que el aplicable a actos como el Reglamento TEE, que establecieron un régimen común que se extendía al cobro de las obligaciones de alimentos como cualquier otro crédito.

- Comunicación del Consejo mediante la cual se hace público el Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla (*DO C 311*, de 9 de diciembre de 2005, 1). *Vid.* además, el informe de la Comisión (Bruselas, 2 de mayo de 2006, COM(2006) 187 final): «Rapport de la Comisión au Conseil et au Parlement européen fondé sur l'article 10 de la décision-cadre du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la contre la traite des êtres humains {SEC(2006) 525}».
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo [Bruselas, 10 de mayo de 2006, COM (2006) 208 final]: «Reussir le projet de modernisation pour les universités: formation, recherche et innovation». Se puede consultar en: http://ec.europa.eu/education/policies/2010/doc/comuniv2006_fr.pdf

Resoluciones del Parlamento Europeo

- Resolución del Parlamento Europeo sobre el período de reflexión: la estructura, los temas y el contexto de una evaluación del debate sobre la Unión Europea (2005/2146(INI)) [Estrasburgo, 19 de enero de 2006, P6_TA-PROV(2006)0027, A6-0414/2005].
- Resolución del Parlamento Europeo sobre los retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones (2005/2147(INI)), Bruselas, 23 de marzo de 2006 (Doc. P6_TA-PROV(2006)0115; A6-0041/2006).

Consejo Económico y Social

- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se crea una Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea» y la «Propuesta de Decisión del Consejo por la que se faculta a la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea para llevar a cabo sus actividades en los ámbitos contemplados en el título VI del Tratado de la Unión Europea» COM(2005) 280 final-2005/0124-1025 (CNS) (*DO C 88*, de 11 de abril de 2006, 10).
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) no 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil» COM(2005) 305 final-2005/0126 (COD) (2006/C 88/02) (*DO C 88*, de 11 de abril de 2006, 7).

VII. PREGUNTAS PARLAMENTARIAS

- Pregunta oral para el turno de preguntas del período parcial de sesiones de junio de 2006 de conformidad con el artículo 109 del Reglamento de Linda McAvan al Consejo.

Asunto: Propiedad a tiempo compartido. Fecha: 18 de mayo de 2006. Ref. H.044/06.

¿Puede indicar el Consejo qué medidas están tomando los Gobiernos nacionales para regular correctamente la propiedad a tiempo compartido y los

clubes de vacaciones? Como diputados al PE recibimos continuamente quejas de ciudadanos sobre publicidad engañosa y técnicas de venta agresiva. Una vez que se efectúa una venta engañosa, es muy difícil que una persona intente solucionar el problema en otro Estado miembro. Dados los continuos problemas que sufren muchos turistas cuando invierten en sociedades de propiedad a tiempo compartido y clubes de vacaciones de dudosa reputación ¿puede declarar el Consejo cómo están actuando los Gobiernos nacionales respecto de tales sociedades para asegurar que se respetan los derechos de los consumidores y que dichas sociedades se comportan de una manera decente?

- Pregunta oral para el turno de preguntas del período parcial de sesiones de junio de 2006 de conformidad con el artículo 109 del Reglamento de Linda McAvan a la Comisión.

Asunto: Propiedad a tiempo compartido. Fecha: 18 de mayo de 2006. Ref. H.0449/06.

¿Es consciente la Comisión de que, a pesar de las disposiciones de la Directiva relativa al régimen de propiedad a tiempo compartido, muchas personas siguen teniendo enormes dificultades en gestionar lo que supuestamente debería ser un régimen de propiedad a tiempo compartido?

Los clubes de vacaciones parecen ser una fuente importante de problemas. En el pasado, la Comisión dijo que propondría nuevas medidas legislativas para completar la legislación relativa al régimen de propiedad a tiempo compartido incluyendo en ella los clubes de vacaciones. ¿Puede indicar la Comisión cuándo se publicarán estas propuestas de medidas legislativas?

- Pregunta oral para el turno de preguntas del período parcial de sesiones de junio de 2006 de conformidad con el artículo 109 del Reglamento de Michael Ebner a la Comisión.

Asunto: Patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador en la Unión Europea. Fecha: 22 de mayo de 2006. Ref. H-0454/06.

La problemática de la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador (patentes de software) sigue sin solucionarse; por ello cabe preguntarse cómo va a proceder la Comisión al respecto. ¿Qué pasos piensa dar la Comisión en este ámbito en el futuro? ¿Es cierto que la Comisión sigue tratando de imponer una fórmula que se corresponde con la Posición Común que el Parlamento Europeo rechazó de manera inequívoca el 6 de julio de 2005?

- Pregunta oral para el turno de preguntas del período parcial de sesiones de junio de 2006 de conformidad con el artículo 109 del Reglamento de Hans-Peter Martin al Consejo.

Asunto: Referéndum y Constitución europea. Fecha: 29 de mayo de 2006. Ref. H-0492/06.

Los días 27 y 28 de mayo de 2006 se celebraron en Klosterneuburg cerca de Viena nuevamente deliberaciones sobre una eventual Constitución europea ¿Qué posición defiende a ese respecto la Presidencia austriaca del Consejo?

¿Se piensa en un referéndum a escala de la UE en caso de un eventual nuevo texto constitucional?. ¿Se aconseja a los Estados miembros celebrar un referéndum en sus territorios respectivos tras un eventual nuevo texto? ¿Defenderá la Presidencia austriaca del Consejo la celebración de un referéndum en Austria en caso de un eventual nuevo texto constitucional?

Vida jurídica

RESEÑA DE CONGRESOS EN MATERIA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

The Regulation of Unfair Commercial Practice and EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques. Jornada organizada por el *Institute of European and Comparative Law*, University of Oxford, 3 de marzo de 2006, Somerville College de Oxford.

Tal y como se deduce del título, el objeto de la conferencia fue el análisis de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre prácticas comerciales desleales entre empresas y consumidores en el mercado interior, que deberá ser implementada en los Estados miembros antes del 12 de junio de 2007.

En particular se discutió sobre las novedades aportadas por la norma citada, caracterizada por una armonización máxima. Entre otros argumentos, se trataron varios relativos a la incidencia de la Directiva sobre el Derecho de contratos de los Estados miembros, los retos ligados a la transposición de la norma, así como la posibilidad de su aplicación transnacional.

Entre los ponentes, Giuseppe Abbamonte, en representación de la Unión Europea, Ida Otken e Ulf Oberg (Universidad de Estocolmo), Jules Stuyck (Universidad de Leuven), Ulf Bernitz e Simon Whittaker (Università de Oxford), Christian Twigg-Flesner (Universidad de Hull) y Hans Micklitz (Universidad de Bamberg).

Alexandra BRAUN

Regulating the European Market. Jornada organizada por Clifford Chance y el *Institute of European and Comparative Law*, University of Oxford, 17 y 18 marzo 2006, St. Anne's College de Oxford.

La Jornada se centró en el tema, tan de actualidad, de la llamada «Better Regulation», que tiene relación con la necesidad de ahorrar gastos y de generar un sistema económico más eficiente. De hecho, el legislador inglés, igual que el legislador de la Unión Europea, recientemente ha tratado de alcanzar un equilibrio entre, por un lado, la necesidad de una protección adecuada frente al mercado y las eventuales situaciones de injusticia, y, por el otro, la libertad del comercio y la potenciación de nuevos desarrollos. La finalidad del encuentro fue, en particular, indagar sobre cuestiones como por ejemplo: ¿cómo y por qué regular el mercado comunitario? ¿Cómo incrementar la calidad de la legislación europea? ¿Quién está en condiciones de influir más en el legislador comunitario? ¿Existe una «best practice» con base en la cual

determinar el impacto de la legislación? ¿Pueden diferentes sistemas de *governance* aprender los unos de las experiencias de los otros?

Estas preguntas fueron abordadas partiendo de los resultados obtenidos tras un estudio empírico sobre las actitudes en el comercio inglés. La investigación focalizó su interés en la determinación de cómo el comercio podía hacer oír su voz en Europa e incidir de manera positiva sobre la regulación comunitaria.

Entre los ponentes, Stephen Weatherill (Universidad de Oxford), Hans Schulte Nölke (Universidad de Bielefeld), Rick Haythornwaite (Presidente de la *Better Regulation Commission*), Anand Menon (Universidad de Birmingham), Dan Keleman (Universidad de Oxford) y Francis Chittenden (Manchester Business School).

Alexandra BRAUN

La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del Codice Civile. Tavola rotonda, Roma, 17 marzo 2006, dir. profesor Mirzia Bianca, U. Roma La Sapienza. Esther Arroyo Amayuelas.

El pasado 17 de marzo tuvo lugar en la Università degli Studi di Roma, *La Sapienza*, en la *Facoltà di Scienze Statistiche* y, más en concreto, en el *Istituto di Diritto delle Assicurazioni*, la primera mesa redonda «*La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del Codice Civile*», celebrada con el objeto de debatir acerca del acto negocial de vinculación en el Derecho italiano (lo que puede considerarse la alternativa a la regulación del *trust*, aunque en la Jornada se tuvo mucho cuidado en no identificar uno y otro), recientemente introducido en este ordenamiento por obra del Decreto-ley de 30 de diciembre 2005, n. 273, que opera la citada modificación en el Código civil. La dirección de la jornada correspondió a la profesora doctora Mirzia Bianca y en ella también intervinieron, en la sesión de la mañana y con reflexiones preliminares, los profesores Angelo Falzea y Giorgio Oppò; en esa misma sesión, presidida luego por el profesor Dr. Antonio Massi, pero ya con el propósito concreto de reflejar la estructura del negocio propiamente dicho, intervinieron los profesores Mirzia Bianca, Mario Nuzzo, Gianfranco Palermo y la Notario Concetta Priore. La sesión de la tarde, introducida y guiada por la profesora doctora Giovanna Volpe Putzolu, estuvo íntegramente dedicada a la separación del patrimonio y a la oponibilidad del vínculo a terceros acreedores y adquirentes. Intervinieron el Notario Mauricio d'Errico y los profesores Adolfo di Majo y Giuseppe Vettori, así como el Consejero de Estado Paolo Troiano. Las conclusiones corrieron a cargo de los profesores Cesare Massimo Bianca y Paolo Spada.

Se trata del primer acto organizado con el fin de dar a conocer las primeras reflexiones que suscita el artículo 2645-Ter CC. Tanto la norma como el encuentro tienen, sin embargo, un precedente claro en otro celebrado en el año 2003 que fue objeto de alusiones continuas por parte de los ponentes y que se convino en considerar el origen (más o menos remoto) del actual precepto. En aquella ocasión se trataba de averiguar la viabilidad del instituto y su posible incorporación en el Derecho italiano. Pueden leerse las actas en: Consiglio Nazionale del Notariato (coord.), *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, in Libonati, Berardino; Ferro-Luzzi, Paolo, *Quaderni romani di Diritto Commerciale*, Serie Atti, 2, Milano, Giuffrè, 2003.

El nuevo artículo 2645-ter (*Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*) se expresa en los siguientes términos:

«Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi puo' agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo.»

Como ya se ha adelantado, el precepto consagra el negocio de vinculación como alternativa al *trust* [aunque se insistió en que *trust* y vínculo de destino no son lo mismo, sobre todo en cuanto a los mecanismos de tutela del beneficiario: Palermo, C.M. Bianca] y no hace más que consagrar la pérdida de importancia del recurso a la personalidad jurídica como instrumento de limitación de la responsabilidad patrimonial. Resulta pues que, en Italia, también mediante el negocio de vinculación de bienes van a poderse seleccionar los acreedores que pueden agredir el patrimonio personal del constituyente y los que sólo pueden satisfacerse con cargo al patrimonio de destino. A este tema, analizado en el contexto de los seguros y las sociedades, dedicó íntegramente su ponencia la profesora Volpe, cuya intervención estuvo presidida por la duda, sugerida y expresamente no resuelta, de determinar si la norma planteaba un supuesto de responsabilidad limitada o, más bien, de simple prelación de unos acreedores sobre otros. No sin cierta sorpresa de los asistentes, la disparidad de trato entre acreedores generales y acreedores de la separación fue calificada de posiblemente inconstitucional por Di Majo.

La regulación incompleta y la ubicación sistemática de la norma en sede de inscripción de los actos jurídicos, a pesar de que no se trata de un artículo que se ocupa meramente de la *trascrizione* (porque también contiene aspectos sustantivos), y su aprobación casi de urgencia mediante decreto, plantean no pocas dudas y cierto desagrado al intérprete. Así lo pusieron de manifiesto todos los ponentes, conviniendo en todo caso en la necesidad de realizar una lectura lo más amplia posible de la norma, lo más favorable posible al mantenimiento del vínculo de afectación y, por tanto, a la realización de la finalidad. De tal manera que, más que calificar de lagunosa la indefinición sobre la estructura y naturaleza del acto, se convino que gracias a ello el acto negocial de vinculación podía configurarse indistintamente como acto atributivo o meramente dispositivo; unilateral o bilateral; oneroso o gratuito; además, la redacción actual consiente la designación de un gestor, pero también tolera que continúe siendo administrador el propio disponente. Aunque el objeto del vínculo son los bienes inmuebles y otros bienes inscritos en registros públicos, se cuestionó si además no debería hacerse abstracción de este requisito y considerar que, en realidad, otros bienes no registrados ni registrables (i.e. títulos de crédito) pueden igualmente ser objeto del negocio de destino, concluyendo con el deseo de que, efectivamente, así fuera (Falzea, Oppo, Nuzzo, Palermo, Spada). Comparando la norma con su redacción

mientras era sólo un proyecto, el profesor Nuzzo concluyó que cualquier finalidad estaba permitida, siempre que fuera «*meritevole*» (y no parece que el interés exclusivo del disponente deba merecer esa calificación, a juicio de Oppo y C.M. Bianca), a pesar de que, en sede de conclusiones, el profesor Spada discrepó abiertamente por entender que sólo los fines «solidarísticos» (i.e. protección de incapaces) deberían tener cabida.

Como se acaba de apuntar, la norma pone el límite de la *meritevolezza degli interessi destinatori*. Directa o indirectamente, todas las intervenciones aludieron a su posible significado, aunque fue el profesor Nuzzo quien específicamente habló del tema. La *meritevolezza* significa, a su juicio, que la vinculación debe ser susceptible de tutela por el ordenamiento jurídico. Nuzzo no la identificó con la licitud (sí Falzea y otros), sino con la necesidad de observar un equilibrio entre el interés de los acreedores sacrificados (porque se sustraen bienes de la garantía universal que para ellos representa el patrimonio del deudor) y el interés realizado con la vinculación. Según Nuzzo, podría suceder que el Notario considerara el interés merecedor de tutela pero en cambio no el Juez (aunque Di Majo afirmó no creer que el juez llegara jamás a controlar este aspecto), con lo cual lo que acabaría sucediendo es que la vinculación se mantendría pero, en cambio, no la inscripción, que no sería oponible a terceros. Vettori, único ponente que realizó un *excursus* de derecho comparado a propósito de los intentos de regulación de la fiducia en Francia, abundó en la idea, pero considerando que el Notario o el Juez sólo debían comprobar la adecuación de los actos al ordenamiento jurídico y, por tanto, en absoluto valorar el «mérito» que deba merecer la vinculación.

La conferencia del profesor Palermo destacó el enorme protagonismo de la autonomía privada en esta materia y los problemas de coexistencia de la norma que se analiza con otros sectores del ordenamiento (pactos sucesorios, legítima, fundaciones). Luego, M. Bianca insistió en los efectos no meramente obligacionales sino reales del vínculo, recordando que éste es oponible a terceros acreedores y a adquirentes. En relación con la gestión, sugirió tener en cuenta la subrogación real, lo cual lleva a la necesidad de dar igualmente publicidad a los bienes sustitutos.

Llegado el turno de los notarios, Priore analizó los temas relativos a la forma del acto y estudió la norma desde el punto de vista de la responsabilidad notarial. Admitió la causa fiducia creada por la autonomía de la voluntad, suponiendo que el negocio fuera atributivo. D'Enrico explicó las diferencias entre separación y oponibilidad, recordando que aquella no provoca ésta, sino la inscripción, que es constitutiva.

El Consejero de Estado, Dr. Paolo Troiano, verdadero artífice de la norma según confesó en sede de conclusiones el profesor C.M. Bianca, tuvo una intervención rica en matices y de ella puede destacarse las ventajas que un tal negocio podría suponer para la Administración. Entre ellas, la que permite destinar inmuebles para financiar proyectos de investigación; y, sobre todo, su utilización por parte de los particulares va a ahorrar la realización de los trámites enormes que siempre deben seguirse para aceptar donaciones realizadas a favor del Estado.

La jornada fue densa en ideas, opiniones y reflexiones y concluyó a las 18:00 h., tras más de 7 horas de exposiciones. El público asistente, más de 200 personas, seguro que se marchó a su casa con la sensación de haber asistido a un debate fecundo en resultados.

La traducción del derecho comunitario ed europeo: riflessioni metodologiche. Trento, 10 y 11 de marzo de 2006.

Los días 10 y 11 de marzo tuvo lugar en Trento este congreso sobre traducción jurídica, primera actividad científica en el marco de la iniciativa de la Dirección General de Traducción de la Comisión Europea (Departamento de italiano) tendente a crear una «red de excelencia del italiano institucional» (REI), cuyos objetivos se centran en una mejora del lenguaje en uso en el ámbito institucional, a través de la uniformización terminológica, el recurso a referentes reconocidos, la validación de términos, la creación de neologismos, la mejora de la traducción y la puesta en común de recursos humanos, bases de datos e instrumentos de trabajo. El Congreso perseguía propiciar una reflexión sobre los distintos instrumentos al alcance del traductor jurídico y del redactor de textos multilingües, así como sobre la posible interacción metodológica entre disciplinas científicas diversas. Como puso de relieve la doctora Elena Ioriatti (U. de Trento), coordinadora del congreso, en su primera intervención, el principio de multilingüismo adoptado por la UE está íntimamente ligado al proceso de armonización, por cuanto que ésta puede encontrar obstáculos no sólo en las diferencias de derecho sustantivo, sino también en el lenguaje, de modo que este último se convierte, a su vez, en objeto de armonización. Y esta tarea se presenta necesariamente multidisciplinar, demandando aportaciones de la lingüística, de la sociología, de la informática y del derecho comparado, con la dificultad añadida desde la última de las perspectivas citadas, de que el dinamismo de la relación que se establece entre derecho, lenguaje y realidad impide constreñir los desarrollos futuros a un método rígidamente preestablecido.

El Congreso se estructuró en cuatro sesiones temáticas, precedidas por una sesión introductoria y culminadas con la fase de conclusiones, todo ello concentrado en la tarde del día 10 de marzo y la mañana siguiente.

Inaugurado el congreso por el profesor Luca Nogler (U. de Trento), la sesión introductoria, con las intervenciones de Elena Ioriatti, Manuela Guggeis (jurista-lingüista, Consejo de la UE, que explicó cuáles son sus funciones, que se extienden también a cuestiones de técnica legislativa, y en qué momento intervienen) y Claudia de Stefanis (Traductora de la Dirección General de Traducción de la UE y red REI, que realizó una presentación de la red, así como una explicación de la estructura y funciones de la D.G.), giró en torno a la ponencia del profesor Gianmaria Ajani (U. de Torino), sobre *Coherencia del Derecho Europeo y Multilingüismo*, durante la cual, tras exponer los factores que rinden complejo el objetivo marcado, se presentaron dos proyectos europeos en los que participa el ponente, como son el Grupo Acquis, centrado en el derecho sustantivo, y el «Uniform Terminology», tendente a la elaboración de un Legal Taxonomy Syllabus, en cinco idiomas y respecto de 90 términos en materia de Directivas comunitarias de protección de consumidores y sus respectivas transposiciones nacionales.

La Sesión I, dedicada a *Drafting normativo y lenguaje*, fue abierta por Tito Gallas, Jefe de División del Servicio Jurídico del Consejo de la UE, con una ponencia que llevaba el sugerente título *Drafting multilingüe: ¿misión imposible?*, durante la cual se puso de relieve que el lenguaje es prácticamente el único código comunicativo del jurista y que, sólo en este sentido y en cuanto crea e interpreta palabras para definir conceptos, es especialista del lenguaje, pero un especialista sin las debidas habilidades, que se sujeta a las reglas del lenguaje como cualquier otro usuario del mismo. Justamente es la terminolo-

gía jurídica la que genera problemas de traducción, porque hay tantos lenguajes jurídicos como legisladores e incluso dentro de un mismo ámbito idiomático los términos jurídicos pueden tener sentidos distintos, a diferencia de lo que ocurre en otras áreas. La complejidad del lenguaje jurídico hace que, en principio, si hay veinte textos en veinte idiomas, habrá al menos 19 posibilidades de error. No obstante, Gallas aporta, de modo relajado y ameno (con referencias incluso a *Alicia en el país de las maravillas*) una serie de factores que conducen a desmentir esa progresión proporcional de las posibilidades de error, al tiempo que manifiesta su opinión sobre diversos puntos, como por ejemplo la improcedencia de incorporar demasiados neologismos, la importancia del derecho comparado o el uso de las definiciones. A continuación, la socióloga Maria Rosaria Ferrarese (U. de Caligari y *Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione di Roma*), nuevamente con un título sugerente, *Drafting y traducción: una extraña pareja*, explicó la transformación operada en la elaboración de textos legales, que ha pasado en relativamente pocos años de ser una actividad esencialmente individual y soberana, a configurarse como tarea compartida; este cambio genera de por sí necesidades específicas, a las que se añade la consideración subyacente de que toda traducción es siempre una traición, siquiera parcial, al texto original.

En la Sesión II, referida al Derecho de los contratos y presidida por la profesora Luisa Antonioli (U. de Trento), se presentaron nuevamente dos ponencias. La primera, a cargo de la profesora Barbara Pozzo (U. de Insubria), *Multilingüismo, Terminología y Armonización del Derecho Privado Europeo*, partiendo de su experiencia en la enseñanza de terminología jurídica, que actualmente ofrece también a estudiantes de disciplinas no jurídicas, estructuró su ponencia en cuatro partes: el problema de la traducción para el comparatista; su relación con las exigencias de las instituciones comunitarias; algunos aspectos críticos de la legislación comunitaria y sus proyectos de investigación financiados en materia terminológica-contractual, que parten del análisis de diez términos italianos. A continuación intervino la lingüista Francesca Bullo (*Scuole civiche di Milano*), con la ponencia *El trabajo terminológico entre comparación y derecho europeo: ¿coherencia o contradicción?*, quien abogó por la simplificación del lenguaje, sin olvidar por ello la claridad terminológica, para la cual consideró conveniente el análisis comparatista.

Al día siguiente, 11 de marzo, inició la III Sesión, presidida por Jens Woelk (U. de Trento), Francesco Palermo (U. de Trento), con el tema *Comparación jurídica y apoyo lingüístico: necesidad, oportunidad y riesgo*, centrada en el método, instrumentos y riesgos de la relación entre lengua y derecho comparado, en la que aportó sus reflexiones en torno a la naturaleza del derecho comunitario visto desde la perspectiva del fenómeno lingüístico, teniendo en cuenta que no son sólo los académicos, sino también el resto de operadores jurídicos los obligados a comparar diariamente. Cierra esta III Sesión la ponencia de Stefania Cavagnoli (U. de Mascerata), *El discurso jurídico: una aproximación lingüística*, que aboga nuevamente por la interdisciplinariedad, e intenta explicar la relación entre lenguaje jurídico y derecho en clave de conflicto de sistemas (el jurídico y el lingüístico) que se necesitan recíprocamente. Por último, la IV Sesión llevó por título *Desarrollo Tecnológico y Traducción Jurídica*. Presidida por Roberto Caso (U. di Trento), contó con tres ponencias, que tendían a la puesta en común de experiencias y a la difusión y explicación de distintas herramientas informáticas al alcance del traductor jurídico y del comparatista. Cerraron el congreso las conclusiones,

presididas por Elena Ioriatti, de Gianmaria Ajani, con la Intervención de Giuliano Castellan (jurista-lingüista, Consejo de la Unión Europea).

Como viene siendo habitual en los Congresos organizados por la U. de Trento, las ponencias están disponibles en formato vídeo en <http://www.jus.unitn.it/services/arc/2006/0310/home.html>, lo cual comporta la ventaja del acceso también a los turnos abiertos de palabra. Sin embargo, en ocasiones (especialmente si el relator ha hecho uso de algún mecanismo de presentación de diapositivas), se echa de menos contar con el texto de las distintas aportaciones.

Miriam ANDERSON

Il Diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale. Convenio conmemorativo del cincuenta aniversario de la *Rivista di Diritto Civile*. Treviso, 23-25 marzo 2006. Palazzo dell'Antica Dogana (ora dell'Università).

Con ocasión del cincuenta aniversario de la *Rivista di Diritto Civile*, una de las publicaciones italianas más prestigiosas en esta materia, del 23 al 25 de marzo de 2006 tuvo lugar en la Universidad de Treviso un imponente congreso con el título: «Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?».

Tras los saludos de las autoridades, el profesor Giorgio Oppo recordó la fundación de la revista y, en particular, su trabajado destacamiento respecto de la celebrada *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, sobre todo gracias a la *vis polemica* y a la obra incansable de Walter Bigiavi, gran estudioso italiano del Derecho mercantil.

En su conferencia introductoria, el profesor Giorgio Cian, que, además de ser el Director responsable de la *Rivista*, puede ser considerado el principal artífice del congreso, ilustró el ambicioso programa de fondo: discutir una eventual reforma orgánica del libro IV del Código Civil, el dedicado a las obligaciones y contratos, que no sólo tenga en cuenta la evolución de las instituciones según la jurisprudencia y la doctrina, si no también la europeización del ordenamiento jurídico italiano. Se trataría de una de las reformas más exigentes emprendidas por el legislador italiano en el último decenio, sólo parangonable a la que tuvo lugar con el Derecho de familia (1975) o, más recientemente, el Derecho societario (2003).

La tesis es particularmente sugerente porque confirma y refuerza la tendencia a la recodificación que se ha manifestado en la mayoría de países europeos del *Civil Law*: basta tener en cuenta, además de la conocida *Schuldrechtsmodernisierung* llevada a cabo por el legislador alemán en el año 2001, el reciente *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* presentado en Francia por un notable grupo de civilistas, con el patrocinio del Ministro de Justicia.

La primera sesión del congreso, presidida por el profesor Angelo Falzea, fue dedicada a las grandes opciones de fondo de la posible reforma, incluso ante la perspectiva de un eventual Código Civil europeo (profesor Antonio Gambaro). De esta forma, se reexaminó críticamente el problema técnico e historiográfico de la «forma código» (profesor Pietro Rescigno), pasando después inspección a las principales categorías conceptuales de los contratos y de las obligaciones (profesor Giorgio Oppo).

La sesiones sucesivas tuvieron por objeto un examen detallado de los institutos más significativos del Derecho de obligaciones (profesores C. Massimo Bianca, Adolfo Di Majo, Carlo Castronovo, Pietro Perlingieri), de los contratos (profesores Piero Schlesinger, Rodolfo Sacco, Salvatore Patti, Nicolò Lipari, Vincenzo Scalisi) y de la responsabilidad civil (profesores Vincenzo Varano, Francesco D. Busnelli, Enrico Moscati, Paolo Spada).

Particularmente significativa resultó ser la cuarta sesión, dedicada a los contratos en particular, en la que se discutió la alternativa entre Código Civil y leyes especiales (es significativo que la sesión fuera presidida por el profesor Natalito Irti, al cual, como es sabido, se debe el principal análisis de la llamada descodificación). Las conferencias fueron a cargo de los profesores Angelo Luminoso, Giovanni Gabrielli, Giorgio De Nova, Guido Alpa.

Una última sesión, dedicada al Derecho procesal, fue confiada al profesor Andrea Proto Pisani.

Además del elevado número de intervenciones programado, algunas a cargo de jóvenes civilistas italianos y redactores de la *Rivista* y de cuyas intervenciones es imposible hacer mención aquí, debe señalarse que el congreso concluyó con una mesa redonda, presidida por el profesor Angelo Falzea, en la que participaron representantes de las profesiones legales (jueces, abogados y notarios).

Pietro SIRENA

L'harmonisation de la responsabilité du fait des produits défectueux en Europe, Universidad de Santiago de Compostela, 21 de abril de 2006.

La Universidad de Santiago de Compostela acogió el pasado 21 de abril de 2006 un seminario de Derecho comunitario y comparado centrado en el régimen de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

Desarrollada íntegramente en francés, la jornada fue organizada por el profesor Javier Lete Achirica con la intervención como ponentes de la profesora Geneviève Pignarre (Université de Savoie), del profesor Simon Whittaker (University of Oxford) y de la profesora Juana Marco Molina (Universidad de Barcelona). Las conclusiones del encuentro fueron glosadas por la profesora María Paz García Rubio (Universidad de Santiago de Compostela).

El debate se articuló en torno a la transposición de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, en los tres ordenamientos examinados –Derecho francés, Derecho inglés y Derecho español–, fijándose también en la interpretación y aplicación de las normas internas.

El caso francés es, posiblemente, el que mejor ilustra las dificultades que presenta conciliar la lógica que inspira la Directiva y la lógica que rige, con carácter general, el régimen de responsabilidad del Derecho interno; dificultad que explica en buena medida el considerable retraso en la transposición francesa operada por Ley de 19 de mayo de 1998 (arts. 1386.1 a 1386.18 Code civil). Al respecto, fue objeto de especial atención la STJCE de 14 de marzo de 2006 que de nuevo condena a Francia por una incorrecta transposición de la Directiva 85/374/CEE, al considerar que este país no ha adoptado las medidas que comporta la ejecución completa de la decisión del mismo tribunal de 25 de abril de 2002.

Por el contrario, el Reino Unido fue uno de los primeros países europeos que incorporó la Directiva en virtud de la Consumer Protection Act de 1987. A propósito de esta normativa, la exposición del profesor Whittaker se centró en el concepto de defecto, cuestión que ha atraído la atención no sólo de la literatura jurídica de aquel país, sino también de los tribunales (cfr. A. v. National Blood Authority, 2001).

En el caso español, se analizó no sólo la normativa aplicable que transpone en nuestro ordenamiento la Directiva 85/374/CEE, sino también su aplicación práctica. Al respecto, la profesora Marco Molina revisó la doctrina jurisprudencial desde una perspectiva crítica, dada la confusión de que hacen gala los tribunales españoles respecto de la normativa aplicable.

A partir de estas experiencias nacionales, el debate giró en torno a dos aspectos principales. De una parte la identificación del productor y la posición del suministrador como eventual responsable. De otra, la eventual concurrencia de regímenes de responsabilidad aplicables y la compatibilidad o incompatibilidad entre ellos. En realidad, ambos aspectos se encuentran relacionados como evidenció el contraste entre la experiencia francesa y la española. Concretamente, la controversia se suscitó a partir de unas sugerentes reflexiones de la profesora Pignarre respecto de cómo debe entenderse la postura del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuando sostiene que la responsabilidad del suministrador ha de tener un fundamento diferente a la del productor.

Al hilo del anterior debate se abordaron en el seminario otras cuestiones de interés como el deber de seguimiento del productor, la noción de riesgos de desarrollo, con mención expresa de la duplicidad normativa que al respecto se encuentra en Derecho español (art. 6 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, y artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, en la redacción dada por la Ley 4/1999), o el concepto de defecto, antes aludido, y su relación con la idea de negligencia.

En último término, el seminario ha venido a constatar que el análisis de la Directiva 85/374/CEE y su transposición a los respectivos ordenamientos internos no sólo constituye una excelente plataforma para el debate técnico en materia de Derecho de daños; constituye además un observatorio privilegiado para hacer un seguimiento del proceso de armonización pretendido por la normativa comunitaria.

Belén TRIGO GARCÍA

Administraciones Públicas y Propiedad Intelectual. Curso dirigido por el profesor Carlos Rogel Vide y coordinado por el profesor Eduardo Serrano Gómez, Ribadesella, Asturias, 29 y 30 de mayo de 2006.

El curso que referimos tuvo lugar en un marco natural incomparable como es el que ofrece Ribadesella en la cornisa cantábrica. En el mismo se abordó el papel de la Administración pública en relación con la propiedad intelectual, esto es, qué debe hacer aquella y, en realidad, no hace. Se puso de relieve que la función de la Administración pública no es tanto la de controlar e intervenir, sino la de fomentar, cooperar y colaborar con los autores, cesionarios y entidades de gestión, entre otros posibles sujetos relacionados con los derechos de autor, para que éstos sean conocidos y respetados.

Dentro de este tema se abordaron aspectos como el papel de la Administración pública en la protección de los derechos de propiedad intelectual *post*

mortem auctoris (Marcelo J. López Mesa, profesor de Derecho civil de la Universidad de Palermo en Argentina) –concretamente, los arts. 16 y 40 LPI–, control de tirada, depósito legal y signos protectores de los derechos de propiedad intelectual (Miguel Lacruz Mantecón, profesor titular de Derecho civil, Universidad de Zaragoza) –aspectos éstos que se presentaron como obligaciones del editor–, la remuneración por copia privada (Eduardo Serrano Gómez, profesor titular de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid) –aspecto en el que se destacó el excesivo intervencionismo de la Administración pública que la futura LPI que incorpora la denominada Directiva de la sociedad de la información (*Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo 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*) concede a ésta– la importancia del Registro de la propiedad intelectual para aportar la seguridad jurídica que el sistema de propiedad intelectual merece (Rosa Martínez Posada, titular del Registro de la propiedad intelectual del Principado de Asturias), el fomento y control de las entidades de gestión por la Administración pública (Abel Martín Villarejo, director general de AISGE) y, finalmente, se presentó la Comisión mediadora y arbitral de la propiedad intelectual (Domingo Bello Janeiro, catedrático de Derecho civil de la Universidad de A Coruña).

Los ponentes –en su mayoría profesores de Derecho civil– expusieron el tema asignado de forma clara y rigurosa, si bien, a nuestro modo de ver, faltó más sentido crítico. Hubo además una gran ausencia, alguna persona que defendiera (o no) los intereses de la Administración pública y más particularmente, del Ministerio de Cultura. Asimismo no se tuvo en cuenta el rol de las comunidades autónomas, a través de sus respectivas Consejerías de Cultura, en el fomento y cooperación en temas relacionados con la propiedad intelectual. La presencia de profesores de Derecho administrativo hubiera estado más que justificadísima. A pesar de todo ello, no dejó de llamarse la atención sobre la ausencia de trabajos que, desde el punto de vista administrativo, estudien cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual y sobre el curso estuvo permanentemente presente el proyecto de ley de propiedad intelectual que, una semana antes, se había debatido en el Senado español (*Proyecto de ley 621/000053 por el que se modifica el texto refundido de la LPI; BOCG, Senado, VIII legislativa, serie II: proyectos de ley, 31 de mayo de 2006, núm. 53 e*).

En último lugar, desearía destacar la generosidad de la Fundación AISGE, la cual presidida por la actriz Pilar Bardem, viene patrocinando este tipo de eventos científicos.

Susana NAVAS NAVARRO

La transmisión de los bienes inmuebles en el Derecho europeo-Real property transfers in European Law, Congreso internacional, Colegio de Registradores de España, Madrid, 1-3 de junio de 2006.

El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España organizó en su sede madrileña el Congreso Internacional sobre la transmisión de los bienes inmuebles en el Derecho europeo a lo largo de tres intensas jornadas. El evento, coordinado por un comité científico integrado a partes iguales por registradores (don Eugenio Rodríguez Cepeda, decano-presidente del Colegio, don Antonio Pau Pedrón y don Fernando de la Puente Alfaro)

y por profesores de Derecho civil (don Javier Orduña Moreno y doña Luz M. Martínez Velencoso, de la Universidad de Valencia, y don Sergio Cámara Lapuente, de la Universidad de La Rioja), contó con una muy nutrida asistencia que abarrotó la sala de actos. Como síntoma del interés que despierta no sólo el fenómeno del creciente Derecho privado europeo, sino también el ámbito del Derecho de propiedad y de los derechos reales, hasta la fecha relegado por la Comisión Europea en sus actos y propuestas legislativas, cabe destacar que más de la mitad de los asistentes fueran foráneos. Este sello internacional se plasmó también en las intervenciones en los tres idiomas empleados en el congreso (inglés, francés y español), con traducción simultánea. En síntesis, se examinaron en detalle los sistemas transmisivos de la propiedad y su incidencia registral en los Derechos de Francia, Inglaterra, Alemania y los países escandinavos, se analizaron las posibilidades de una armonización europea en la materia, se establecieron las notas básicas de otros siete sistemas jurídicos y se sentaron las bases para la puesta en marcha de un grupo de trabajo sobre la materia dentro del llamado «Grupo de Trento» sobre el «núcleo común del Derecho privado europeo».

El primer día del Congreso, 1 de junio, la directora general de los Registros y el Notariado, doña Pilar Blanco-Morales, inauguró la jornada. Tanto en su discurso como en el del decano-presidente del Colegio de Registradores de España, don Eugenio Rodríguez Cepeda, y en el del catedrático de Derecho civil, don Javier Orduña Moreno, se ponderó la oportunidad temporal y material de este encuentro a la luz de los avances en torno al llamado Marco Común de Referencia y el resto de iniciativas de la Unión Europea. La creciente inversión de los ciudadanos de un Estado miembro en bienes inmuebles situados en otros Estados de la Unión aconseja abordar con conocimiento tanto los rasgos de los distintos sistemas transmisivos y el papel del Registro de la Propiedad en tal proceso, como las posibilidades de una armonización en este contexto.

La primera ponencia versó sobre «*La transmisión de la propiedad de los inmuebles en el Derecho francés. Unas notas comparatistas en relación con el régimen vigente en algunas provincias francesas*». Su autor fue el profesor doctor Philippe Théry, catedrático de Derecho civil en la Universidad París II (Panthéon-Assas), director del «Institut d'études judiciaires» de dicha Universidad y conocido autor de obras de referencia como el libro «*Sûretés et publicité foncière*». El ponente repasó los rasgos del sistema basado en la transferencia por medio del puro consentimiento e hizo especial hincapié en la noción de oponibilidad, para mostrar los puntos fuertes y débiles de la estructura transmisiva a través de varios ejemplos (heredero aparente, doble venta, usucapión, hipotecas y embargos). El prof. Théry concluyó su disertación con la referencia a las características germánicas de los departamentos franceses de Alsacia y Moselle.

En la segunda ponencia del día, la profesora doctora Elisabeth Cooke, catedrática de la Universidad de Reading y autora de varias monografías sobre el Derecho inmobiliario y el Derecho registral ingleses, así como sobre el tema de su exposición, ilustró a los participantes desde las nociones más básicas hasta algunas de las mayores complejidades sobre «*la nueva Land Registration Act inglesa*» de 2002 y sus aspectos prácticos. Tras explicar varios conceptos distintivos de los derechos reales en el Derecho inglés y galés (tales como la titularidad legal y la de equidad, los diversos derechos inmobiliarios, como *freehold*, *leasehold*, *tenancies*, etc.) y resumir la historia del sistema registral con ilustrativos ejemplos, como el conocido caso

Boland, la profesora Cooke se centró en algunos de los grandes problemas del vigente sistema tras la Ley de 2002: la protección de los terceros que confían en el Registro (mediante la noción de *indefeasibility*) y el problema que plantean ciertos Derechos extrarregistrales que pueden prevalecer sobre lo inscrito (*overriding interests*), el fin legislativo de la inscripción registral exhaustiva de los inmuebles, la incidencia del *Crown Land*, el papel de la usucapión en este entramado o la transferencia electrónica de la propiedad. Para iluminar su exposición, la ponente inglesa empleó una presentación visual de la historia registral de una finca.

La tercera y última ponencia del día corrió a cargo del profesor doctor h. c. mult. Ulrich Drobnig, quien explicó «*El sistema alemán de la propiedad de los bienes inmuebles. Cuestiones básicas y notas de Derecho comparado*». El conocido comparatista y ex director del Instituto Max-Planck de Hamburgo de Derecho privado internacional y comparado se encuentra en la actualidad muy involucrado en el proceso de elaboración de reglas sobre la transferencia de la propiedad mobiliaria y las garantías reales, así como sobre la incidencia de las reglas sobre la propiedad y los derechos reales en el proceso de armonización del Derecho privado europeo, como demuestran algunos de sus últimos libros (*vid.* recensión en este Anuario, 2005-1). Con esta experiencia a sus espaldas, el profesor. Drobnig trazó una diáfana síntesis de los diversos sistemas traslativos de la propiedad inmobiliaria existentes en la Unión Europea y se centró en el sistema alemán y su dicotomía entre los aspectos obligacionales y los aspectos reales de la transmisión contractual. A este respecto, recordó los diversos pasos para producir la traslación del dominio, con la necesaria inscripción registral, y los rasgos del *öffentlichen Glauben* del Registro de la propiedad alemán. Tras cada una de las tres ponencias se produjo un fructífero debate entre ponente y asistentes, de cuya intensidad puede dar razón su duración, pues se prolongó, en total, más de dos horas.

La segunda jornada, durante el 2 de junio, tuvo dos partes bien diferenciadas en cuanto al formato: por un lado, continuó la exposición de los sistemas jurídicos y su eventual armonización a partir de dos ponencias y, por otro lado, tuvo lugar una mesa redonda de registradores de toda Europa. La primera conferencia del día fue impartida por el profesor doctor Ulf Jensen, catedrático de la Universidad de Lund, miembro del *National Land Survey* sueco, cofundador del proyecto *Eulis* y participante en diversos proyectos internacionales como el relativo a una eventual eurohipoteca. El profesor Jensen abordó el tema de «*la transmisión de la propiedad en los países escandinavos. Dos modelos: los sistemas danés y noruego, los sistemas sueco y finlandés*». El ponente trazó las grandes analogías entre los cuatro sistemas nórdicos, sin ocultar algunas de sus diferencias (como el hecho de que en Finlandia exista notariado y no en los demás o que el sistema sueco requiera contrato escrito para operar la transmisión, frente a la posibilidad de los contratos orales en Dinamarca). Sobre este patrón comparativo dividió su análisis en tres grandes temas: la transferencia de la propiedad inmobiliaria, la eficacia del Registro y el papel de los mediadores inmobiliarios en cada uno de los ordenamientos. El profesor Jensen cerró su exposición, a la que siguió gran número de cuestiones de los participantes sobre unos sistemas en general poco conocidos, realizando un sumario de las soluciones de cada uno al problema de los defectos aparecidos en el inmueble después de la transmisión de la propiedad.

La última ponencia correspondió al profesor doctor Ugo Mattei, catedrático en las Universidades de Turín y de California (Hastings School of Law),

codirector del «Proyecto de Trento» sobre el *Common Core of European Private Law* y autor de abundante obra sobre la materia, como su monografía, traducida a varios idiomas, «Basic Principles of Property Law». Bajo el título de «*La transmisión de la propiedad de los inmuebles en el Derecho europeo. ¿una posible armonización? Los objetivos del Common Core*», el profesor Mattei impartió una amena y provocadora conferencia, en la que, aparte de glosar la metodología del «Grupo de Trento» aplicada a este campo, expuso diversos contrastes sociales, culturales, económicos y jurídicos entre el sistema estadounidense de transferencia de la propiedad y algunos sistemas europeos, con el objeto de convencer de la necesidad de integrar el «contexto» (*legal formants*) de cada sistema en sus soluciones técnicas. Con ello alertó sobre la dificultad de los trasplantes jurídicos en este ámbito y la necesidad de tomar en cuenta múltiples factores extrajurídicos en la hipótesis de una armonización europea.

Finalmente, bajo la coordinación de los registradores de la propiedad don Fernando de la Puente y don Antonio Pau, se celebró una concurrida mesa redonda sobre «*las implicaciones registrales de los sistemas de transmisión de la propiedad*», en la que participaron nueve encargados de Registros de la propiedad de otros tantos sistemas jurídicos: Alemania, Bélgica, Escocia, Grecia, Inglaterra y Gales, Irlanda, Lituania, Países Bajos y Portugal. Todos ellos expusieron algunos rasgos de sus sistemas, presentaron conclusiones escritas y respondieron a las cuestiones centrales planteadas por el moderador de la Mesa, don Fernando de la Puente Alfaro, presidente de la Asociación Europea de Registradores de la Propiedad (*European Land Registrars Association*, ELRA); el moderador, en sustancia, sometió a debate si la inscripción registral debe incluirse en la armonización del Derecho patrimonial europeo, abordó la cuestión de la competencia (explorando las posibilidades de la protección de los consumidores/adquirentes de inmuebles en otros Estados miembros como eventual base) e inquirió sobre el modelo que a los participantes parecía más adecuado en la hipótesis armonizadora. Tanto los componentes de la Mesa como diversos asistentes manifestaron diversidad de argumentos y tesis.

El congreso se clausuró el sábado 3 de junio con la presentación de las conclusiones finales y la entrega de diplomas. A continuación, a puerta cerrada, tuvo lugar una sesión de trabajo de los integrantes del Grupo de Trento sobre la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles en el Derecho europeo, con el objeto de comenzar la redacción de un cuestionario como embrión del trabajo en curso. Tal y como se anunció en la inauguración y en la clausura, los organizadores trabajan en un ambicioso tratado sobre la materia en el que, junto con otras contribuciones, se integrarán los resultados de este congreso internacional.

Sergio CÁMARA LAPUENTE

BIBLIOGRAFÍA

Libros

RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María: *La Capacidad de Testar: Especial Referencia al Testador Anciano*, ed. Civitas, Madrid, 2006, 190 pp.

Aunque la capacidad de testar ha sido tratada por nuestra doctrina, se echaba en falta el tratamiento monográfico de un aspecto concreto, dentro de este ámbito. Era necesario analizar jurídicamente la capacidad del testador anciano. Este ha sido el objetivo del trabajo realizado por Alma María Rodríguez Gutián, que ha logrado sintetizar de forma clara los aspectos médicos y jurídicos, dando como resultado un estudio muy práctico, útil no sólo para quienes se dedican al ejercicio de la abogacía, sino también para los Notarios. La autora pone a disposición de estos últimos un elenco de criterios de discernimiento y de actuación en el desempeño de sus funciones.

Nuestros Tribunales conceden un alto valor a la apreciación subjetiva del Notario acerca de la capacidad del testador. Pero en la práctica, ¿hasta qué punto garantiza el Notario que un testador está, efectivamente, en plenitud de facultades? En relación con la presunción de capacidad del testador, derivada del artículo 662 CC, ¿qué diferencias hay entre un testamento ológrafo y un testamento notarial? ¿Responde el Notario en caso de ser anulado en el futuro un testamento autorizado por él, a causa de la falta de capacidad del testador? En el Código civil español, sólo se exige al Notario la diligencia de llamar a dos facultativos para que dictaminen si el testador está capacitado para testar, en aquellos casos en que exista una sentencia de incapacitación la cual no contenga pronunciamiento alguno sobre este punto (art. 665 CC).

La constatación de estos aspectos, lleva a Alma María Rodríguez Gutián a defender que, cuando se trata de un testador anciano, el Notario está obligado a mantener un diálogo con él, que le permita apreciar si goza o carece de suficiente capacidad para el acto jurídico que se dispone a realizar. Comprometida con el tema, la autora facilitará al Notario los datos que necesita conocer a estos efectos. Este es uno de los aciertos de la monografía: que penetra en el ámbito de la valoración médica para guiar al técnico del Derecho en su apreciación jurídica. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias ilustra y aproxima estos dos ámbitos implicados en el tema, el médico y el jurídico. A la vez, nos permite conocer qué tipo de hechos han sido tomados en cuenta por el Juez para valorar la capacidad del testador anciano.

Evidentemente, ni el hecho de la ancianidad lleva consigo la incapacidad de testar, ni los numerosos achaques propios de la edad, físicos o mentales, suponen necesariamente la pérdida de esta capacidad. La gama de facultades que pueden resultar disminuidas cuando llega la ancianidad es tan amplia que requiere ser desgranada y ordenada, a fin de facilitar la tarea de discernimien-

to acerca de la capacidad del testador. A ello dedica la autora la primera parte de su trabajo, logrando hacer un análisis de matices y una síntesis de supuestos, que son dignos de elogio, dada la dificultad que a todas luces comporta. En ella, trata por separado las enfermedades físicas y las enfermedades mentales y, dentro de estas últimas, distingue entre las demencias y la depresión, a lo que añade un estudio de dos supuestos especialmente interesantes en esta materia, el internamiento en un centro psiquiátrico y el suicidio.

La capacidad del testador anciano no puede estudiarse aisladamente, sin hacer referencia a la capacidad de testar en sentido amplio y a los problemas que plantea. La autora descubre diversos matices que permiten discernir cuándo estamos ante un supuesto de falta de capacidad para testar y cuándo estamos ante un supuesto similar, en el que resulta compatible la capacidad para testar del anciano con la existencia de otras circunstancias que puedan incidir en un vicio del consentimiento. En primer lugar, se detiene en el supuesto del anciano que depende de los cuidados de otras personas porque carece de autonomía. La autora analiza el posible dolo que pueda existir por parte de los cuidadores: a su juicio, normalmente se tratará de dolo bueno, si bien no puede descartarse el dolo malo.

En segundo lugar, se refiere al supuesto del anciano que tiene dificultades de comunicación (proporcionando criterios de valoración de las diversas disfunciones). En este caso, la autora opina que un Notario diligente debe dejar constancia de la disfunción, y que, por otro lado, no debe autorizar el testamento en los casos de absoluta imposibilidad de comunicación, subrayando la consiguiente responsabilidad en que puede incurrir el Notario conforme a lo dispuesto en el artículo 705 CC. La doctrina no es unánime a la hora de interpretar lo dispuesto en el artículo 695 CC («*El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario*»). Al respecto, la autora opta por una interpretación flexible de la norma y considera válida la comunicación mediata de la voluntad del testador al Notario, siempre que éste tenga certeza de que el anciano conoce y da su conformidad al contenido del testamento. *La prestación por el testador de su conformidad a la lectura del testamento en el momento del otorgamiento convalida ya la exigencia legal –explica– de la comunicación previa y directa de la voluntad del testador al Notario, siendo fundamental que el Notario exteme sus precauciones y se cerciore de que el testador en el momento del otorgamiento se entera del contenido del testamento, y de que realmente la voluntad leída concuerda con la voluntad real del testador* (pp. 112-113).

En la segunda parte de la monografía, Alma María Rodríguez Guitián aborda la *actuación del Notario en relación al examen de la capacidad de testar del anciano*. Entra de lleno en el ámbito de lo estrictamente jurídico, y se centra en la obligación del Notario de examinar la capacidad de testar del anciano, cuál es su fundamento, cuál su ámbito y alcance, cuál es el valor de su apreciación, cuáles las medidas de cautela que deben adoptarse en circunstancias especiales. La autora llega a la conclusión de que *para el cumplimiento de su deber el Notario ha de formar su juicio de capacidad de una manera atenta, seria y fundada*: Del Notario se requiere únicamente –como regla general– una apreciación subjetiva, pero esto no es incompatible con que se le exija una diligencia mayor si duda acerca de la capacidad del anciano, adoptando entonces las medidas pertinentes.

El análisis de lo dispuesto en el artículo 685 CC (el Notario deberá *asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar*), lleva a Alma María Rodríguez Guitián a subrayar que corresponde al

Notario tomar la decisión acerca de qué cautelas deben adoptarse y cuándo deben adoptarse. Por esta razón, y porque éstas pueden ser de muy variada índole, en la monografía no se hace una enumeración taxativa o cerrada de este tipo de prevenciones o cautelas. La autora ejemplifica algunos supuestos y circunstancias que permiten dudar de la capacidad de testar del anciano y se detiene en algunas de las medidas que pueden adoptarse.

Así, cuando el testador sobrepasa la edad de 90 años, o está internado en un centro psiquiátrico, cuando le falta capacidad de comunicación y el anciano se limita a asentir a lo leído por el Notario, o cuando el contenido del testamento sea extravagante, por ejemplo, habrá que adoptar alguna cautela. Entre las medidas de prevención, la autora cita, también a modo de ejemplo, la conversación con el testador, la observación de sus gestos y su modo de presentarse, la realización de un breve test sobre la capacidad intelectual del testador, o bien el dejar constancia en el propio testamento de la duda acerca de la capacidad o de los indicios de su carencia, apreciados por el Notario, sin que esta última apreciación sea vinculante para el Juez. De mayor complejidad son otras medidas, tales como el recurso a los médicos y personal facultativo, a las que puede acudir el Notario o bien ser solicitadas, en determinados casos, por los familiares del testador.

Alma María Rodríguez Guitián concluye su monografía analizando la responsabilidad del Notario. La cuestión es la siguiente: Si, *en una situación objetivamente dudosa*, el Notario autoriza el testamento sin adoptar ninguna medida o cautela, ¿se le puede exigir responsabilidad civil extracontractual, *ex* artículo 1902 CC? ¿Se le puede abrir expediente disciplinario? En relación con la primera pregunta (la posibilidad de exigir una indemnización por responsabilidad civil extracontractual), la autora explica que no existe obstáculo para ello siempre que concurren todos los presupuestos de la responsabilidad por daños, que describe cuidadosamente adaptándolos al objeto de estudio, y que completa con un análisis de los aspectos procesales. En relación con la segunda cuestión (si se puede abrir expediente al Notario), la respuesta es también afirmativa, como posibilidad, cuando antes haya sido declarado nulo el testamento por falta de capacidad del testador y quede probado el actuar negligente del Notario.

Quisiera felicitar a la autora de la monografía que, una vez más, ha publicado un trabajo serio, e interesante desde el punto de vista práctico y teórico.

Carmen JEREZ DELGADO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

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.—III. *Derecho concursal*.—IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.—V. *Derecho de la Unión Europea*.—VI. *Derecho procesal*.—Abreviaturas. Revistas que se citan sin abreviar.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana», en *RJUAM*, núm. 12, 2005, pp. 117 ss.

LAPORTA, Francisco J.: «Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas», en *AFDUAM*, núm. 9 (2005), pp. 177 ss.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Robo y hurto en el Código Civil: especialmente en los artículos 1956 y 1962», en *RJUAM*, núm. 12, 2005, pp. 143 ss.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «La consignación en los documentos notariales de la aplicación del Arancel y de su dispensa», en *RJNot.*, núm. 56, 2005, pp. 233 ss.

— «Documento público y documento auténtico», en *RJNot.*, núm. 55, 2005, pp. 137 ss.

RUBIO GARRIDO, Tomás: «Interrogantes y sombras sobre el Código europeo de Derecho privado y los juristas europeístas», en *RDP*, noviembre-diciembre 2005, pp. 25 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: «¿Crisis de la incapitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», en *RDP*, enero-febrero 2006, pp. 9 ss.

- BUSTOS PUECHE, José Enrique: «La capacidad jurídica en las personas físicas y en los entes morales», en *RCDI*, núm. 693, 2006, pp. 63 ss.
- CARRASCO DURÁN, Manuel: «Novedades sobre la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva», en *RPJ*, núm. 76, 2004, pp. 203 ss.
- GIL RODRÍGUEZ DE CLARA, Vanesa Eugenia: «Título nobiliario: principio de varonía; su consideración actual», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2006, pp. 901 ss.
- GÓMEZ AMIGO, Luis: «La limitación de los derechos fundamentales del concursado», en *ADCon.*, núm. 7, 2006, pp. 177 ss.
- IGLESIAS VILA, Marisa: «Justicia global y derechos humanos: hacia una ética de las prioridades», en *AFDUAM*, núm. 9, 2005, pp. 41 ss.
- JESÚS MARTOS, Juan: «DNI electrónico: obligaciones jurídicas para el titular y límites constitucionales en el derecho fundamental a la intimidad y a la protección de datos», en *RDNT*, núm. 9, 2006, pp. 79 ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: «Vida privada y tecnologías de la información en el entorno laboral», en *RDNT*, núm. 9, 2006, pp. 65 ss.
- MARTÍNEZ PURAS, Jesús: «Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», en *RJNot.*, núm. 56, 2005, pp. 29 ss.
- PARDILLO HERNÁNDEZ, Agustín: «Aspectos civiles en orden a la protección de las víctimas de la violencia de género: novedades introducidas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2006, pp. 647 ss.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Configuración de las sociedades sin personalidad jurídica en el Código Civil español», en *RJNot.*, núm. 56, 2005, pp. 183 ss.
- REPRESA POLO, María Patricia: «Tratamiento ambulatorio involuntario de enfermos mentales», en *RDP*, noviembre-diciembre 2005, pp. 82 ss.
- RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín: «La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *RDP*, enero-febrero, 2006, pp. 83 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Representación legal de hijos menores de edad en particiones hereditarias: problemática jurídica», en *RCDI*, núm. 692, 2005, pp. 1905 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Pluralidad de actos de disposición de una misma cosa, alguno o varios de los cuales sean donaciones», en *RDP*, enero-febrero 2006, pp. 3 ss.
- AGUIRRE ZAMORANO, Pío José: «Las compraventas especiales», en *CDJ*, núm. XI, 2005, pp. 93 ss.

- ANGELINA GONZÁLEZ, Francisco Javier: «El derecho de los consumidores ante la adquisición e intermediación inmobiliaria. Especial consideración a las cláusulas abusivas en los contratos de compraventa», en *CDJ*, núm. X, 2005, pp. 203 ss.
- ARIAS-SALGADO ROBSY, María Elena: «La Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. Principales novedades y valoración de la protección para el usuario y el consumidor. El principio de conformidad», en *CDJ*, núm. XI, 2005, pp. 195 ss.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Los patrimonios fiduciarios y el *trust*», en *RCDI*, núm. 693, 2006, pp. 11 ss.
- BAENA RUIZ, Eduardo: «La Ley de Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales», en *CDJ*, núm. XI, 2005, pp. 147 ss.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «Transmisión de viviendas de protección oficial por precio superior al legalmente establecido. El caso en la C. A. de Aragón», en *RGLJ*, núm. 4, 2005, pp. 589 ss.
- BOSCH CAPDEVILLA, Esteve, y GIMÉNEZ COSTA, Ana: «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», en *RCDI*, núm. 692, 2005, pp. 1757 ss.
- CUENCA ANAYA, Francisco: «Seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador», en *RJNot.*, núm. 55, 2005, pp. 9 ss.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «Algunas cuestiones sobre las responsabilidades en la construcción», en *CDJ*, núm. X, 2005, pp. 133 ss.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «El incumplimiento resolutorio según los principios del Derecho Europeo de contratos», en *CDJ*, núm. XI, 2005, pp. 115 ss.
- FLORES DOÑA, María de la Sierra: «Dolo como causa de consentimiento viciado y de nulidad del contrato de préstamo para adquirir acciones de la entidad de crédito prestamista», en *RDBB*, núm. 100, 2005, pp. 225 ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Duración del arriendo rústico. Artículo 12 de la Ley 26/2005, de 30 de noviembre», en *Actualidad Civil*, núm. 7, 2006, pp. 773 ss.
- GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: «Algunos aspectos de la Ley de servicios de la sociedad de la información: el comercio electrónico, un reto de presente y de futuro. Especial consideración de la contratación electrónica», en *RJNot.*, núm. 55, 2005, pp. 73 ss.
- GIMÉNEZ COSTA, Ana, y BOSCH CAPDEVILLA, Esteve: «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», en *RCDI*, núm. 692, 2005, pp. 1757 ss.
- GIMÉNEZ GARCÍA, Isabel: «Problemática procesal actual en materia de procesos arrendaticios y de precario», en *CDJ*, núm. X, 2005, pp. 55 ss.
- GÓMEZ PÉREZ, Ana Cristina: «El fideicomiso de garantía en la jurisdicción norteamericana: el caso *Murray v. US Bank*», en *DN*, núm. 186, 2006, pp. 21 ss.

- GONZÁLEZ POVEDA, Pedro: «La Ley de Ordenación de la Edificación y derechos de los consumidores», en *CDJ*, núm. X, 2005, pp. 97 ss.
- GUTIÉRREZ JÉREZ, Luis Javier: «La obligación de saneamiento por evicción y la transmisión del dominio en la compraventa», en *CDJ*, núm. XI, 2005, pp. 11 ss.
- JORDANO FRAGA, Jesús: «Responsabilidad por daños al medio ambiente», en *EDJ*, núm. 56, 2004, pp. 327 ss.
- LA CASA GARCÍA, Rafael: «El seguro de vida: de la unidad de disciplina a la proliferación de regímenes especiales», en *DN*, núm. 186, 2006, pp. 5 ss.
- LÓPEZ APARCERO, Antonio: «Reflexiones sobre el estatuto jurídico del acreedor que titula créditos subordinados», en *RDGP*, núm. 4, 2006, pp. 279 ss.
- MALO VALENZUELA, Miguel Ángel: «La determinación del precio en la compraventa: del Derecho español al Derecho uniforme», en *RCDI*, núm. 692, 2005, pp. 2003 ss.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, Ángeles: «Una visión breve sobre el problema de la duplicada normativa en materia de contratación privada. Planteamiento de una posible solución», en *RGLJ*, núm. 4, 2005, pp. 609 ss.
- NÚÑEZ ZORRILLA, María Carmen: «Comentarios a los artículos 1791 a 1797 del Código Civil sobre el contrato de alimentos vitalicio», en *RGLJ*, núm. 3, 2005, pp. 401 ss.
- ORTUÑO BAEZA, María Teresa: «La disciplina reguladora de la cesión de la marca en la Ley 17/2001: cuestiones relevantes», en *RDM*, núm. 258, 2005, pp. 1379 ss.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Daños puramente económicos. Informe español», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2006, pp. 268 ss.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: «Sobre las obligaciones facultativas en Derecho español», en *RDP*, noviembre-diciembre 2005, pp. 3 ss.
- POU AMPUERO, Felipe: «Autocontrato», en *RJNot.*, núm. 55, 2005, pp. 211 ss.
- PRIETO ESCUDERO, Miguel: «Distinción del privilegio del crédito con figuras afines», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2006, p. 146.
- «El concepto de privilegio del crédito», en *RDP*, enero-febrero 2006, pp. 69 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Comunicación y reconocimiento de créditos con garantía personal en el nuevo concurso de acreedores: Primeros pronunciamientos jurisprudenciales», en *RPJ*, núm. 77, 2005, pp. 9 ss.
- RAMS ALBESA, Joaquín: «La sociedad de gananciales y la responsabilidad extracontractual», en *RCDI*, núm. 693, 2005, pp. 145 ss.
- RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo del: «La garantía comercial y la responsabilidad civil del vendedor en la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo. El ejercicio de acciones derivadas de la Ley», en *CDJ*, núm. XI, 2005, pp. 223 ss.

- ROMÁN GARCÍA, Antonio: «Arrendamientos Urbanos y régimen jurídico de la vivienda», en *RCDI*, núm. 691, 2005, pp. 1735 ss.
- RUEDA VALDIVIA, Ricardo: «El Reglamento comunitario sobre título ejecutivo europeo y su aplicación a resoluciones y transacciones judiciales», en *CDC*, núm. 44, 2005, pp. 53 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier: «La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)», en *CDJ*, núm. XI, 2005, pp. 61 ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «La buena fe en las transmisiones inmobiliarias *a non domino*», en *RJNot.*, núm. 56, 2005, pp. 253 ss.
- VICENTE DOMINGO, Elena: «Accidentes de circulación causados por la caza», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2006, pp. 261 ss.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita: «El problema de la naturaleza del contrato de reserva de un cupo de plazas de alojamiento», en *DN*, núm. 187, 2006, pp. 21 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ACEDO-RICO HENNIG, Fernando: «El Registro de la Propiedad y los sistemas de actuación urbanística con especial referencia a las Comunidades Autónomas», en *RCDI*, núm. 691, 2005, pp. 1561 ss.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Los patrimonios fiduciarios y el *trust*», en *RCDI*, núm. 693, 2006, pp. 11 ss.
- BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: «Algunos temas de interés con relación a la vivienda a la luz de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *RCDI*, núm. 691, 2005, pp. 1555 ss.
- CRESPO MORA, María Carmen: «Crisis matrimoniales y usufructo viudal: pasado presente y futuro. Comentario a la SAP de Cuenca de 4 de marzo de 2004 y a la SAP-Las Palmas de 6 de marzo de 2004», en *RJUAM*, núm. 12, 2005, pp. 283 ss.
- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario», en *RCDI*, núm. 693, 2006, pp. 121 ss.
- GUTIÉRREZ JÉREZ, Luis Javier: «La obligación de saneamiento por evicción y la transmisión del dominio en la compraventa», en *CDJ*, núm. XI, 2005, pp. 11 ss.
- MARTÍN BERNAL, José Manuel: «Dos temas importantes de Propiedad Horizontal muy propios de civilistas: el de la *personalidad* de la comunidad y el de la calificación jurídica de las actas de la misma», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2006, pp. 133 ss.

- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Robo y hurto en el Código Civil: especialmente en los artículos 1956 y 1962», en *RJUAM*, núm. 12, 2005, pp. 143 ss.
- RÚA NAVARRO, Alicia María de la: «La ejecución hipotecaria en la Ley de enjuiciamiento civil», en *EDJ*, núm. 69, 2005, pp. 505 ss.
- TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús: «Análisis doctrinario del catastro en el Derecho peruano y extranjero», en *RCDI*, núm. 693, 2006, pp. 223 ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «La buena fe en las transmisiones inmobiliarias *a non domino*», en *RJNot.*, núm. 56, 2005, pp. 253 ss.
- VÁZQUEZ ASENSIO, Óscar Germán: «Aplicación de la teoría de las bases geográficas registrales al expediente de dominio», en *RCDI*, núm. 693, 2006, pp. 195 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- AGUILAR CUENCA, José Manuel: «El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental», en *RDF*, núm. 29, 2005, pp. 71 ss.
- AGUILAR RUIZ, Leonor: «El derecho del adoptado a conocer su origen biológico en Italia», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2006, pp. 645 ss.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: «Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo», en *RGLJ*, núm. 3, 2005, pp. 351 ss.
- FERRER VANRELL, María Pilar: «Las nuevas situaciones convivenciales como fuente de relaciones de carácter familiar. El concepto de familia», en *RJNot.*, núm. 55, 2005, pp. 45 ss.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «Estudio crítico de la reforma del Código Civil por la que se autoriza el matrimonio entre personas de igual sexo», en *RJNot.*, núm. 56, 2005, pp. 9 ss.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Carlos A.: «Adopción simple internacional: Una visión desde el punto de vista de la tolerancia y a favor de los intereses superiores del niño», en *RGLJ*, núm. 3, 2005, pp. 369 ss.
- MARTÍN GARCÍA, María de Lirio: «El elemento subjetivo de la adopción internacional. Aproximación a la figura del adoptante y el adoptado en la adopción realizada en la República Popular China», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2006, pp. 517 ss.
- RAMS ALBESA, Joaquín: «La sociedad de gananciales y la responsabilidad extracontractual», en *RCDI*, núm. 693, 2005, pp. 145 ss.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «Derechos hereditarios del cónyuge y de los hijos: problemas prácticos sobre legítimas y otras cuestiones», en *RDF*, núm. 29, 2005, pp. 23 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «*Buenos y malos tratos*. Los deberes de los cónyuges en la esfera personal», en *RGLJ*, núm. 4, 2005, pp. 559 ss.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Representación legal de hijos menores de edad en particiones hereditarias: problemática jurídica», en *RCDI*, núm. 692, 2005, pp. 1905 ss.

TENA PIAZUELO, Isaac: «La noción jurídica de crisis conyugal», en *RGLJ*, núm. 3, 2005, pp. 487 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

CRESPO MORA, María Carmen: «Crisis matrimoniales y usufructo viudal: pasado presente y futuro. Comentario a la SAP de Cuenca de 4 de marzo de 2004 y a la SAP-Las Palmas de 6 de marzo de 2004», en *RJUAM*, núm. 12, 2005, pp. 283 ss.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «Los actuales artículos 831 y 1056.2.º del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas», en *RJNot.*, núm. 55, 2005, pp. 121 ss.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: «Breve comentario sobre la modificación de los preceptos sucesorios operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio», en *RJNot.*, núm. 56, 2005, pp. 23 ss.

RODRÍGUEZ-YNNESTO VALCARCE, Antonio: «La reforma del artículo 831 del Código Civil por Ley 41/2003: la delegación de la facultad de mejorar», en *RJNot.*, núm. 55, 2005, pp. 169 ss.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Representación legal de hijos menores de edad en particiones hereditarias: problemática jurídica», en *RCDI*, núm. 692, 2005, pp. 1905 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino: «El abanderamiento provisional del buque», en *CDC*, núm. 44, 2005, pp. 87 ss.

GARCÍA PÉREZ, Rafael: «La nueva Ley alemana contra la competencia desleal», en *RDM*, núm. 258, 2005, pp. 1659 ss.

ILLESCAS, Rafael: «Derecho mercantil y globalización», en *AFDUAM*, núm. 9, 2005, pp. 79 ss.

MARTÍN OSANTE, José Manuel: «Régimen jurídico del abordaje en la propuesta de anteproyecto de Ley general de la navegación marítima (2004)», en *RDM*, núm. 258, 2005, pp. 1533 ss.

MASSAGUER, José: «La protección de las invenciones de productos químicos y farmacéuticos mediante patentes solicitadas y concedidas con anterioridad a la fecha de aplicación del acuerdo sobre los trips», en *RDM*, núm. 258, 2005, pp. 1341 ss.

- ORTUÑO BAEZA, María Teresa: «La disciplina reguladora de la cesión de la marca en la Ley 17/2001: cuestiones relevantes», en *RDM*, núm. 258, 2005, pp. 1379 ss.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio: «Sobre los aspectos sustantivos de la proyectada reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», en *DN*, núm. 185, 2006, pp. 21 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALCOVER GARAU, Guillermo: «La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital», en *RDCP*, núm. 4, 2006, pp. 91 ss.
- ALONSO UREBA, Alberto: «Diferenciación de funciones (supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) en la perspectiva de los artículos 133.3 (responsabilidad de administradores) y 141.1 (autoorganización del consejo) del TRLSA», en *RDS*, núm. 25, 2005, pp. 19 ss.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «Los órganos de la sociedad anónima europea: especialidad a la luz de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre», en *CDC*, núm. 44, 2005, pp. 155 ss.
- BELTRÁN, Emilio: «La modificación legal del ámbito objetivo de la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales», en *ADCon.*, núm. 7, 2006, pp. 249 ss.
- BRANDI TAIANA, Maritel B., y MUÑOZ ARANGUREN, Arturo: «Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva Ley Concursal», en *CDC*, núm. 44, 2005, pp. 113 ss.
- CARLOS BERTRÁN, Luis de, y GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, Manuel: «La intervención de los accionistas en el procedimiento de autorización de OPAs de exclusión», en *RDM*, núm. 258, 2005, pp. 1613 ss.
- CASTELLANO RAMÍREZ, María José: «Participación cualificada en el capital social y derecho de información de los accionistas», en *RCDI*, núm. 693, 2006, pp. 349 ss.
- ESPÍN SÁEZ, Maravillas: «En los límites de las relaciones asociativas y cambiarías», en *RJUAM*, núm. 12, 2005, pp. 71 ss.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio: «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», en *RDS*, núm. 25, 2005, pp. 71 ss.
- GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, Manuel, y CARLOS BERTRÁN, Luis de: «La intervención de los accionistas en el procedimiento de autorización de OPAs de exclusión», en *RDM*, núm. 258, 2005, pp. 1613 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «Ofertas públicas de adquisición de acciones: problemas de Ley aplicable», en *RDS*, núm. 25, 2005, pp. 109 ss.

- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España», en *RCDI*, núm. 692, 2005, pp. 1817 ss.
- HIERRO ANIBARRO, Santiago: «El *soft law* comunitario del Proyecto Nueva Empresa ¿un nuevo instrumento de armonización del Derecho de Sociedades?», en *RDS*, núm. 25, 2005, pp. 133 ss.
- MARTÍ MOYA, Vanesa: «La configuración de los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual en los procedimientos de fusión de sociedades», en *RDM*, núm. 258, 2005, pp. 1641 ss.
- MARTÍNEZ MULERO, Víctor: «Las causas de impugnación de los acuerdos de los órganos colegiados de administración», en *DN*, núm. 185, 2006, pp. 5 ss.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco José: «La relación cooperativizada entre la sociedad cooperativa y sus socios: naturaleza y régimen jurídico», en *RDS*, núm. 25, 2005, pp. 203 ss.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, y BRANDI TAIANA, Maritel B.: «Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva Ley Concursal», en *CDC*, núm. 44, 2005, pp. 113 ss.
- NAVARRO MATAMOROS, Linda: «El derecho de separación de los socios de sociedades de responsabilidad limitada. Comentario de la Resolución de 25 de septiembre de 2003, de la DGRN», en *CDC*, núm. 44, 2005, pp. 175 ss.
- OLAIZOLA MARTÍNEZ, Fernando: «El arbitraje societario en los tiempos de la globalización», en *RJNot.*, núm. 56, 2005, pp. 853 ss.
- ORTEGA REINOSO, Gloria: «La aportación del socio de un despacho de abogados», en *RJNot.*, núm. 56, 2005, pp. 143 ss.
- PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «Gobierno corporativo en la Unión Europea. Evolución conceptual y de método», en *RDM*, núm. 257, 2005, pp. 1037 ss.
- PÉREZ RODRÍGUEZ, Ángela María: «La exclusión de socios: ¿*Disolución parcial* de la sociedad o *salida* forzosa del socio?», en *CDC*, núm. 44, 2005, pp. 11 ss.
- «La exclusión de socios en sociedades anónimas», en *RDS*, núm. 25, 2005, pp. 235 ss.
- RECALDE CASTELLS, Andrés: «Del *Código Olivencia* a la aplicación de la Ley de Transparencia (Un balance provisional –y decepcionante– sobre la reforma del “gobierno corporativo” de las sociedades cotizadas españolas)», en *RCDI*, núm. 692, 2005, pp. 1861 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- ROS PÉREZ, Federico: «Gobierno corporativo, transparencia y Cajas de Ahorros», en *RDBB*, núm. 100, 2005, pp. 71 ss.

- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «La regulación internacional de la calificación de riesgos y de las Agencias de Calificación en los mercados de capitales», en *RDBB*, núm. 100, 2005, pp. 9 ss.
- «Código de fundamentos de conducta para las Agencias de Calificación Crediticia», en *RDBB*, núm. 100, 2005, pp. 209 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- AZOFRA VEGAS, Fernando, y REDONDO APARICIO, Agustín: «La “hipoteca condicionada” como instrumento de garantía en financiaciones complejas», en *RDBB*, núm. 100, 2005, pp. 177 ss.
- BAENA RUIZ, Eduardo: «La Ley de Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales», en *CDJ*, núm. XI, 2005, pp. 147 ss.
- FLORES DOÑA, María de la Sierra: «Dolo como causa de consentimiento viciado y de nulidad del contrato de préstamo para adquirir acciones de la entidad de crédito prestamista», en *RDBB*, núm. 100, 2005, pp. 225 ss.
- GÓMEZ PÉREZ, Ana Cristina: «El fideicomiso de garantía en la jurisdicción norteamericana: el caso *Murray v. US Bank*», en *DN*, núm. 186, 2006, pp. 21 ss.
- LACASA GARCÍA, Rafael: «El seguro de vida: de la unidad de disciplina a la proliferación de regímenes especiales», en *DN*, núm. 186, 2006, pp. 5 ss.
- ORTUÑO BAEZA, María Teresa: «La disciplina reguladora de la cesión de la marca en la Ley 17/2001: cuestiones relevantes», en *RDM*, núm. 258, 2005, pp. 1379 ss.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita: «El problema de la naturaleza del contrato de reserva de un cupo de plazas de alojamiento», en *DN*, núm. 187, 2006, pp. 21 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- ESPÍN SÁEZ, Maravillas: «En los límites de las relaciones asociativas y cambiarias», en *RJUAM*, núm. 12, 2005, pp. 71 ss.
- LÓPEZ APARACERO, Antonio: «Reflexiones sobre el estatuto jurídico del acreedor que titula créditos subordinados», en *RDCP*, núm. 4, 2006, pp. 279 ss.
- LÓPEZ ORELLANA, Manuel José: «El juicio cambiario: procedimiento, recursos y costas», en *EDJ*, núm. 69, 2005, pp. 265 ss.
- MARCO COS, José Manuel: «La oposición en el juicio cambiario: procedimiento, recursos y costas», en *EDJ*, núm. 69, 2005, pp. 309 ss.
- RÚA MORENO, Luis de la: «Títulos ejecutivos extrajudiciales. Requisitos de la obligación pecuniaria documentada. Particularidades de los títulos no judiciales en la ejecución dineraria», en *EDJ*, núm. 69, 2005, pp. 17 ss.

- RUEDA VALDIVIA, Ricardo: «El Reglamento comunitario sobre título ejecutivo europeo y su aplicación a resoluciones y transacciones judiciales», en *CDC*, núm. 44, 2005, pp. 53 ss.
- SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador: «La oposición por defectos procesales a la ejecución de títulos extrajudiciales: motivos, sustanciación y efectos», en *EDJ*, núm. 69, 2005, pp. 101 ss.
- SOLER PASCUAL, Luis Antonio: «La oposición por motivos de fondo a la ejecución de títulos extrajudiciales: motivos, sustanciación y efectos. La incidencia de la nueva Ley Concursal», en *EDJ*, núm. 69, 2005, pp. 55 ss.

DERECHO CONCURSAL

- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: «El régimen concursal de las adquisiciones con pacto de sobrevivencia: el artículo 78.3 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal», en *RDCP*, núm. 4, 2006, pp. 247 ss.
- ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo: «La extinción de las garantías de las personas especialmente relacionadas con el concursado», en *ADCon.*, núm. 7, 2006, pp. 153 ss.
- AZOFRA, Fernando: «El tratamiento de las cédulas y bonos hipotecarios en el concurso», en *RDM*, núm. 257, 2005, pp. 1169 ss.
- BALDÓ, Carmen: «El concurso de la sociedad unipersonal», en *ADCon.*, núm. 7, 2006, pp. 47 ss.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «La interrupción de la prescripción: ¿un verdadero efecto del concurso?», en *RDCP*, núm. 4, 2006, pp. 161 ss.
- BRANDI TAIANA, Maritel B., y MUÑOZ ARANGUREN, Arturo: «Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva Ley Concursal», en *CDC*, núm. 44, 2005, pp. 113 ss.
- CAMPUZANO, Ana Belén: «La Ley Concursal y la Ley de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras», en *ADCon.*, núm. 7, 2006, pp. 255 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Cartas de patrocinio y garantías independientes en el concurso», en *RDCP*, núm. 4, 2006, pp. 91 ss.
- CASANELLAS BASSOLS, Raimon: «La actuación de la administración concursal ante el personal de alta dirección», en *RDCP*, núm. 4, 2006, pp. 1269 ss.
- EMBED IRUJO, José Miguel: «Sobre el concepto y significado del grupo de sociedades en la Ley Concursal», en *RDCP*, núm. 4, 2006, pp. 65 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «El Registro de Resoluciones Concursales», en *ADCon.*, núm. 7, 2006, pp. 263 ss.
- FERRÉ, Juan: «La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de Derecho alemán)», en *ADCon.*, núm. 7, 2006, pp. 205 ss.

- GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco-Javier: «El concurso y las obligaciones de no hacer de la parte *in bonis*: el caso de los pactos laborales de no competencia post-contractual», en *ADCon.*, núm. 7, 2006, pp. 9 ss.
- GÓMEZ AMIGO, Luis: «La limitación de los derechos fundamentales del concursado», en *ADCon.*, núm. 7, 2006, pp. 177 ss.
- GÓMEZ MENDOZA, María: «Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», en *RDCP*, núm. 4, 2006, pp. 117 ss.
- IRIBARREN, Miguel: «La extensión de la cobertura del seguro D&O a la responsabilidad concursal de los administradores por el déficit patrimonial de la sociedad», en *ADCon.*, núm. 7, 2006, pp. 83 ss.
- JACQUET YESTE, Teodora: «Contribución a la caracterización de la propuesta anticipada de convenio», en *RDCP*, núm. 4, 2006, pp. 227 ss.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La prelación de créditos tributarios en el concurso (un intento de coordinación entre la normativa tributaria y la Ley Concursal)», en *ADCon.*, núm. 7, 2006, pp. 115 ss.
- MARTÍNEZ NADAL, Apolonia: «El artículo 79 de la Ley 22/2003 y la problemática jurídica de las cuentas bancarias indistintas en caso de concurso», en *RDCP*, núm. 4, 2006, pp. 211 ss.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, y BRANDI TAIANA, Maritel B.: «Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva Ley Concursal», en *CDC*, núm. 44, 2005, pp. 113 ss.
- PACCHI, Stefania: «La reforma del Derecho concursal italiano», en *DN*, núm. 187, 2006, pp. 7 ss.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «El concurso de las sociedades personalistas», en *RDM*, núm. 257, 2005, pp. 973 ss.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia: «Contrato de *factoring* y suspensión de pagos del deudor (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2005)», en *ADCon.*, núm. 7, 2006, pp. 485 ss.
- ROJO, Ángel: «La calificación de los créditos concursales con garantía personal», en *ADCon.*, núm. 7, 2006, pp. 517 ss.
- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Prevención de la insolvencia y propuestas de reforma», en *RDCP*, núm. 4, 2006, pp. 187 ss.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «El arrendamiento financiero como crédito en el concurso», en *RDCP*, núm. 4, 2006, pp. 37 ss.
- SOLER PASCUAL, Luis Antonio: «La oposición por motivos de fondo a la ejecución de títulos extrajudiciales: motivos, sustanciación y efectos. La incidencia de la nueva Ley Concursal», en *EDJ*, núm. 69, 2005, pp. 55 ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «La responsabilidad de los administradores en el concurso», en *RDCP*, núm. 4, 2006, pp. 15 ss.
- YANES YANES, Pedro: «Sobre la pretendida degradación de ciertos créditos en el concurso múltiple de sociedades del mismo grupo (Subordinación, contingencia y concursalidad en la Sentencia de 13 de septiembre de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid)», en *RDCP*, núm. 4, 2006, pp. 307 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- ACALE SÁNCHEZ, María: «Cuestiones claves de los delitos urbanísticos desde una perspectiva comparada», en *RDU*, núm. 223, 2006, pp. 85 ss.
- ACEDO-RICO HENNIG, Fernando: «El Registro de la Propiedad y los sistemas de actuación urbanística con especial referencia a las Comunidades Autónomas», en *RCDI*, núm. 691, 2005, pp. 1561 ss.
- BARDAJÍ ÁLVAREZ, Enrique: «La transformación urbanística del suelo. Factores que inciden en el incremento de su valor», en *RCDI*, núm. 691, 2005, pp. 1599 ss.
- GALERA RODRIGO, Susana: «Urbanismo sostenible: la política europea de medio ambiente urbano», en *RDU*, núm. 224, 2006, pp. 155 ss.
- GARCÍA ERVITI, Federico: «El método residual dinámico en las valoraciones urbanísticas», en *RDU*, núm. 224, 2006, pp. 47 ss.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor: «El delito urbanístico (art. 319 CP): ¿Delito común o especial?», en *RDU*, núm. 223, 2006, pp. 11 ss.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: «Estado actual de la discusión en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio (I): la construcción y edificación ilegal», en *RDU*, núm. 223, 2006, pp. 35 ss.
- «Estado actual de la discusión en torno a la regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio (II): los llamados delitos de prevaricación urbanística», en *RDU*, núm. 224, 2006, pp. 69 ss.
- HUMERO MARTÍN, Antonio E.: «Seguridad y salud en la edificación», en *RUE*, núm. 12, 2005, pp. 15 ss.
- LLISET BORRELL, Francesc: «Los límites del derecho al planeamiento parcial en el suelo urbanizable delimitado. La cuestión de las obras de conexión, concreción, refuerzo o ampliación de los sistemas generales y la nueva vía de impugnación de la inactividad de la Administración», en *RDU*, núm. 222, 2005, pp. 11 ss.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Cristina Victoria: «Cauces para la conservación del patrimonio histórico inmueble andaluz», en *RUE*, núm. 12, 2005, pp. 45 ss.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «El medio ambiente en la Constitución española», en *RDU*, núm. 222, 2005, pp. 183 ss.
- MAGÁN PERALES, José María Aristóteles: «La evolución del derecho urbanístico en Castilla-La Mancha», en *RDU*, núm. 222, 2005, pp. 145 ss.
- MARTÍ FERRER, Manuel: «La formación del precio del suelo», en *RCDI*, núm. 691, 2005, pp. 1679 ss.
- MARTÍN REBOLLO, Luis: «Del suelo no urbanizable al suelo rústico: evolución de la normativa urbanística estatal con referencia a la legislación del suelo de Cantabria», en *RDU*, núm. 222, 2005, pp. 97 ss.

- MORALO IZA, Víctor M.: «En torno a la inminente incorporación al ordenamiento jurídico español del régimen de responsabilidad ambiental comunitario», en *RDU*, núm. 223, 2006, pp. 167 ss.
- PADILLA ALBA, Herminio R.: «El tipo básico de los delitos contra el medio ambiente», en *RDU*, núm. 223, 2006, pp. 139 ss.
- PÉREZ MORENO, Alfonso: «El Derecho ambiental y la ordenación del territorio. Desarrollo sostenible y medio ambiente», en *EDJ*, núm. 56, 2004, pp. 73 ss.
- SÁMANO BUENO, Pablo: «La construcción de aparcamientos privados en el subsuelo de los espacios libres y viales locales: viabilidad jurídica», en *RDU*, núm. 222, 2005, pp. 63 ss.
- «Algunas precisiones en torno al estándar de densidad máxima. En particular, su relación con los sistemas generales», en *RDU*, núm. 224, 2006, pp. 11 ss.
- SANZ RUBIALES, Íñigo: «La naturaleza jurídica de la inspección técnica de construcciones desde el deber de conservación», en *RUE*, núm. 12, 2005, pp. 65 ss.
- TARDÍO PATO, José Antonio: «Caducidad y prescripción en el ejercicio de la potestad para la restauración de la legalidad urbanística», en *RUE*, núm. 12, 2005, pp. 79 ss.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia: «Introducción a la gestión de las dotaciones públicas. Dotaciones públicas, redes públicas, sistemas generales y dotaciones locales: actualidad de la distinción», en *RDU*, núm. 222, 2005, pp. 31 ss.
- YÁÑEZ DÍAZ, Carlos: «El derecho a la información medioambiental: el Convenio de Aarhus y el Derecho español», en *RDU*, núm. 224, 2006, pp. 125 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- BOURGES, Leticia A.: «Queso *Feta*: una denominación de origen protegida griega», en *GJ*, núm. 240, 2005, pp. 35 ss.
- CARRETERO GARCÍA, Ana: «La protección de la salud de los consumidores: el principio de precaución en la Jurisprudencia del TJCE», en *REDE*, núm. 16, 2005, pp. 547 ss.
- FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel de, y MUÑOZ RODRÍGUEZ, Carmen: «Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2003 y 2004. Comentarios y valoraciones de la práctica judicial», en *RDCE*, núm. 22, 2005, pp. 705 ss.
- GREGORIO MERINO, Alberto de: «El efecto directo de los Acuerdos OMC a la vista de su instrumento de solución de diferencias: evolución jurisprudencial y crítica», en *GJ*, núm. 240, 2005, pp. 3 ss.

- KOMAREK, Jan: «Pluralismo constitucional europeo tras la ampliación», en *REDE*, núm. 16, 2005, pp. 627 ss.
- MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «Solicitud de limitación de responsabilidad y reclamación de responsabilidad civil por daños en el mar: incidencias de Derecho comunitario procesal», en *RDCE*, núm. 22, 2005, pp. 941 ss.
- MARTÍN DELGADO, Isaac: «La ejecución de las sentencias declarativas del incumplimiento del Derecho Comunitario», en *REDE*, núm. 16, 2005, pp. 595 ss.
- MUÑOZ RODRÍGUEZ, Carmen, y FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel de: «Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2003 y 2004. Comentarios y valoraciones de la práctica judicial», en *RDCE*, núm. 22, 2005, pp. 705 ss.
- PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «Gobierno corporativo en la Unión Europea. Evolución conceptual y de método», en *RDM*, núm. 257, 2005, pp. 1037 ss.
- PRIETO MOLINERO, Ramiro: «El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/347/CEE: Política legislativa *versus* política a secas», en *RGLJ*, núm. 3, 2005, pp. 459 ss.
- RUEDA VALDIVIA, Ricardo: «El Reglamento comunitario sobre título ejecutivo europeo y su aplicación a resoluciones y transacciones judiciales», en *CDC*, núm. 44, 2005, pp. 53 ss.

DERECHO PROCESAL

- CALLEJO CARRIÓN, Soraya: «Las diligencias preliminares en la LEC 1/2000 y consecuencias derivadas de la negativa a realizarlas», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2006, pp. 5 ss.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: «Comentarios prácticos a los artículos 812 a 818 del capítulo I del título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil: del proceso monitorio», en *EDJ*, núm. 69, 2005, pp. 385 ss.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, Juan José: «Los juicios rápidos civiles», en *RPJ*, núm. 76, 2004, pp. 137 ss.
- HERRERA CUEVAS, Edorta J.: «La acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores», en *RPJ*, núm. 76, 2004, pp. 79 ss.
- LÓPEZ ORELLANA, Manuel José: «El juicio cambiario: procedimiento, recursos y costas», en *EDJ*, núm. 69, 2005, pp. 265 ss.
- MARCO COS, José Manuel: «La oposición en el juicio cambiario: procedimiento, recursos y costas», en *EDJ*, núm. 69, 2005, pp. 309 ss.
- PARDO GATO, José Ricardo: «La casación en las Comunidades Autónomas: la Ley 5/2005, de 25 de abril, del recurso de casación en materia de Derecho civil de Galicia», en *Actualidad Civil*, núm. 8, 2006, pp. 924 ss.
- RÚA NAVARRO, Alicia María de la: «La ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 69, 2005, pp. 505 ss.

- RUEDA VALDIVIA, Ricardo: «El Reglamento comunitario sobre título ejecutivo europeo y su aplicación a resoluciones y transacciones judiciales», en *CDC*, núm. 44, 2005, pp. 53 ss.
- SOLAZ SOLAZ, Esteban: «La ejecución del auto de cuantía máxima en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 69, 2005, pp. 439 ss.
- SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador: «La oposición por defectos procesales a la ejecución de títulos extrajudiciales: motivos, sustanciación y efectos», en *EDJ*, núm. 69, 2005, pp. 55 ss.

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: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Sara MARTÍN SALAMANCA, Carlos ORTEGA MEILÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, África VICIANA GARCÍA, 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. Retroactividad de grado mínimo de la Ley de 13 de mayo de 1981 de modificación del Código civil: normativa aplicable a sucesiones abiertas después de su entrada en vigor, siendo así que la sucesión se rige por la Ley vigente en el momento de la muerte del causante.–La Ley de 13 de mayo de 1981 de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial se aplica a las sucesiones abiertas después de su entrada en vigor, pero no a las que se abrieron con anterioridad a esta Ley y a la Constitución española [FJ 2.º STS de 13 de febrero de 1990 (RJ 1990/684); FJ 13.º, STS de 17 de marzo de 1995 (RJ 1995/1961); (FJ 1.º, STS de 17 de marzo de 2005)].

Apertura de la sucesión con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. Imposibilidad de conceder derechos sucesorios a los hijos cuya filiación ha sido reconocida con posterioridad a la apertura de la sucesión.–Habiendo fallecido el causante con anterioridad a la entrada en

vigor de la Constitución española, y produciéndose la apertura de la sucesión y transmisión de sus derechos en el momento de su muerte, dicha situación creada no puede ser modificada por la entrada en vigor de la Constitución dando lugar a que la desaparición de la discriminación de los hijos por razón del nacimiento otorgue la condición a los mismos de herederos forzosos cuando se abrió la sucesión (FJ 1.º, STS de 17 de marzo de 2005). Por tanto, no resulta posible la aplicación con efecto retroactivo del derecho obtenido de una filiación extramatrimonial, sobre todo, si se trata de sucesiones ya abiertas. (STS de 17 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda por la representación de la parte actora en la que se solicita se reconozca que el actor es hijo no matrimonial del fallecido don Luis, debiendo constar en el Registro Civil su filiación paterna y el cambio de apellidos. A su vez, solicita se le declare heredero de los bienes quedados a su fallecimiento. El Juzgado de Primera Instancia declara que el demandante es hijo no matrimonial del fallecido, considerando que debe rectificarse la inscripción de nacimiento, a la vez que otorgársele la condición de heredero. La Audiencia Provincial consideró, sin embargo, que no debían serle reconocidos derechos hereditarios a la parte actora. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la parte actora, actual recurrente, en el que reclama los derechos sucesorios en relación a su padre.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de las filiaciones extramatrimoniales reconocidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución española, y su relación con los derechos sucesorios que podrían corresponder a esos hijos en los casos en que la herencia haya sido abierta con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución.

Es jurisprudencia reiterada aquella que reconoce que los derechos sucesorios se transmiten desde el mismo momento de la muerte del causante sucediendo los herederos al difunto desde dicho momento en todos sus derechos y obligaciones. En aquellos supuestos en los que la apertura de la sucesión tiene lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, habiéndose consolidado ya dicha situación jurídica, a pesar de que la Constitución haya eliminado la discriminación de los hijos por razón de nacimiento, ello no supone que los hijos considerados antes como ilegítimos del causante, puedan ser herederos forzosos cuando se abrió la sucesión [STC de 14 de octubre de 1987 (RTC 1987/155); FJ 2.º, STS de 10 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8367); FJ 3.º, STS de 28 de julio de 1995 (RJ 1995/6633)].

No sucede lo mismo con la reclamación de la filiación, pudiéndose ejercitar la acción durante toda su vida [FJ 7.º, STS de 17 de marzo de 1995 (RJ 1995/1961)]. (L. Z. G.)

2. Régimen económico matrimonial aplicable. Derecho foral balear.—Habiendo contraído la pareja matrimonio en Ibiza antes de la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1973-1974 sin otorgar capitulaciones matrimoniales, teniendo el marido su vecindad civil en dicha isla mientras que la esposa ostentaba la común, y habiendo convivido durante

más de un año tras contraer matrimonio en Baleares, el régimen matrimonial aplicable no puede resultar otro que el de separación de bienes establecido en la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares de 19 de abril de 1961 (FJ 5.º STS 11 de febrero de 2005).

El hecho de que en una declaración para el impuesto sobre la renta se hiciera constar que los cónyuges estaban sometidos al régimen de gananciales, resulta irrelevante a efectos de constatar el régimen económico matrimonial aplicable. A su vez, resulta evidente que la firma de dicha declaración no puede considerarse asimilable al otorgamiento de unas capitulaciones matrimoniales. (FJ 5.º, STS 11 de febrero de 2005). **(STS de 11 de febrero de 2005; ha lugar.)**

HECHOS.—La parte actora formuló demanda contra su esposo solicitando se decretase la separación de los cónyuges y se estableciesen como definitivas las medidas provisionales acordadas por auto. La parte demandada interesó que se acogiesen las peticiones de su esposa salvo la compensación económica solicitada. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la separación de los cónyuges y, atribuyendo a la esposa e hijos el domicilio conyugal y el ajuar doméstico, así como una compensación económica para la esposa, además de una ayuda mensual para la hija del matrimonio. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia absuelve al esposo de los pedimentos de la actora, al considerar que la demandante no había acreditado la existencia de separación de bienes, basando además su fallo en la existencia de una declaración de renta en la que se hacía constar que el régimen matrimonial de los cónyuges era el de gananciales. La Audiencia considera que, aunque el matrimonio estuviera sometido al régimen de separación de bienes, tampoco tendría derecho la esposa a la indemnización solicitada al no existir desigualdad patrimonial en el momento de la separación. La esposa recurre en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Es jurisprudencia reiterada que antes de la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1973-1974, éste imponía la sujeción de los cónyuges al régimen económico matrimonial correspondiente a la vecindad civil del varón, siempre que no se realizasen capitulaciones matrimoniales, y no existiera una ley nacional común durante el matrimonio. Ello puede verse en SSTS de 6 octubre de 1986 (RJ 1986/5327) y 15 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8117), en las que el Supremo declara que «[...] la cuestión litigiosa se concreta en la determinación de cuál fuera la vecindad civil del causante al tiempo de contraer matrimonio a los efectos de determinar si dicho matrimonio se encontraba sometido al régimen de gananciales o al específico catalán de separación de bienes [...]». Dicho matrimonio se había celebrado el 12 de mayo de 1956, por tanto, antes de la reforma del Título Preliminar. Ello supone que, contraído el matrimonio por los cónyuges en fecha anterior a la entrada en vigor de la reforma, el criterio a mantener para la identificación del régimen económico matrimonial aplicable es la vecindad civil del varón. Tras la reforma, los artículos 8 a 12 se ocuparon de resolver los conflictos de leyes que se planteaban por la existencia de diferentes legislaciones civiles para esta

materia. La reforma de 1973-74 estableció que las relaciones patrimoniales entre cónyuges, a falta de capitulaciones matrimoniales, se regirían por la misma ley que las relaciones personales: última ley nacional común, y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio. Este último criterio, «ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio» fue declarado inconstitucional por la STC de 14 de febrero de 2002 (RJ 2002/39). En ella el Tribunal Constitucional afirma que «el artículo 9.2, al establecer la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión, aun cuando sea residual, para la determinación de la ley aplicable, introduce una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación jurídica, lo que supone oponerse, no sólo al artículo 14 CE, sino también al artículo 32 que proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, pues no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia de la normativa relacionada con el varón [...]».

Con la promulgación de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código civil y, la Ley 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se dio una nueva redacción al artículo 9.2, redacción que continúa en la actualidad, y, en la cual se establece, que los efectos del matrimonio se van a regir, primeramente, por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en caso de no existir ley común, por la ley personal o residencia habitual de cualquiera de ellos que haya sido elegida de mutuo acuerdo en documento auténtico antes de la celebración del matrimonio; y, en su defecto, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, sólo a falta de ésta, por la del lugar de celebración del matrimonio. (*L. Z. G.*)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Colisión entre los derechos de libertad expresión y de información y el derecho al honor. Criterios establecidos para su resolución.—Es doctrina jurisprudencial consolidada que para determinar la prevalencia de uno de los derechos en los supuestos de colisión entre la libertad de información y expresión, por un lado, y el derecho al honor, de otro, hay que atender la siguientes directrices: 1.º) que la delimitación de la colisión ha de hacerse caso por caso sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; y 2.º) que la ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente (no jerárquica o absoluta) que posee el derecho a la libertad de expresión y de información sobre los derechos del artículo 18 CE.

En esta tarea de ponderación ha de tenerse en cuenta que el derecho de libertad de información y expresión prevalece sobre el derecho al honor siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de

relevancia pública que sean de interés general por las materias que se refieren y por las personas que en ellas intervienen.

El requisito de que la información transmitida sea veraz [art. 20.1.d) CE]. La veracidad como deber de diligencia del informante en la búsqueda de la verdad.—Tiene establecido el Tribunal Constitucional que la veracidad de la información hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC de 8 de abril de 2002, 3 de diciembre de 1992 y 15 de febrero de 1994). En el mismo sentido las SSTC de 25 de octubre de 1999 y 5 de mayo de 2000, señalan que las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligentemente comprobadas y sustentadas en hechos objetivos (De igual manera, SSTEDH de 26 de abril de 1979, caso *Sunday Times*, y de 3 de octubre de 2000, caso *Duroy y Malaure*).

Dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia: el derecho a recibir la consideración o trato de no autor en hechos delictivos. Protección: no constituye un derecho autónomo distinto de los recogidos en los artículos 10 y 18 CE.—Como señala la STC de 20 de noviembre de 1995 la presunción de inocencia tiene una dimensión extraprocésal que constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina, por tanto, que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo. Esta dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia no constituye por sí misma un derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los artículos 10 y 18 CE, de tal manera que ha de ser la vulneración de estos preceptos y, señaladamente del artículo 18 CE, los que sirvan de base a su protección.

No resulta infringido el derecho a la presunción de inocencia cuando en la información publicada se utiliza el término de presunto autor de los hechos delictivos.—No cabe hablar de que se ha vulnerado la presunción de inocencia, ya que, en ningún momento se le ha calificado o se le ha atribuido la autoría de los hechos, sino que en todo momento se le ha designado como «presunto autor». (STS de 30 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—*El Periódico de Aragón* publica entre los días 13 de febrero y 17 de marzo de 1998 una serie de noticias acerca de la muerte violenta de un auditor de una sociedad mercantil. En dichas informaciones se señala como presunto autor del delito a un ex guardia civil, que identifica con las iniciales L. M. B. A., dedicándole una serie de reportajes en donde se da cuenta: de su huida a Sudamérica, su localización en Ecuador, otros datos biográficos como su salida de la Guardia Civil, su regreso a España, la adopción de medidas cautelares de presentación al Juzgado dos veces por semana y finalmente la anulación de la medidas cautelares con devolución del pasaporte al sospechoso. Don L. M. B. A. presentó demanda contra los periodistas autores de los artículos publicados, el director del periódico y la empresa editora *Prensa Diaria Aragonesa*, solicitando que se reconociera la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho al honor, con la consiguiente condena económica a cargo de los demandados según dispone la Ley 1/1982. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza y el Tribunal Supremo confirman la sentencia de instancia. (C. O. M.)

4. Críticas en asuntos de interés público: posición prevalente del derecho a la libertad de expresión y de información.—Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que la Constitución ampara las críticas legítimas en asuntos de interés público aunque con ellas se pueda molestar, inquietar o disgustar a las personas a las que se dirigen (STC de 15 de septiembre de 2003). Los límites permisibles de la crítica en el ejercicio de la libertad de expresión son más amplios cuando ésta se refiere a personas que por dedicarse a actividades pública están expuestas a un riguroso control de sus actitudes y manifestaciones, control propio de un Estado de Derecho (STC de 13 de enero de 1997). Por otro lado el Tribunal Constitucional ha declarado también, en reiteradas ocasiones, que el derecho de libertad de información y expresión prevalece sobre el derecho al honor siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés general.

El archivo de la denuncia no determina la existencia de la intromisión ilegítima del derecho al honor.—El hecho de que una denuncia sea archivada no determina la existencia de la intromisión ilegítima ni implica falta de veracidad, ya que puede obedecer a que los Tribunales estimen que no se dan todos lo requisitos típicos del delito denunciado (STC de 12 de febrero de 1996).

No es imputable al cliente el contenido del escrito que el abogado elabora en el ejercicio de su tarea profesional.—Según señala la STC de 18 de abril de 2004, las instrucciones que un cliente da a su abogado no determinan que sea imputable a aquél el contenido del escrito que el abogado elabora en el ejercicio de su tarea profesional. (STS de 30 de junio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La directora de un centro docente dirige, mediante fijación en el tablón de anuncios, una carta abierta a los miembros del claustro de profesores en donde les comunica la existencia de una serie de irregularidades en relación con las cotizaciones a la Seguridad Social. En concreto denuncia la existencia de cotizaciones ficticias, en cuanto que no se ingresa en la Seguridad Social todo el dinero que se retiene según nómina, con la consiguiente apropiación del dinero sobrante por parte de la empresa. Posteriormente, y ante la apertura de un expediente disciplinario, redacta otro escrito en el que, aunque mantiene la veracidad de sus afirmaciones, se disculpa del anterior por utilizar expresiones poco afortunadas, concluyendo que no tuvo la intención de poner en duda la honradez y honor de los responsables del centro de enseñanza. Por último, y tras la sanción impuesta, presenta denuncia penal por presuntos delitos de estafa, apropiación indebida o malversación contra los responsables del centro, la cual es archivada por no ser los hechos constitutivos de delitos. La actuación penal tuvo gran trascendencia informativa en los medios regionales. Los responsables del centro presentan demanda de protección civil del derecho al honor reclamando una indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Asturias la revoca y condena a la demandada al pago de un millón de pesetas. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estima, dejando sin efecto la

sentencia dictada en apelación confirmando, en su lugar, la dictada en primera instancia. (C. O. M.)

5. Requisitos para el ejercicio de la libertad de información.—Para que el ejercicio del derecho a la libre información goce de protección constitucional es preciso que se trate de difundir información sobre un hecho noticioso o noticiable, por su interés público, y que la información sobre tales hechos sea veraz (SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992, 22/1995 y 28/1996). En ausencia de alguno de estos requisitos la libertad de información no está constitucionalmente respaldada y, por tanto, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el artículo 20.4 CE, en especial, los derechos fundamentales al honor y a la intimidad.

Constituyen acontecimientos noticiables los sucesos de relevancia penal con independencia del carácter de sujeto privado del afectado (STC 154/99).

Alcance de la libertad de información.—La protección constitucional de la libertad de información «alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción» (SSTC 165/1987 y 105/1990).

El «reportaje neutral» no elimina todo trabajo del periodista como profesional, reduciéndolo al de comunicador de declaraciones de otros, puesto que puede presentar las mismas dentro de un contexto personal (STS de 13 de junio de 2003). (STS de 15 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El periódico *El Correo de Andalucía* publicó en relación con el conocido proceso denominado «Caso Army» una noticia en que se afirmaba que entre la serie de documentos que el Fiscal Jefe aportó a la Sala de la Audiencia Provincial figuraba la denuncia de un menor que aseguraba haber sido coaccionado, entre otros, por el abogado don J. M., para que cambiara su declaración. Dada la proyección dada al contenido de la información que estimaba deshonrosa, Don J. M. demandó por los trámites del juicio incidental a doña C., don F., don M. y la entidad *Fomento de Inicativas A., S. A.*, solicitando la cantidad de 85.650.000 pesetas como indemnización por los daños personales, profesionales y morales sufridos en su honor.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda con base a que, al ser veraz la noticia publicada, su difusión revestía interés público, y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—El supuesto objeto de análisis por la sentencia anotada versa acerca de si la publicación de la noticia de que un abogado del «Caso Army» fue formalmente denunciado por presuntas presiones a un testigo constituía o no intromisión ilegítima en el derecho al honor del abogado.

Para el Tribunal Supremo, el hecho de que la documentación aportada por el Fiscal, no hiciese referencia alguna al apellido del abogado denunciado, sino sólo a su nombre no impide que el periodista al publicar la noticia pueda a partir de lo manifestado por el Fiscal, complementar la filiación completa del afectado si tuviera

datos para ello. De este modo, entiende que el periodista al publicar una información no tiene que circunscribirse a modo de fedatario público a lo que el Fiscal aportó como documental en el acto de la vista penal y con los términos exactos de su aportación.

Resolviendo supuestos semejantes consideran que no existe intromisión ilegítima alguna en el derecho al honor de los demandantes y que prevalece la libertad de información las siguientes sentencias: en la STS de 2 de julio de 2004 la periodista se limitó a contar, el transcurso de un debate público y parlamentario, en una región concreta, en cuyo foro se había enconado la discusión, y en la que se habían visto afectados determinados industriales. La STS de 18 de mayo de 1994 al referirse al actor, identificándolo por su apellido, se limitó a considerarlo no acreedor del apoyo político recibido, lo que no supone conducta ofensiva alguna. (*M. C. L. J.*)

6. Libertad de información. Diligencia adecuada en el deber de contrastar la noticia.—El alcance de la diligencia exigible a un profesional de la información no puede precisarse con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, 28/1996, de 26 de febrero, entre otras muchas). El nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad, «cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere» (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, 178/1993, de 31 de mayo, 28/1996, de 26 de febrero, y 192/1999, de 25 de octubre).

Constituye un comportamiento negligente e irresponsable no dar adecuado cumplimiento al deber de efectuar con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación acerca de la verosimilitud de los hechos sobre los que versa la información con la mínima diligencia que es exigible (SSTC 21/2000 y 160/2003). Puede no ser necesaria una mayor comprobación en el caso de que la fuente que proporcione la noticia reúna características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, pero se requiere en todo caso «la comprobación de la exactitud o identidad de la fuente» (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, 154/1999, de 14 septiembre, y 158/2003, de 15 septiembre). (**STS de 22 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El periódico *Diario 16* publicó distintos reportajes en los que se aludía a la existencia en poder del mismo de un informe del FBI (que resultó ser falso) en el que figuraba don A. como objeto de investigación relacionándolo con el narcotráfico, el crimen organizado y la realización de negocios fraudulentos. Don A. interpuso demanda de protección del honor contra don F., don P., y otro respecto del que posteriormente se desistió, así como contra la entidad *Información y Prensa, S. A.* La demanda fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia que condenó a los demandados a indemnizar, conjunta y solidariamente, al demandante en la cantidad de 3.000.000 de pesetas, así como a publicar el encabezamiento y fallo de la sentencia dictada en primera instancia. Apelada la mencionada resolución, la Audiencia Provincial desestimó el recur-

so interpuesto. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En este caso el conflicto se plantea entre el derecho al honor y la libertad de información. Para el Alto Tribunal las alegaciones de los recurrentes que pretendían fundamentar la credibilidad de la noticia en tener como fuente un organismo oficial de reconocimiento internacional como es el FBI carecían de consistencia. La falta de actividad de comprobación por parte del periódico, a pesar de la sospecha sobre la autenticidad de tal documento, y la inercia adoptada ante el desmentido del afectado, no tuvo explicación dada la extraordinaria gravedad de los hechos imputados.

En cuanto a la veracidad de las informaciones publicadas, que sería junto con el interés público, el requisito que pudiera determinar que prevaleciera la libertad informativa sobre el derecho al honor, el Tribunal Constitucional ha reiterado que este requisito constitucional «no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado» (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 40/1992, de 30 de marzo, 240/1992, de 21 de diciembre, 15/1993, de 18 de enero, 178/1993, de 31 de mayo, 320/1994, de 28 de noviembre, 76/1995, de 22 de mayo, 6/1996, de 16 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 3/1997, de 13 de enero, 144/1998, de 30 de junio, 134/1999, de 15 de julio, 192/1999, de 25 de octubre, y 54/2004, de 15 de abril).

Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 52/1996, de 26 de marzo, 3/1997, de 13 de enero, y 144/1998, de 30 de junio). De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información (SSTC 21/2000, de 31 de enero, y 158/2003, de 15 de septiembre).

El Tribunal Constitucional ha establecido como criterios para valorar si ha existido o no diligencia del periodista los siguientes: el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, y 28/1996, de 26 de febrero); habrá de valorarse cual sea el objeto de la información, pues no es lo mismo «la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia» o «la transmisión neutra de manifestaciones de otro» (STC 28/1996, de 26

de febrero); el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia (que sea de confianza, STC 171/2004 de 18 de octubre) o las posibilidades efectivas de contrastarla (SSTC 21/2000, de 31 de enero, y 158/2003, de 15 de septiembre). (*M. C. L. J.*)

7. Libertad de información y de expresión.—Desde la STC 104/1986 el Tribunal Constitucional ha venido diferenciando en los derechos reconocidos en el artículo 20.1 CE según se trate de libertad de expresión, en el sentido de la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones, y libertad de información, en cuanto a la narración de hechos.

Límite a la libertad de expresión.—La libertad de expresión, al tratarse de formulación de «pensamientos, ideas y opiniones» [art. 20.1.a) CE], sin pretender sentar hechos o afirmar datos objetivos, tan sólo está delimitada 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 (STEDH de 23 de abril de 1992 y STS de 12 de julio de 2004).

Colisión del derecho a la información y el derecho al honor.—«Cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión de un lado y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices:

- a) que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos;
- b) que la tarea de ponderación o proporcionalidad ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información...» (FD. 5.º). (STS de 12 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El periódico *La Tribuna de Toledo* publicó un artículo realizado y firmado por don A. que lleva por título «Francisco, o el aprendiz de matón que sigue ensuciando la imagen y el nombre del CD Toledo». Dicho artículo aparecía en la primera página del periódico en la sección denominada «Deporte Provincial», en un formato y ubicación que por comparación con la noticia que aparecía en el resto de la página (suscrita también por don A.), permitía pensar que su contenido no estaba destinado a dar información sobre algún evento deportivo de interés, sino más bien a expresar una opinión personal de su autor en relación a la persona cuyo nombre aparecía en el título del artículo.

El artículo tuvo su origen en un incidente entre don F. y doña N., reportera gráfica del periódico; incidente que fue relatado en el artículo de la siguiente manera: «el flamante portero (don F.)..., insultó ayer gravemente en pleno entrenamiento del equipo a la fotógrafa de este periódico, doña N., que se limitaba a hacer su trabajo, con permiso expreso del secretario técnico del Club, S., y fuera de los límites del terreno de juego». Añadiéndose más adelante, también en relación al citado incidente, que «lo que nos faltaba por ver es al “señor” F. sacando a escena todo un repertorio de fra-

ses groseras e insultos dedicados a una profesional que tenía la osadía de hacer una fotos (*sic*) a su espalda».

Ante estos hechos, don F. interpuso demanda contra don A., don E. y *Publicaciones Toledo, S. L.*, solicitando que se estimase la demanda y se declarase la intromisión al honor por el reportaje publicado por los demandados. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda; resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por *Publicaciones Toledo, S. L.*

NOTA.—Para el Tribunal Supremo las expresiones que contiene el artículo periodístico fueron inequívocamente insultantes y vejatorias, no pudiendo quedar amparadas, ni por el carácter público del personaje, ni por los derechos a la libertad de expresión e información.

La presente sentencia reitera la doctrina que siguen en supuestos de colisión entre el derecho de información y el honor, entre otras, las SSTs de 11 de febrero, 30 de junio, 2 de julio y 7 de julio de 2004. (*M. C. L. J.*)

8. Conflicto entre la libertad de información y derecho al honor.—

Para que prevalezca el derecho fundamental a expresar opiniones y a informar es preciso que concurren las siguientes circunstancias: existencia de interés general y relevancia pública de la información divulgada; la información ha de ser veraz, y así será la información comprobada y contrastada según los cánones de la profesionalidad informativa que no incluya expresiones injuriosas o difamantes y la información tiene que adecuarse al llamado «reportaje neutral». El derecho a informar se ve disminuido esencialmente si no se refiere a personalidades públicas (STC 138/1996).

En el supuesto de colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión de un lado y el derecho fundamental al honor, de otro, se han de tener en cuenta que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos y que la tarea de ponderación o proporcionalidad ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información. (**STS de 19 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El periodista don E. publicó en el periódico *Diario 16* de Málaga una información que aparecía con el siguiente titular «una francesa se querrela contra José, por cuatro presuntas violaciones en 1980 y 1982», «asegura que la coacción para acosarse con ella y después salió en libertad su marido». En el resto de la información se especificaba el contenido de la querrela interpuesta ante el Juzgado de Instrucción, constituyendo el núcleo del artículo las declaraciones efectuadas por la querellante, divulgadas en una rueda de prensa convocada al efecto, donde concurrieron otros medios de comunicación, información que no fue apostillada en comentarios de opinión.

Don J. interpuso demanda contra doña M., don E., don A., la mercantil *Información y Prensa, S. A.*, y *Publicaciones y Prensa de*

Málaga, S. A., por intromisión al honor en que se incurrió por la publicación del reportaje periodístico por parte de los demandados, con la correspondiente indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó sólo a doña M. (querellante), por su intromisión al pago de 2.000.000 de pesetas, absolviendo a los demás demandados. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por don J., al ordenar, además, la publicación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en el *Diario 16* de Málaga. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La presente sentencia reitera la doctrina expuesta en la STS de 12 de julio de 2004 que también ha sido objeto de anotación.

En este caso, hay que partir del hecho de que la información publicada proviene de la conducta de doña M., que en rueda de prensa relató hechos que el periodista recogió en su artículo, sin aumentarlo con opiniones ni análisis alguno de lo allí mantenido; incluso se añadió debajo del artículo una exculpación o defensa del don J., sin constreñirla ni disminuirla en lo más mínimo. Por consiguiente, el periódico se limitó a relatar lo que doña M. mantuvo que había efectuado ante el Juzgado, poner una querrela por unos supuestos hechos delictivos, pero sin tomar parte a favor ni en contra del denunciante ni denunciado y sin indagar si ese relato puede o no ser cierto, lo que le llevaría a la actuación de instructor o policía que como afirma el Tribunal Supremo en esta sentencia no le corresponde.

La conducta del periodista aparece inmersa en lo que el Tribunal Supremo ha considerado información veraz, que, aun cuando con errores que no afectan a la esencia de lo informado, no le privan de la protección de la Constitución. El Alto Tribunal consideró en esta sentencia que no existió intromisión en el derecho al honor del demandante, puesto que la veracidad de lo acontecido priva del elemento esencial de ataque al honor y, esa veracidad se dio en el relato de lo acaecido en la rueda de prensa, la conducta de quien fue testigo de la misma y lo contó a los demás a través de su periódico.

En el FD. 5.º la sentencia señala que la información tiene que adecuarse al llamado «reportaje neutral». El origen de esta doctrina se encuentra en el Derecho jurisprudencial norteamericano. Esta línea doctrinal parte de la base de un reportaje que recoge unas declaraciones u opiniones, en las que el informador no expresa ni realiza valoración alguna. Es suficiente que el periodista transcriba exactamente lo manifestado por su fuente, pero no será necesario que lleve a cabo una investigación exhaustiva en relación a si lo manifestado por la misma es o no cierto, o veraz, empleando un término más legal (SSTC 159/1986 y 232/1993). Para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos:

«a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y

han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas. De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones.

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación, sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido.

c) En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido. Consecuentemente, la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones» (SSTC 76/2002, de 8 de abril, y 54/2004, de 15 de abril, y SSTS de 9 y 12 de julio de 2004).

Siguen la doctrina del reportaje neutral, entre otras, SSTS de 16 de diciembre de 1996, 24 de enero, 20 de febrero y 20 de marzo de 1997, 16 y 19 de febrero de 1999, 26 de julio de 2000, 11 de abril y 1 de octubre de 2002, 6 y 19 de junio; 22 de diciembre de 2003, y 15 de abril, 22, 24, 28 y 30 de junio y 2, 7, 9 y 12 de julio de 2004. (*M. C. L. J.*)

9. Intimidad personal.—Constituye el espacio vital de cada uno sometido a su exclusivo poder y que se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que es su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las injerencias extrañas. Se exceptúa el supuesto de que medie autorización libremente practicada, en cuyo caso el círculo se abre y la intimidad se comunica (FD. 3.º).

Licitud probatoria y límites.—La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, admite como medios probatorios las cintas magnéticas, vídeos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual (arts. 299.2 y 382 LEC). No obstante, en todo caso, la obtención de estos medios de prueba ha de ser lícita, no siéndolo aquella que se haya realizado en forma contraria a Derecho o con vulneración de los derechos fundamentales de las personas a que tales grabaciones o filmaciones se refieran. En este sentido, el artículo 102 del Real Decreto 2364/1994 pone como límite a la actuación de los detectives privados el que «en ningún caso podrán utilizar para sus investigaciones medios personales o técnicos que atenten contra el derecho al honor, intimidad personal o familiar, a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones» (FD 2.º).

Exclusión del carácter de intromisión ilegítima.—Respecto a la enumeración de los supuestos de excepción recogidos en el artículo 8.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, el Tribunal Supremo tiene declarado que sus apartados son meramente enumerativos y no puede considerarse relación exhaustiva y cerrada a cualquier otra excepción que proceda según las circunstancias del caso (SSTS de 28 de diciembre de 1996 y 25 de septiembre de 1998). (**STS de 2 de julio de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El 5 de octubre de 1994, don A., separado de su esposa por sentencia de 1 de septiembre de 1994, contrató los servicios del detective don G. para que realizara un servicio técnico de observación sobre doña L. y sus hijos por presumir irregularidades en el cuidado y vigilancia de los mismos. El servicio, que se realizó por sistema de grabación continua con cámara y vídeo, comenzó en noviembre de 1994, siendo el último informe de 16 de marzo de 1995. Desde la parte trasera de la vivienda de don A. se divisaba perfectamente la vivienda de doña L. sita en la misma calle. Por ello, la cámara de vídeo empleada en la investigación se ubicó en una de las ventanas traseras de la vivienda de don A. enfocando directamente la vivienda de doña L. y sus hijos, captando las personas que entraban y salían de la vivienda.

Ante estos hechos, doña L. interpuso demanda contra don A., don G. e *Investigaciones PI, S. L.*, sobre protección jurisdiccional a los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La demanda fue desestimada en ambas instancias. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En la sentencia objeto de anotación, el Tribunal Supremo consideró que, atendiendo al lugar en que fue captada la imagen de doña L. y la finalidad perseguida por don A. al ordenar esa captación de la imagen de doña L. no implicó invasión alguna a la intimidad de la misma.

En cuanto al lugar, las imágenes fueron captadas, no reproducidas ni publicadas, en la calle, recogiendo la entrada y salida de la vivienda de doña L. y de sus hijos y otras personas no identificadas.

Por lo que se refiere a la finalidad, el Alto Tribunal tuvo en cuenta el hecho de que es deber de los padres el de velar por sus hijos sujetos a la patria potestad (art. 154.1.º CC), deber que no cesa por la atribución de la guarda y custodia al otro padre en proceso matrimonial. Por ello, la adopción por el progenitor separado de sus hijos de medidas dirigidas a comprobar que estos hijos se encuentren correctamente atendidos por aquél a cuya guarda y custodia han sido confiados encuentran plena justificación. (*M. C. L. J.*)

10. Derecho a la intimidad personal y a la propia imagen.—Se trata de derechos de la personalidad con una estrecha relación entre sí, pero autónomos (STC 81/2001) y con un contenido propio y específico (SSTC 156/2001 y 83/2002). En ocasiones, la captación y reproducción de una imagen puede lesionar conjuntamente el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen; acontece así en los casos en los que la imagen difundida, además de mostrar los rasgos físicos que permiten la identificación de una persona determinada, revele aspectos de su vida privada y familiar que se han querido reservar del público conocimiento.

El derecho a la intimidad personal garantiza a su titular un ámbito reservado de su vida, excluido tanto del conocimiento como de las intromisiones de terceros, se trate de poderes públicos o de particulares (entre otras, SSTC 144/1999, 292/2000, 119/2001, 83/2002 y 127/2003). Por su parte, el derecho a la propia imagen atribuye al individuo la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que con-

lleva tanto el derecho a determinar la información gráfica, generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (SSTC 81/2001 y 156/2001).

Colisión de la libertad de información con los derechos a la intimidad y a la propia imagen.—Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen no son absolutos, sino que su contenido se encuentra delimitado por otros derechos y bienes constitucionales. Para que prevalezca el derecho de información sobre el derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen tiene que tratarse de una información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública. La preservación del reducto de inmunidad protegido con el reconocimiento de estos derechos subjetivos sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y su valor, al ámbito de lo público, que no coincide con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena (STC 20/1992).

La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y a la intimidad personal exige que en ella se reconozca al titular. No obstante, la identificación del titular de los derechos puede lograrse sólo por su aspecto físico, primer elemento configurador de la esfera personal, reproducido en las fotografías, o por él junto con otros datos complementarios y circunstanciales. (STS de 19 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La revista *Interviú* publicó distintos reportajes (con los titulares «el médico fotografiaba desnudas a sus pacientes», «imágenes de escándalo», «indignación popular contra el médico pornográfico») con información de que un médico de una pequeña población aragonesa había fotografiado desnudas a sus pacientes en la consulta. Los reportajes estaban ilustrados con diversas fotografías en color de dichas mujeres, entre ellas doña L., sin mostrar sus rostros.

Doña L. interpuso demanda en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se condenara solidariamente a *Ediciones Zeta, S.A.*, y don P. a indemnizarla en la cantidad de 15.000.000 de pesetas por daños morales producidos hacia su persona con su actuación.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a don P., como autor de los reportajes, y a *Ediciones Zeta, S.A.*, como editora de la revista en que los mismos se publicaron, a indemnizar en la cantidad de 7.000.000 de pesetas a doña L. por intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad personal y propia imagen. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La sentencia objeto de anotación analiza un supuesto de colisión entre los derechos a la libertad de información, por un lado, y a la intimidad y propia imagen, por otro. Para el Tribunal Supremo en este caso no merecen ser sacrificados los derechos de doña L. en beneficio de una supuesta libertad de información, puesto que aunque el contenido literario de los reportajes de que se trata tuviera interés público, en el sentido de que la información que comunica tiene cierta relevancia para la comunidad, no sucede lo

mismo con las fotografías de las mujeres desnudas, cuyo número y significación en el conjunto llevan a considerarlas destinadas a dar satisfacción de la curiosidad humana por conocer la intimidad de otros.

En relación a la identificación de la información publicada con una determinada persona, la STS de 4 de octubre de 1990 admitió que la identidad del titular puede deducirse de circunstancias concurrentes; la de 29 de noviembre de 1991 declaró que bastaba con que la identificación no deje lugar a dudas; la de 29 de septiembre de 1992 se enfrentó a un supuesto en que el rostro de la perjudicada era prácticamente visible y reconocible; la de 5 de abril de 1994 equiparó a una identificación con nombre y apellidos cualquiera otra que no deje lugar a dudas; la de 12 de junio de 1996 contempló el supuesto de una identificación fácil, obtenida por medio de datos y detalles, y la de 30 de enero de 1998 exigió que las representaciones de la persona faciliten su reconocibilidad de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas.

La sentencia anotada reitera la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que condiciona la protección constitucional de la libertad de información, frente al derecho al honor garantizado en el artículo 18.1 CE, a que la información se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz, entre otras, SSTC 138/1996, de 16 de septiembre, 144/1998, de 30 de junio, 21/2000, de 31 de enero, 112/2000, de 5 de mayo; 76/2002, de 8 de abril, y SSTS de 27 de julio y 13 de octubre de 1998, 18 de octubre de 2000, 15 de enero de 2001, 17 de marzo de 2004 y 5 de julio de 2004. (*M. C. L. J.*)

11. Derecho a la propia imagen.—El derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo que, ligado a la propia existencia individual, salvaguarda un espacio de intimidad personal y familiar. Frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenece a la intimidad reviste singular importancia la necesaria protección de la propia imagen (STC 170/1987, de 30 de octubre). El derecho a la imagen sólo puede restringirse por su titular, pudiendo evitar e impedir su difusión. El dato de persona que ejerza cargo público o notoriedad y proyección pública por su profesión o que la imagen ha sido captada en actos públicos o lugares abiertos al público pueden restringir este derecho.

Consentimiento de familiares del fallecido.—Tratándose de persona fallecida, el consentimiento debe estar restringido y no se puede ampliar a otros aunque estén unidos por lazos familiares próximos, pues ello implicaría la legitimación fuera de los herederos forzosos y muy próximos parientes, que constituyen el círculo familiar íntimo.

In illiquidis non fit mora.—Este principio es aplicable a supuestos muy variados en su tipología pero referentes, substancialmente, a aquellos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuado por la jurisprudencia, en su aparente automatismo. De este modo, se considera que la sentencia no opera la creación de un derecho con

carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor. Así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial (STS de 21 de mayo de 1998). **(STS de 29 de junio de 2004;** no ha lugar.)

HECHOS.—La revista de tirada nacional *Panorama* publicó sin consentimiento familiar un reportaje en el que incluía una fotografía de doña L. Además, en el mismo reportaje dio a conocer que la misma había adquirido el virus del SIDA en el Hospital en que trabajaba, constituyendo el primer caso conocido en España de contagio profesional de la enfermedad. El esposo de doña L., la cual había fallecido, interpuso demanda por violación del derecho a la propia imagen de su esposa.

Las sentencias de primera y segunda instancia fueron concordantes en la estimación de la demanda en defensa del derecho fundamental a la propia imagen respecto a la esposa del actor, cifrando los daños en 3.000.000 millones de pesetas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En la sentencia anotada, la parte recurrente alega en el recurso de casación que la fotografía fue entregada por un cuñado de la fallecida. Pese a que la Ley 1/1982 no recoge quienes son las personas facultadas para consentir que un tercero utilice la imagen de la fallecida, para el Tribunal Supremo no ofrece ninguna duda que el cuñado de la fallecida no estaba facultado para prestar su consentimiento en la publicación de la fotografía. En este caso, tal y como indicó el Ministerio Fiscal en su informe, la publicación de la imagen de la fallecida no era necesaria para el interés público.

Por lo que respecta a la interpretación del principio *in illiquidis non fit mora*, esta sentencia reitera la misma línea jurisprudencial que las SSTs de 5 de marzo de 1992, 18 de febrero, 21 de marzo y 24 de mayo de 1994, 1 de diciembre de 1997, 21 de mayo de 1998, 3 de marzo de 2000, 10 de abril de 2001, 19 de febrero y 10 de diciembre de 2004. (M. C. L. J.)

12. Sucesión de título nobiliario.—El orden de suceder en las dignidades nobiliarias debe ajustarse estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, a lo que tradicionalmente se ha seguido en esta materia (art. 5 del Decreto de 4 de junio de 1948), esto es, la Ley II, del título XV, de la Partida segunda y la Ley XL de Toro (Libro X, título XVII, Ley V de la Novísima Recopilación).

Las mencionadas normas aplicadas por la jurisprudencia (SSTs de 18 de febrero de 1960, 5 de octubre de 1962, 31 de diciembre de 1965, 17 de octubre de 1984 y 13 de octubre de 1993, entre otras muchas), determinaban que los parientes colaterales que no entronquen con el fundador no tienen derecho de representación sino que operaría en ellos la regla de la propinquidad. Tradicionalmente y en aplicación de esa regla, sucede en el título el pariente

más cercano al denominado «fundador» (STS de 26 de junio de 1963). Sin embargo, y ante la dificultad, en ocasiones, de precisar quién es el fundador, se ha tomado como referencia el llamado «último poseedor legal» (SSTS de 18 de febrero de 1960, 21 de mayo de 1964, 17 de octubre de 1984 y 13 de octubre de 1993), definido como el poseedor de quien deriva el derecho a suceder en el título (STS de 19 de junio de 1976).

Posibilidad de usucapir el título nobiliario.—En una primera línea jurisprudencial, la posibilidad de adquirir los títulos nobiliarios por usucapión fue negada en base al denominado «dogma de la imprescriptibilidad» (SSTS de 14 de marzo de 1960, 10 de abril y 20 de mayo de 1961, 26 de junio de 1963, 21 de mayo de 1964, 29 de noviembre de 1967, 30 de marzo de 1970 y 22 de febrero de 1972). El contenido de la Ley XLV de Toro y la apreciada incompatibilidad entre la usucapión y el régimen sucesorio de los títulos nobiliarios llevó a la jurisprudencia a considerar irrelevante el tiempo transcurrido en la posesión de un título nobiliario por parte de quien no tenía el mejor derecho genealógico. El pariente en quien debía recaer el título o grandeza podía reclamar su derecho al poseedor del título, porque se sostenía que el mismo se basaba en el hecho de pertenecer al linaje y no en una mera posesión del título (STS de 7 de diciembre de 1965).

En el año 1985 se produce un cambio jurisprudencial (cuyo antecedente es la STS de 9 de junio de 1964) que rompe con la imprescriptibilidad del título nobiliario por mor de la seguridad jurídica. Así se fundamenta en las SSTS de 7 y 27 de marzo de 1985, 14 de junio y 7 de julio de 1986, 23 de enero de 1987, 21 de junio de 1989, 8 de octubre de 1990 y 6 de marzo de 1991. En todas ellas se afirma que la línea o rama que ha poseído el título nobiliario durante cuarenta años debe usucapirlo convirtiéndose en adquirente inatacable frente al mejor derecho genealógico. El usucapiente se convertiría así en cabeza de una línea a partir de la cual habría de seguirse el orden regular de sucesión (SSTS de 23 de enero de 1987 y 21 de junio de 1989). **(STS de 30 de diciembre de 2004; no ha lugar.)**

HECHOS.—El 8 de junio de 1750, Fernando VI otorgó el título nobiliario «Conde de Casa Tagle de Trassierra» a don J. A. T. B. El título fue suprimido y más tarde rehabilitado por Real Decreto de 23 de junio de 1919 a petición de doña R. E. T. A su muerte el título pasó a su hijo don F. M. P. y más tarde a doña N. C., a la que sucedió su sobrino don P. C. P., padre del demandado.

Por su parte, don M. R. A. P. (actor) discrepa respecto del pariente en relación con el que se han de contabilizar los grados a la hora de suceder en el título. A su juicio, el último poseedor legal sería un sobrino del primer conde llamado don N. T. I. y no don F. M. P. como defiende el demandado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y considera que el demandado don P. C. G. C. tiene mejor derecho a usar, llevar y poseer el título nobiliario mencionado, dado que el último poseedor legal de quien el demandado deriva su derecho a suceder había usucapido el título litigioso. El demandante interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que es igualmente desestimado. Presentado recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (*J. D. S. C.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. El negocio fiduciario.—El negocio en que consiste la fiducia casa mal con el supuesto en que el fiduciante no es el dueño absoluto y exclusivo de la cosa. La fiducia parte del presupuesto de la atribución patrimonial que el fiduciante lleva a cabo de cosa o derecho de su propiedad en favor del fiduciario (propietario sólo formal), para la finalidad que ambos pactan. Cuando la misma se cumple, el fiduciante, por retransmisión, recobra lo cedido (SSTS de 2 de diciembre de 1996 y 4 de julio de 1998, entre otras).

La simulación relativa.—La simulación relativa se da cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado, el que ha de reunir todos los requisitos legales para reputarse válido y, entre ellos, que se dé causa verdadera y lícita y las condiciones formales precisas y de exigencia. (STS de 11 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Los litigantes habían contraído matrimonio el 10 de octubre de 1966, bajo el régimen de separación de bienes y durante su vigencia adquirieron diversas propiedades por mitad y proindiviso. Por sentencia de 16 de marzo de 1992 se decreta la separación del matrimonio. La esposa demandada, doña M., adquirió para sí y a su exclusivo nombre por escritura de 29 de julio de 1985, una vivienda que pasó a constituir el domicilio familiar, si bien en documento privado de 8 de mayo de 1985 la adquisición la llevaron a cabo los dos esposos. Alega don A. que la compraventa pública constituye un negocio fiduciario entre cónyuges, pues lo querido fue que la vivienda discutida la había adquirido él y fue quien desembolsó el precio, siendo realmente el único propietario, persiguiendo con la puesta del inmueble a nombre de la esposa como única compradora, la salvaguardia y protección del inmueble en previsión de futuras contingencias negativas y reverses en los negocios que el esposo desarrollaba (titularidad aparente). El actor interpone demanda solicitando que se declare: 1) El carácter fiduciario o, subsidiariamente, simulado de la compraventa efectuada por doña M., mediante escritura de compraventa, declarando la nulidad de la misma y, como consecuencia, la nulidad de las inscripciones señaladas, ordenando la práctica de otras en las que figure la propiedad a nombre de don A.; 2) La obligación de abonar la demandada la cantidad de dinero prestada para la compra de las mencionadas fincas. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda.

La sentencia anterior se recurre en apelación, donde la Audiencia desestima igualmente el recurso. Esta sentencia sentó como probado que, con respecto a la capacidad económica de la esposa para llevar a cabo la compraventa que se impugna, la misma había aportado para pago del precio correspondiente la cantidad de 8.500.000 pesetas, concertando préstamo hipotecario por importe de 10.000.000 de pesetas.

Ya en casación, don A. alega la aplicación indebida de los artículos 1253, 1255 y 1276 CC. El Tribunal Supremo desestima el recurso, señalando que no cabe aquí aplicar la figura de la fiducia cuando el fiduciante no es dueño absoluto y exclusivo de la vivien-

da, teniendo en cuenta los pagos realizados por la esposa con caudal propio. Lo anteriormente dicho no queda desvirtuado por la alegación de que el recurrente era el que realizaba todas las gestiones de compra y el que manejaba exclusivamente el dinero. La existencia de confianza entre los cónyuges es natural y hasta necesaria en las relaciones matrimoniales, y no basta para declarar que la adquisición de la vivienda del pleito encerraba una voluntad simulada o fiduciaria. (S. L. M.)

14. Simulación y contrato fiduciario. Compraventa en garantía. Síntesis jurisprudencial sobre las diferencias entre simulación y fiducia.—Al no estar específicamente regulada o contemplada por nuestro Código civil, la simulación total o absoluta, ha sido estructurada por la doctrina más decantada, y frente a la tesis de que pueda ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y declarada —vicio de voluntad—, la subsume como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio; es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los artículos 1275 y 1276 CC, y, por tanto la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita. Es un vicio de la declaración de voluntad por el cual, ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinta de su interno querer.

Sobre el negocio fiduciario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que lo constituye aquel negocio por el que, quien recibe la titularidad de los bienes, se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia. No puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae, como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en estos negocios de que el fiduciario abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del fiduciario.

Abundante doctrina jurisprudencial reitera que en el negocio fiduciario se transmite una titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe y por título oneroso, con una limitada eficacia que no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión. Asimismo, desde otro punto de vista, se diferencia del negocio simulado porque este último es ficticio y no real, mientras el fiduciario es serio y querido con todas las consecuencias jurídicas; el simulado es un negocio simple, mientras que el otro es complejo; el simulado es absolutamente nulo, sin llevar transferencia de derechos, mientras el fiduciario es válido; y el simulado carece de causa, lo que lo hace radicalmente nulo, mientras que el fiduciario lleva insita la *causa fiduciae*.

En el caso litigioso, no cabe admitir la adquisición de la propiedad de las fincas adquiridas sobre la llamada «venta en garantía», con pacto fiduciario implícito. Según doctrina jurisprudencial, la transmisión en garantía: es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia *cum creditore*; el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto; el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades

perseguidas con la fiducia; la falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; el fiduciario, en caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante, como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse sobre el que le corresponde una especie de derecho de retención, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo; la transmisión de propiedad con fines de seguridad o «venta en garantía» es un negocio jurídico en que por un modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación. En el caso de autos se trata de una venta en garantía de préstamo, pues la *causa fiduciae* no es propiamente la enajenación llevada a cabo, sino el afianzamiento que se pretende del débito mediante una compraventa que convierte al fiduciario en sólo propietario formal, dada su posición principal de acreedor, en tanto que el fiduciante es el deudor y obligado al préstamo que contrajo, actuando en el negocio como aparente vendedor, por lo que el fiduciario lo que ha de pretender es la devolución de préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser esa la finalidad del negocio concertado, sin perjuicio del derecho de retención que la doctrina jurisprudencial le reconoce.

En consecuencia, ha de reconocerse al recurrente insatisfecho en su crédito del préstamo una posición de superior privilegio al de reclamar sin más el mismo, con su deber de devolver las fincas adquiridas, por lo que le asiste una especie de *ius retentionis* sobre los bienes «comprados», que seguirán en su posesión, hasta que se efectúe el completo pago de sus créditos con los intereses devengados. (STS de 26 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—La Comisión Liquidadora impugna la compraventa otorgada en escritura pública, de tres fincas, concluida entre don N. —como comprador— y la comunidad de herederos de don M. A. (integrada por don J. F., doña C. y doña A.) —como vendedora—, con la intención de unir al procedimiento de suspensión de pagos de la comunidad de herederos mencionada, las fincas objeto del contrato. Solicita que se declare la nulidad de la compraventa, derivada de su condición de negocio simulado, al ser la causa de la misma una garantía a favor del demandado don N., para la devolución de un préstamo de 32.637.545 pesetas, siendo el precio de esa compraventa de 22.503.324 pesetas, e incluyendo el contrato el compromiso verbal, según manifestación del propio señor N., de retrotraer la operación de venta a la cancelación del préstamo recibido. El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda, mientras que la Audiencia Provincial estima la apelación y declara la nulidad de la compraventa, declarando que el contrato realmente celebrado fue el de préstamo y que procedía practicar la liquidación correspondiente de ese préstamo con sus intereses y de los rendimientos líquidos producidos por las fincas objeto de la compraventa. (S. M. S.)

15. Prueba de la simulación.—Como consecuencia del natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la

realidad, la prueba plena de la simulación de los contratos es difícil. Lo anterior obliga, en la totalidad de los casos, a deducir la simulación de la prueba indirecta de las presunciones. Por ello, con frecuencia la simulación se revela por pruebas indiciarias que llevan al juzgador a la apreciación de su realidad (STS de 13 de octubre de 1987). En ningún sitio consta dicho por el Tribunal Supremo que la simulación no se puede declarar si no se prueba una finalidad defraudatoria (STS de 15 de marzo de 1995), por lo que el interés de defraudar no equivale al interés de simular.

Es facultad peculiar del juzgador de instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los que ha de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud.

Doctrina de los actos propios y acciones de simulación.—La acción de nulidad resulta improsperable si es específicamente causalizada en torno a un hecho cuya sustancial inexactitud y falta de adecuación a la realidad han sido reiteradamente admitidas por el actor al margen del proceso.

Si surgen dudas sobre la intención de los contratantes para estimar la simulación contractual hay que acudir a los actos coetáneos, anteriores y posteriores (STS de 28 de octubre de 2003). (STS de 17 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—M. proclamó durante años la existencia, en la realidad material y al margen de meras apariencias formales de un auténtico régimen de copropiedad o proindiviso con sus dos hermanos (J. y V.). En innumerables ocasiones M. invocó el régimen de comunidad, exhibió y pretendió hacer valer el documento de 12 de marzo de 1989, por el que los hermanos aparecerían no solamente ratificando ese régimen de comunidad sobre una serie de fincas, sino también conviniendo o comprometiéndose a mantener ese mismo régimen de comunidad, perteneciendo por terceras partes indivisas a cada uno de los tres hermanos. Sin embargo, a partir del año 1985, M. pretende transformar en propiedad privativa la anterior comunidad e interpone una querrela criminal contra V.

Posteriormente, M. formuló demanda contra V. y L., en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se declarara la existencia de simulación absoluta respecto de dos fincas registrales y la existencia de un negocio de interposición de persona, con declaración de nulidad de las escrituras simuladas y declaración de la verdadera titularidad de otras ocho fincas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo confirma en esta sentencia los pronunciamientos de las dictadas en primera y segunda instancia en el sentido de que no procede la nulidad del contrato de compraventa de fincas entre hermanos por simulación, porque resulta acreditado la realidad de la venta de las fincas propiedad del demandado de los siguientes datos: por la existencia de los contratos de aparcería y arrendamiento urbano aportados por M., donde se establecen claramente la propiedad exclusiva de los demandados; por la existencia de un precio cierto en las diferentes compraventas por compensación de deudas o transmisiones de dinero por parte de los

demandados; por la inclusión en uno de los expedientes concursales de M. de deudas a favor del demandado y sus empresas por distintas cantidades; por transferencias de dinero por la parte demandada a M. y por el documento de 27 de diciembre de 1984 justificante de acuse de recibo de «últimas cantidades pendientes para el pago de las propiedades vendidas por M. a V.».

Además de lo anterior el Alto Tribunal tiene en cuenta la inexactitud y falta de adecuación a la realidad reiteradamente admitida por el propio actor al margen del proceso. En este sentido, tal y como declaró la STS de 28 de octubre de 2003, «la doctrina de los actos propios tan sólo quiebra cuando se utiliza para validar actos jurídicamente nulos o ineficaces», lo que en la sentencia anotada no acontece, puesto que no se acreditó que existiese simulación.

La jurisprudencia ha reiterado que la apreciación de la existencia o no de simulación contractual (absoluta o relativa), en cuanto integrante de una cuestión de hecho, es de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia, cuya apreciación probatoria ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello (SSTS de 17 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1985, 5 de marzo de 1987, 16 de septiembre y 1 de julio de 1988, 24 de junio y 12 de diciembre de 1991, 29 de marzo y 20 de julio de 1993, 3 de junio de 1995, 19 de junio de 1997, 6 de marzo de 1999, 6 de junio de 2001 y 21 de julio de 2003). Entre otras muchas, distinguen la simulación absoluta de la relativa (SSTS de 18 de julio y 29 de noviembre de 1989 y 28 de abril y 29 de julio de 1993). (M. C. L. J.)

16. Acto simulado de liberalidad. Compraventa por precio notablemente inferior al estimado por Hacienda y al de realización del inmueble. Posturas jurisprudenciales sobre los requisitos esenciales del negocio simulado para admitir su validez.—El problema básico que se suscita es el de la validez o no de la donación de inmueble encubierta en un contrato de compraventa formalizado en escritura pública. Es claro que la escritura pública era un acto simulado de liberalidad. Pero queda por depurar si la escritura pública debe recoger el *animus donandi*, como elemento estructural de la donación; y, bien en la misma, bien en otra separada, la aceptación del donatario para que el contrato disimulado se considere válido (conforme a los arts. 618, 630 y 633 CC), y, por tanto, apreciar una simulación relativa. Parte de la doctrina es contraria a admitir tal posibilidad, porque la escritura de compraventa no puede expresar la causa de liberalidad, ánimo de donar y voluntad de aceptar la donación. Pero otro sector contesta que las partes serían fingidos compradores y reales donatarios, que, cuando el donatario estaba autorizando una compraventa, en realidad, autorizaba una donación, la verdadera voluntad y finalidad perseguida por los interesados, el principio de conservación del contrato, razones de equidad y especialmente que la tesis negativa adolece de un excesivo rigor formal. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido sensible a las dos posturas. E incluso se ha apreciado una orientación intermedia en la que se contempla un régimen más permisivo para las donaciones remuneratorias, a pesar de que la jurisprudencia más moderna diluye la razón de una diferenciación semejante, porque no se

advierte, en cuanto al momento de su formación, diferencias sustanciales entre unas y otras donaciones, dado que la jurisprudencia exige la forma del artículo 633 CC para las remuneratorias, así como el ánimo de liberalidad, con independencia del plus jurídico de la cualificación causal consistente en el beneficio o servicio que se remunera. (La sentencia cita jurisprudencia respecto a todas las corrientes estudiadas).

En el caso litigioso estamos ante una donación, según el artículo 618 CC, puesto que, mediante un acto de liberalidad una persona dispone de un bien a favor de otra que la acepta. Hay acuerdo de voluntades entre donante y donatarios que aceptan los bienes, una causa que es la mera liberalidad del bienhechor y se cumple el requisito de forma. No se ha probado que con esta operación se persiguiese defraudar las preceptivas hereditarias de doña E., pues justo un mes después, el donante interpuso contra ella demanda de separación, otorgando testamento por el que la desheredaba. Esto, unido a las relaciones nada apacibles ni cordiales entre ambos cónyuges, debe prevalecer la donación, pudiendo deducirse, desde luego, si resultase inoficiosa, pero este extremo no ha sido acreditado. (STS de 7 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. vende, en contrato otorgado ante Notario, a su hermana A. y a su cuñado R., cinco inmuebles de su propiedad por el precio de 6.300.000 pesetas, a pesar de que el precio estimado por Hacienda en su liquidación era de 32.956.000 pesetas en aquel momento y el precio por el cual uno de los «compradores» realizó uno de los inmuebles fue de 14.000.000 de pesetas. Doña E., esposa de don J. M., al fallecer su marido, formula demanda contra los compradores, solicitando que se declare la nulidad de la venta por simulación absoluta; que los vendedores restituyan lo recibido sin causa o el valor de venta en el mercado, en el caso del inmueble que ha sido enajenado a terceros de buena fe; y que se cancelen los asientos registrales derivados. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y lo mismo ocurre en sede de apelación. (S. M. S.)

17. Error como vicio del consentimiento. Error inexcusable.—Para invalidar un negocio por error como vicio del consentimiento es necesario, conforme a los postulados de la buena fe, que quien lo alega no haya tenido una conducta negligente. (STS de 17 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa imprenta *Fareso* interpone demanda de reclamación de cantidad contra la empresa *Edicep* por la realización de trabajos de impresión, encuadernación y edición de libros. *Edicep* alega que no abonó los servicios recibidos porque *Fareso* finalmente no le proporcionó los canales de distribución que habían acordado con el señor B., a quién consideraron propietario de *Fareso* y que posteriormente resultó ser solamente un empleado. No existe prueba del acuerdo al que supuestamente llegó el señor B., solamente las manifestaciones de la parte demandada. El Juzgado de Primera Instancia estima totalmente la pretensión de la parte actora. Dicha sentencia es confirmada en grado de apelación y recurrida en casación por *Edicep*. El Tribunal Supremo declara que

no ha lugar al recurso de casación y accede a las peticiones formuladas por la empresa *Fareso*. (A. V. G.)

18. Solidaridad.—«El artículo 1137 del Código Civil ha sufrido una interpretación mitigadora de su drástica y rigurosa normativa, en el sentido de entender que la solidaridad también existe cuando las características del contrato permitan deducir la voluntad de los interesados de crear un vínculo de dicha clase, obligándose *in solidum*, o resulte aquella de la propia naturaleza de lo pactado lo que de modo especial sucede cuando se trata de facilitar la garantía de los acreedores (SS de 11 de octubre y 26 de julio de 1989 y 28 de diciembre de 2000, entre otras)» (FD. 3.º).

La solidaridad no precisa para su establecimiento su expresión con constancia escrita y expresa, ni el empleo de un vocablo, siendo bastante que aparezca de modo evidente la voluntad de las partes de poder prestar o exigir íntegramente la cosa objeto de la obligación (STS de 17 de mayo de 2000).

«Si todos los vendedores dieron recibo por la suma total que les entregó el comprador, han de considerarse deudores solidarios si llega posteriormente el momento de devolver dicha cantidad (S de 19 de noviembre de 1970)» (FD. 3.º). (STS de 24 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 25 de febrero de 1993 *V. S. A.*, celebró un contrato de promesa de venta con *M. C. S. A.*, y doña *C.* sobre las plantas primera a sexta, ático y sobreático de un edificio del que *M. C. S. A.*, era nuda propietaria y doña *C.* usufructuaria. Los vendedores (doña *C.* y el representante de *M. C. S. A.*) manifestaron en la estipulación cuarta del contrato que el precio convenido (120.000.000 de pesetas) «sería distribuido entre nuda propietaria y usufructuaria conforme a los respectivos derechos que enajenarán, cuyo cálculo y conformidad entre ellos manifiestan en este acto». En la estipulación tercera habían otorgado conjuntamente y sin distinción alguna, carta de pago de la cantidad de 10.000.000 de pesetas, que decían recibir a su satisfacción. Asimismo en el contrato se estableció que lo pactado se subordinaba a la condición suspensiva de que la Caja de Ahorros accediera a la redistribución de los dos créditos de 60.000.000 de pesetas cada uno que con rango hipotecario habían sido concedidos a *M. C. S. A.* y gravaban el inmueble objeto del contrato, de forma que el máximo a imputar a los pisos que adquiriría *V. S. A.*, no excediese de 95.000.000 de pesetas.

Al no haberse cumplido la mencionada condición, *V. S. A.* formuló demanda contra las otorgantes de la promesa mencionada, en la que se solicitaba que se declarase resuelto el contrato y se condenase a las mismas a la devolución de la suma de 10.000.000 de pesetas que les había entregado en el acto del otorgamiento.

M. C. S. A., se mantuvo en situación procesal de rebeldía, doña *C.* compareció y se opuso a la demanda afirmando que por su condición de usufructuaria sólo le correspondía devolver 1.100.000 pesetas, que era la cantidad que en su momento había percibido, teniendo en cuenta las normas fiscales, sobre valoración del derecho de usufructo y la circunstancia de que contaba 79 años de edad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a M.C., S. A., y doña C. al pago solidario a V., S. A., de 10.000.000 pesetas, intereses legales y costas. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En base a la *bona fides* el Tribunal Supremo viene atenuando el rigor del último párrafo del artículo 1137 CC, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de haberse obligado *in solidum* o resulte dicha solidaridad de la propia naturaleza de lo pactado. Para el Alto Tribunal del conjunto de antecedentes y de la finalidad del negocio se puede desprender que la intención de las partes ha sido la de establecer tal vínculo solidario, sin que sea preciso para ello que se explicita en el contrato una literal expresión que así lo proclame, siempre que se deduzca de los diversos antecedentes y se desprenda de la voluntad de los contratantes y la finalidad del negocio (SSTS de 2 de marzo de 1981, 15 de marzo y 7 de octubre de 1982, 7 de abril de 1983, 7 de enero y 13 de febrero de 1984, 26 de abril de 1985, 20 de octubre de 1986, 12 y 27 de marzo y 12 de mayo de 1987, 26 de julio y 11 de octubre de 1989, 19 de diciembre de 1991, 17 de mayo y 28 de diciembre de 2000, entre otras).

En la sentencia anotada el Tribunal Supremo sigue esta línea jurisprudencial al entender que la solidaridad existe en garantía de los compradores, puesto que si los vendedores, propietario y usufructuario del inmueble enajenado, aceptaron conjuntamente la cantidad entregada como arras, se presume que se obligan solidariamente si llega posteriormente el momento de devolver dicha cantidad. (*M. C. L. J.*)

19. Automatismo de la compensación.—En virtud del artículo 1202 CC «el efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores». La redacción del mencionado precepto se apartó de la del Proyecto de 1836 y siguió el precedente que representaba el Proyecto de 1851 (art. 1123) y el modelo francés (art. 1290 del *Code*), que igualmente había seguido el Código italiano de 1865 (art. 1286).

A pesar de que el automatismo de la compensación significa que la neutralización de deudas se produce desde el mismo momento en que concurren los requisitos precisos, es necesario para que proceda la compensación que lo quiera, al menos, uno de los deudores. Esta necesidad de declaración deriva del principio dispositivo rector del proceso civil, como consecuencia del poder de disposición que sobre el derecho subjetivo a que se refiere es reconocido a las partes y que fue expresamente impuesta en otros textos europeos, como el BGB, en el Código civil portugués y, con matices, en el italiano de 1942 (FD 2.º).

En defensa de un criterio espiritualista, se ha permitido que la compensación legal, que se produce por aplicación de las normas legales, una vez cumplidos todos los requisitos que las mismas exigen, puede oponerse como excepción, aunque no sea nominalmente, al ser bastante con que se invoquen los hechos de los que resulte (SSTS de 16 de noviembre de 1993, 18 de diciembre de 2001 y 26 de junio de 2002).

La exigibilidad de la deuda como requisito de la compensación.—El artículo 1196.4 CC señala entre los requisitos para que proceda la compensación, que las deudas sean «exigibles», es decir, que pueda imponerse el cumplimiento de las mismas al deudor si no está dispuesto a hacerlo voluntariamente, con posibilidad de actuar agresivamente contra sus bienes (al respecto, SSTS de 9 de abril de 1994 y 20 de octubre de 2003).

Ahora bien, la jurisprudencia no impone que todos los requisitos de la compensación (la exigibilidad, entre ellos) concurren al interponer el actor la demanda, al admitir la compensación judicial, que se produce cuando no procede la legal solicitada por falta de alguno de sus requisitos y éste se logra durante la tramitación del proceso (SSTS de 16 de noviembre de 1993, 9 de abril de 1994, 27 de diciembre de 1995 y 17 de julio de 2002) (FD 2.º). **(STS de 15 de febrero de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Y, S. A., dueña de un negocio de supermercado establecido en unos locales, los cuales usaba como arrendataria, concertó un contrato con Z, S. A., interesada en continuar el mismo tipo de negocio en dichos locales. Según el mencionado contrato, Y, S. A., se obligó a transmitir a Z, S. A., su posición contractual en el arrendamiento y la propiedad del conjunto de maquinaria, instalaciones, mobiliario y mercancías que constituían el medio para la obtención del resultado económico perseguido con la explotación del negocio. Con posterioridad, se produjo la cesión por la vendedora de su derecho a X, S. A. X., S.A., como cesionaria de un crédito de 10.000.000 de pesetas, de que había sido titular Y, S.A., contra Z, S. A., interpuso demanda en la que solicitaba la condena de la deudora a cumplir la prestación objeto del derecho cedido.

En la contestación a la demanda, Z, S. A., opuso la excepción de compensación de su deuda con determinados créditos de los que afirmó ser titular contra la sociedad cedente. Reclama la compensación de su deuda con el crédito consistente en una indemnización por «las mercancías existentes en el supermercado» que le vendió Y, S. A., y que, según afirmó, estaban caducadas y en mal estado, por lo que no resultaron aptas para ser revendidas.

El Juzgado de Primera Instancia declaró compensables sólo alguno de los créditos que había opuesto Z, S. A. contra Y, S. A., y condenó a la primera a pagar a la cesionaria demandante, X, S. A., una parte de la suma reclamada en la demanda (de los 10.000.000 de pesetas que se reclamaban condena a abonar a la actora la cantidad de 4.988.656 pesetas). Al entender que sus créditos compensables con el cedido a la demandante eran no sólo los señalados en la primera instancia, sino algunos más, Z, S. A., interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo considera que no procede la compensación al no concurrir el requisito de la exigibilidad de las deudas al no ejercitar la compradora la acción de indemnización de daños por los defectos en ningún momento.

El crédito de la compradora por defectos en las mercancías cuya compensación pretende no pudo nacer directamente de la reglamentación contractual, sino de la infracción por la vendedora, la cual no la ha admitido, por lo que la exigibilidad de la deuda a la

indemnización de daños y perjuicios reclamaba una previa condena en el propio proceso, y, por tanto, el ejercicio de una acción declarativa de la violación del contrato por la vendedora. (M. C. L. J.)

20. Incumplimiento de contrato por entrega de objeto impropio para el fin que se destina.—Es doctrina reiterada del Supremo que «se está en presencia de entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, al ser el objeto impropio para el fin que se destina, lo que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1101 y 1124 CC, pues como puntualiza la STS de 20 de febrero de 1984, la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significa incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio» (FJ 3.º, STS de 9 de marzo de 2005).

No resulta necesario que exista una «tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, sino que es suficiente con que se hayan frustrado las legítimas aspiraciones de las partes contratantes» (FJ 3.º, STS de 9 de marzo de 2005).

Necesidad de prueba de los daños y perjuicios.—Los daños y perjuicios han de resultar probados y deben derivar del pretendido incumplimiento, al tratarse su existencia y prueba de una cuestión de hecho apreciable en primera instancia (FJ 5.º, STS de 9 de marzo de 2005). (STS de 9 de marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda por la parte actora en la que se solicita se declare resuelto el contrato de compraventa de maquinaria celebrado con la parte demandada, a la vez que se le condene a la devolución de la cantidad entregada a cuenta, además del abono de los daños y perjuicios que le han sido ocasionados. La parte demandada formuló demanda reconvenzional solicitando la resolución del contrato y la condena a la parte inicialmente actora a la pérdida de la cantidad que había sido entregada a cuenta del precio. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la demanda reconvenzional. Interpuesto recurso de apelación por la demandante inicial, la Audiencia Provincial estima el recurso. Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea dos cuestiones de interés que han sido tratadas por la jurisprudencia de forma reiterada, y sobre las que resulta obligado realizar algunas reflexiones. Primeramente, la sentencia se refiere a la problemática de distinguir entre la prestación diversa a la pactada y la existencia de vicios en la cosa entregada; en segundo lugar, el Supremo se pronuncia acerca de la necesidad de prueba de los daños y perjuicios cuando éstos resulten solicitados por alguna de las partes, no debiendo considerarse existentes por el solo hecho del incumplimiento contractual.

La jurisprudencia siempre ha reconocido la dificultad que entraña realizar una distinción segura entre los casos de realización de una prestación diversa a la acordada y los supuestos de vicios ocultos en el objeto entregado. Aún así, ha sido jurisprudencia constante que «se está en presencia de la entrega de una cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento del contrato

de compraventa, por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió, produciéndose una insatisfacción en el comprador, evento que permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC». La ineptitud del objeto para el uso que debía ser destinado va a significar, según reiterada doctrina jurisprudencial, incumplimiento de contrato y no vicio redhibitorio. Ello no debe confundirse con la simple prestación defectuosa que está sometida a la regulación específica del saneamiento [CDO 1.º, STS de 25 de abril de 1973 (RJ 1973/2289); CDO 3.º, STS de 23 de marzo de 1982 (RJ 1982/1500); CDO 4.º, STS de 20 de febrero de 1984 (RJ 1984/693); CDO 3.º, STS de 22 de octubre de 1984 (RJ 1984/4909); FJ 5.º, STS de 7 de enero de 1988 (RJ 1988/117); FJ 2.º, STS de 7 de abril de 1993 (RJ 1993/2798); FJ 3.º, STS de 1 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8693); FJ 2.º, STS de 16 de mayo de 2005 (RJ 2005/6374); FJ 3.º, STS de 15 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7629)].

En relación a la segunda cuestión, referida a la necesidad de prueba de los daños y perjuicios, debemos señalar la abundante doctrina jurisprudencial que reiteradamente ha considerado que «[...] el simple incumplimiento contractual no genera la obligación de indemnizar [...]», [CDO 1.º, STS de 5 de junio de 1985 (RJ 1985/3094), FJ 3.º, STS de 22 de abril de 1991 (RJ 1991/3017), entre otras], siendo necesario probar esos daños y perjuicios derivados del pretendido incumplimiento, al ser la existencia y prueba una cuestión de hecho sometida a la apreciación del órgano jurisdiccional de instancia. (*L. Z. G.*)

21. Excepción de incumplimiento contractual. Cumplimiento defectuoso del vendedor.—El Tribunal Supremo afirma que el vendedor podrá solicitar la resolución del contrato por incumplimiento ante la falta de pago del precio por parte del comprador. El comprador no podrá oponerse a la solicitud de resolución del contrato basándose en que el vendedor llevó a cabo un cumplimiento defectuoso al entregar la cosa objeto del contrato con deficiencias de escasa importancia, puesto que ello no constituye un incumplimiento grave. La Sala Primera del Tribunal Supremo enuncia que lo único que puede hacer el comprador es dirigir contra el vendedor una acción de saneamiento por vicios ocultos, no encontrándose legitimado para dejar de abonar el precio convenido en el contrato sin que dicha actuación sea considerada como un incumplimiento contractual grave que legitime al vendedor para solicitar la resolución del contrato. (**STS de 17 de enero de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. L. solicita la resolución del contrato de compraventa de un inmueble firmado con don A. V. M. y doña J. F. G. por impago. La parte demandada reconviene alegando que no cabe la resolución del contrato al haber existido un cumplimiento defectuoso previo del actor ya que transmitió el inmueble con deficiencias. El Juzgado de Primera Instancia acuerda resolver el contrato de compraventa, siendo confirmada su resolución por la Audiencia Provincial. Don A. V. M. y doña J. F. G. recurren en

casación. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso de casación y acuerda la resolución del contrato. (A. V. G.)

22. Incumplimiento contractual y prueba del daño.—En principio, la indemnización de daños y perjuicios no va ineludiblemente ligada o es consecuencia necesaria del incumplimiento contractual. Para que el daño sea indemnizable el actor ha de probar necesariamente la existencia y cuantía de aquéllos, de forma que la indemnización requiere para su aplicación la base fáctica de la realidad de los daños y que los mismos estén originados por el acto ejecutado u omitido, sin que pueda derivarse la misma del supuesto meramente posible o del hecho incierto de que los perjuicios lleguen a tener realidad (SSTS de 22 de enero y 5 y 18 de abril, 23 de mayo y 10 de junio de 2000).

No obstante, en determinados supuestos cabe imponer el efecto indemnizatorio a partir de la demostración del referido incumplimiento, cuando éste determina por sí mismo una frustración en la economía de la parte, generando como consecuencia forzosa, natural e inevitable un daño o perjuicio evidente. Esta doctrina evidencia que la falta de prestación no ha de quedar impune por constituir, *in re ipsa*, el propio daño o perjuicio, en cuanto frustración valorable, sin más prueba que la propia omisión, según los casos y las circunstancias (SSTS de 10 de junio de 2000 y 16 de marzo y 28 de diciembre de 1999). (STS de 13 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—En documento privado de fecha 13 de mayo de 1988, don A. había concertado con don J., don J., don J. y con las esposas de éstos la venta de una finca que segregaba de otra de mayor tamaño. El precio de la venta era de 14.000.000 de pesetas que se abonaría por mitad en metálico y, en cuanto a la parte restante, a través de la realización de trabajos de abancalamiento y nivelación del predio que permanecía en el patrimonio del vendedor, los cuales habrían de llevarse a cabo en el plazo de un año. Dicho abancalamiento no se realizó ni totalmente ni conforme a las condiciones de anchura previstas en el contrato, lo que tuvo una significación económica trascendente, ya que tal anchura es la mínima que permite cultivar mediante el sistema de invernadero.

Como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por los compradores respecto a la transformación de su finca, don A. formuló demanda contra los mismos, interesando que se declarase que habían incurrido en mora y que debían llevar a cabo dichos trabajos en plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la sentencia, bajo apercibimiento de que en otro caso se mandaría ejecutarlos a su costa. Asimismo se solicitaba la condena de los demandados a abonar al actor, en concepto de indemnización por lucro cesante, la cantidad de 4.800.000 pesetas o, alternativamente, la que se considerase procedente por daños y perjuicios. Los demandados se opusieron a las peticiones del actor y propusieron dos demandas reconventionales idénticas al objeto de que se condenase a don A. a llevar a cabo el deslinde y amojonamiento entre su finca y la que les había vendido.

El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente las pretensiones del actor, declarando que los demandados habían incurri-

do en mora y condenándoles a realizar en el plazo de cuatro meses las obras mencionadas en el contrato, y desestimó los demás pedidos de la demanda, así como los de las reconvencciones. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó sólo de modo parcial el recurso del actor, condenando a los demandados al pago de las costas de la reconvencción y desestimó el interpuesto por estos últimos. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y condenó a los demandados abonar al demandante la cantidad de 4.800.000 pesetas.

NOTA.—Aunque el Tribunal de apelación declara que los demandados han incurrido en mora, no deriva de ello consecuencias ni efectos de clase alguna. La Audiencia Provincial se centra únicamente en la improcedencia de la indemnización por lucro cesante, que rechaza por afirmar carecerse de bases firmes para su valoración, sin referirse a la petición de indemnización de daños y perjuicios que alternativamente fue formulada en la demanda.

Para el Tribunal Supremo el incumplimiento contractual de los demandados ha frustrado totalmente las legítimas y fundadas expectativas del demandante y la finalidad por él perseguida de poder destinar, en breve plazo, la finca de su propiedad a un cultivo de alta rentabilidad. Por tanto, considera que se ha producido un daño *in re ipsa*, cuya prueba es innecesaria, pues deriva del incumplimiento contractual que la sentencia recurrida ha considerado acreditado. Teniendo en cuenta el alcance económico de las consecuencias del incumplimiento, según determina la prueba pericial acordada por el Juzgado para mejor proveer, en modo alguno le parece exagerada al Alto Tribunal la cantidad de 4.800.000 pesetas que se solicitaba en la demanda como indemnización alternativa por los daños y perjuicios causados.

Acerca de la cuestión de si es o no necesario justificar el daño proveniente de incumplimiento contractual, la jurisprudencia ha reiterado que para que se conceda indemnización por daños y perjuicios no basta con probar el incumplimiento de la obligación, porque este incumplimiento no lleva consigo en todo caso la producción de daños, sino que éstos han de ser alegados y probados (entre otras, SSTS de 28 de mayo de 1984, 17 de septiembre de 1987, 5 de marzo de 1992, 12 de mayo y 22 y 29 de julio de 1994, 6 de abril y 28 de junio de 1995, 8 de febrero y 1 de abril de 1996 y 4 de febrero de 2003). Sin embargo, en los casos en los que los daños y perjuicios se presenten como reales y efectivos no es necesario acreditar su realidad cuantificada (SSTS de 11 de julio de 1997 y 25 de febrero de 2000). En este sentido, se ha sostenido que si el daño es patente, acreditado el incumplimiento no es preciso probar su existencia sino su cuantía (SSTS de 26 de mayo de 1990, 15 de junio de 1992 y 25 de marzo y 29 de diciembre de 1998). (*M. C. L. J.*)

23. Daños causados por incumplimiento contractual.—Para invocar la protección del artículo 1101 CC en reclamación del daño emergente o lucro cesante es esencial la relación causal entre los daños cuya reparación pide y el incumplimiento del contrato. La cantidad establecida como indem-

nización por lucro cesante no es revisable en casación, salvo que sea ilógica, arbitraria o desmesurada en relación con el supuesto fáctico litigioso.

Intereses moratorios.—En caso de reclamaciones dinerarias, el pago de los intereses moratorios actúa como sanción al deudor que no resulta debidamente cumplidor. De esta forma, el acreedor, que adquiere así la condición de perjudicado, debe ser protegido jurídicamente desde el momento en que se le reconoce judicialmente el crédito subsistente y no satisfecho, al tiempo de su reclamación judicial y aunque se le otorgue cantidad inferior a la pedida (FD. 4.º). (STS de 15 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Por documento privado de 20 de octubre de 1996, *Ripoche* concedió a *Salones de Ocio*, por una duración de diez años, la llevanza de la gestión del juego del bingo en la sala autorizada de un hotel, a cambio del reparto de los beneficios en un 60 por 100 para *Ripoche* y un 40 por 100 para *Salones de Ocio*. En el transcurso del contrato, concretamente el 30 de diciembre de 1991, la Administración revocó la licencia del juego concedida a *Ripoche* por no haber realizado las obras que había sido requerida efectuar y porque había cesado en la actividad hotelera.

La entidad *Salones de Ocio, S. A.*, demandó por las reglas del juicio declarativo de menor cuantía a *Ripoche, S. A.*, solicitando que fuese condenada al pago de indemnización por los daños sufridos por el incumplimiento voluntario del contrato. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a *Ripoche* al pago a la actora de 3.150.000 pesetas por gastos realizados por ésta, y la ganancia dejada de obtener por el bingo en el año 1992, aplicando en su cálculo la media de los rendimientos anteriores de duración del contrato. Apelada la sentencia, la Audiencia estimó parcialmente el recurso interpuesto por *Salones de Ocio* y aumentó la indemnización en 13.383.370 pesetas por falta de amortización de las inversiones iniciales. Interpuesto recurso de casación por *Salones de Ocio*, el Tribunal Supremo ha lugar al mismo, de modo que casa la sentencia recurrida en el único sentido de condenar a la demandada al pago de los intereses legales desde la interposición de la demanda.

NOTA.—Respecto a la cantidad fijada en concepto de lucro cesante, para el Tribunal Supremo no puede objetarse que, por la extinción anticipada del contrato, los gastos no pudieron amortizarse con las ganancias, pues en ningún lugar del contrato se consignó tal cosa, ni pasaba de ser una hipotética posibilidad aquella amortización. Además, tuvo en cuenta las circunstancias particulares de este caso; concretamente el hotel en el que estaba instalado el bingo fue cerrado, lo que supuso la pérdida de gran parte de la clientela de la que se nutría el negocio.

Interpretando las cláusulas del contrato, el Tribunal Supremo rechaza que la sentencia recurrida infrinja el artículo 1101 CC por no tener en cuenta distintas partidas: en cuanto a las inversiones posteriores a la celebración del contrato, en el mismo se obligaba a la recurrente a reponer y reparar todo el material de la sala de bingo; por lo que se refiere a las obras ordenadas por la Administración, el contrato no le obligaba a la recurrente a realizarlas; respecto a las indemnizaciones al personal, el contrato las excluía y en

cuanto a la pérdida de avales no hubo prueba alguna de que este hecho se haya producido.

No obstante, el Tribunal Supremo manifiesta su discrepancia con la sentencia recurrida, en cuanto que la misma concedió parte de la indemnización pedida por inversiones iniciales (para el desarrollo del contrato) y por obras en el sótano, siendo totalmente incompatible con lo estipulado en él. No obstante, el Alto Tribunal mantuvo dicha concesión porque no fue recurrida por la demandada y por la prohibición de *reformatio in peius*.

La sentencia anotada reitera la doctrina establecida en materia de intereses moratorios en las SSTS de 24 de septiembre de 1998, 26 y 27 de noviembre de 1999 y 20 de mayo y 15 de diciembre de 2004. (*M. C. L. J.*)

24. Responsabilidad civil contractual. Incumplimiento. Indemnización de daños y perjuicios: cuantificación.—Reiterada doctrina jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 24 de enero de 1975, 5 de junio de 1985, 7 de diciembre de 1990 y 25 de febrero de 2000) afirma que cuando los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual se presentan como reales y efectivos no es necesario acreditar su cuantificación. (**STS de 29 de octubre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—En marzo de 1990, las entidades *Muebles Palafor, S. L.* y *La Palma Hotel Company, S. A.*, celebran un contrato en virtud del cual la primera de las empresas se compromete a vender a la segunda entidad mercantil determinados muebles y enseres destinados al establecimiento hotelero que estaba construyendo la entidad *La Palma Hotel Company, S. A.*, así como a su instalación en las distintas dependencias del hotel.

En el citado contrato se pactó que el plazo de entrega y del definitivo montaje del mobiliario suministrado terminaría el 15 de junio de 1990. Sin embargo, como consecuencia del retraso en la terminación de las obras que la entidad *La Palma Hotel Company, S. A.*, estaba realizando en el hotel situado en la isla de La Palma, el montaje de los muebles no concluyó hasta el 15 de octubre de 1990.

La entidad *Muebles Palafor, S. L.*, interpone demanda contra *La Palma Hotel Company, S. A.*, solicitando se condene a la demandada al pago de determinada cantidad de dinero en concepto de indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del retraso en la ejecución del amueblamiento del hotel.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y estima parcialmente el recurso de apelación de la parte demandante. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (*M. J. P. G.*)

25. Daño moral. Cuantificación.—A partir de la S de 6 de diciembre de 1912, el Tribunal Supremo viene considerando que aunque el daño moral,

que afecta a intereses espirituales del ser humano, no se encuentre específicamente regulado en el Código civil, tiene adecuado encaje en exégesis de ese amplísimo «reparar el daño causado» que emplea el artículo 1902. Partiendo de la base de que la valoración económica en todo daño moral es difícil, destacan como parámetros para cuantificar el mismo la entidad causante del daño y el sufrimiento de las víctimas.

En principio, la estimación de los daños y perjuicios y su valoración corresponde a las soberanía del Tribunal *a quo*, salvo que hayan de cambiar por error craso o razones de ley los parámetros o supuestos normativos en que aquella se apoye (STS de 20 de mayo de 1996).

Por lo que respecta a la motivación de la cuantía de la indemnización, la STS de 25 de octubre de 2002 «desconoce y contradice la interdicción de la arbitrariedad cuando se fija sin explicación, una cantidad concreta que no se sabe por qué es ésta y no el doble o la mitad». (STS de 17 de febrero de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—En junio de 1994, con ocasión de un viaje a Rusia, el matrimonio formado por doña L. N. y don M. R. cambiaron (lo hizo la primera para sí y para su esposo) pesetas por dólares (contrato de cambio) en una oficina del *Banco de Santander, S. A.* La mencionada entidad entregó tres billetes de 100 dólares cada uno falsos y otro de 50 auténtico.

En el transcurso del viaje, al intentar hacer pago sucesivamente con los tres billetes falsos que les había dado el banco, el matrimonio se vio involucrado en graves alteraciones y escándalos. En el tercer intento, se produjo su detención por la policía y retirada del pasaporte, aunque posteriormente fueron puestos en libertad y les fue devuelto el pasaporte.

El matrimonio formuló demanda en reclamación de 113.500.000 pesetas por daños morales, que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y fijó la indemnización en la cuantía de 30.000 pesetas. En atención a que el incidente se produjo en un país con escasa tradición democrática, lengua desconocida y garantías ignoradas, el Tribunal Supremo revocó la sentencia recurrida y condenó a *Banco Santander Central Hispano, S. A.*, a abonar a cada uno de los recurrentes, doña L. N. y don M. R., la cantidad de 78.131 euros.

NOTA.—Es doctrina reiterada que la fijación del *quantum* indemnizatorio es función de los órganos de instancia (SSTS de 7 de marzo de 1997, 26 de febrero de 1998, 19 de abril de 1999, 21 de enero de 2000, entre otras muchas), quedando, por tanto, al margen de la revisión casacional, la apreciación de daño moral y la cuantía de la indemnización correspondiente (SSTS de 27 de enero de 1997, 10 de diciembre de 1999, 20 de noviembre de 2000 y 18 de junio de 2004). Sin embargo, la STS de 20 de mayo de 1996 exceptúa los supuestos en los que se haya de cambiar por error craso o razones de ley los parámetros o supuestos normativos en que aquella se apoye (doctrina jurisprudencial seguida, entre otras, en las SSTS de 18 de febrero de 1997, 29 de mayo de 2003 y 18 de junio de 2004).

La sentencia anotada sigue esta última línea jurisprudencial. Discrepa el Tribunal Supremo de la sentencia dictada por la Audiencia, al considerar que no es cierta la culpabilidad que ésta expone de la conducta del matrimonio, que califica de «contraria a las más elementales normas de la buena fe». Para el Alto Tribunal se trata de una calificación jurídica revisable en casación que no es aceptable, puesto que considera que unos particulares, que obtienen papel moneda de una entidad bancaria, tienen derecho a confiar en ésta y no se les puede exigir una desconfianza impensable. Por tanto, no cabe imputar mala fe al matrimonio, ni se puede aceptar que la conducta de éstos incida en la producción de perjuicios, sino que éstos derivan directamente y de forma exclusiva de la conducta del banco.

Pese a que la sentencia dictada por la Audiencia considera lo vejatorio de la situación violenta en la que se vieron inmersos el matrimonio llega a la conclusión de fijar un importe «casi simbólico», sin valoración del daño moral y sin explicación sobre la cifra acordada. En este sentido, el Tribunal Supremo considera que puede hablarse de falta de motivación de la cuantía en concepto de daño moral que se concreta en este caso en el atentado al derecho a la libertad personal, prescindiendo del tiempo que durara, al inaleable derecho a la dignidad, por las afrentas y vejámenes sufridos y al derecho a la seguridad jurídica. (M. C. L. J.)

26. Incongruencia de la sentencia que condena a la parte demandada a la reparación *in natura*, habiendo sido solicitada por la actora la condena al pago de una indemnización.—Es doctrina jurisprudencial reiterada la de que el recurso de apelación se configura en nuestro ordenamiento como una revisión del proceso seguido en la primera instancia. El Tribunal de apelación asume toda la jurisdicción sobre las cuestiones que surjan de las posiciones mantenidas por las partes en la demanda y en la contestación a la misma, sin que puedan plantearse cuestiones no alegadas en la primera instancia (FJ 2.º, STS de 7 de marzo de 2005).

El planteamiento realizado en apelación por la parte recurrente «[...] de ser procedente, no la indemnización pecuniaria solicitada en el suplico, sino una reparación *in natura*, supone una alteración de los términos del debate judicial contenido en los escritos iniciales del proceso [...]», incurriendo el Tribunal de instancia en incongruencia por *extra petitum*, la cual se produce cuando la sentencia no versa sobre el objeto del proceso, determinado por las pretensiones de las partes, ya que si bien no realiza omisión de ninguno de los pronunciamientos exigidos, resuelve sobre algo que no se corresponde con las pretensiones planteadas por las partes.

Imposibilidad de alegar daño moral cuando existe una reclamación de un perjuicio patrimonial.—El concepto de daño moral no comprende aspectos del daño material. Cuando una lesión atenta a la esfera patrimonial del sujeto no es posible entender que también alcanza a la esfera individual. Únicamente existirá daño moral cuando se haya atentado a un derecho inmaterial de la persona, no teniendo lugar cuando se produce y se reclama un perjuicio patrimonial (FJ 5.º, STS de 31 de octubre de 2002 [RJ 2002/9736]; FJ 4.º, STS de 7 de marzo de 2005). (STS de 7 de marzo de 2005; ha lugar al recurso interpuesto por la que era parte actora en primera instancia; no ha lugar al recurso interpuesto por la que era parte demandada en primera instancia.)

HECHOS.—La parte actora interpone demanda solicitando se declare que la vendedora ha cumplido defectuosamente los contratos de compraventa al existir defectos constructivos, a la vez que se le condene a indemnizar los daños y perjuicios causados como consecuencia del referido cumplimiento defectuoso. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la parte demandada al abono de parte de la indemnización solicitada por la actora. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima condenando a la demandada en primera instancia a la realización de las obras de reparación necesarias para subsanar los defectos existentes. Se interpone recurso de casación por ambas partes litigantes. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por la parte actora y desestima el recurso interpuesto por la sociedad demandada en la primera instancia.

NOTA.—La sentencia que anotamos estima que no resulta posible entender que se ha producido un daño moral cuando, a su vez, se está reclamado un perjuicio patrimonial. Esta postura ha sido mantenida por la jurisprudencia en innumerables sentencias, entre las más recientes, la STS de 31 de octubre de 2002 [RJ 2002/9736], en la que el Tribunal Supremo manifestaba, en un caso de vicios constructivos, que el concepto de daño moral no comprende aspectos del daño material, y que no cabe alegarlo cuando se produce y reclama un perjuicio patrimonial. Sin embargo, siendo ésta la tendencia jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha entendido, de forma excepcional, que el daño moral puede emanar de un daño material [STS de 19 de octubre de 1996 (RJ 1996/7508); STS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8289)].

En cuanto a los aspectos que se requieren para poder reconocer la existencia de un daño moral indemnizable, se señalan la existencia de un padecimiento o sufrimiento psíquico o espiritual, refiriéndose la más reciente doctrina jurisprudencial al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad o impacto emocional [FJ 2.º, STS de 12 de julio de 1999 (RJ 1999/4770); FJ 2.º, STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089); FJ 3.º, STS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8289)]. (L. Z. G.)

27. Contrato de factoring. Doctrina jurisprudencial.—Conforme a lo establecido por jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 2 de febrero de 2001, 11 y 28 de febrero de 2003 y 28 de mayo de 2004), se admite la existencia de dos modalidades de *factoring*: el «*factoring* con recurso», en que los servicios prestados por el factor consisten en la administración y gestión de los créditos cedidos, pudiendo unirse o no un servicio de financiación, y en la que la cesión de los créditos cumple la misma función económica que el contrato de descuento, considerándose la cesión como una gestión de cobro; y, además, el «*factoring* sin recurso» o «*factoring* propio», en que, a los servicios que caracterizan al anterior, se añade un servicio de garantía, por el que se produce un traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido, del empresario al factor, de modo que, producida la insolvencia, en los términos pactados, ésta no recae sobre el cliente cedente sino sobre el factor cesionario, sin que éste pueda reclamar al cliente el importe de los créditos impaga-

dos; es decir, en el *factoring* propio o sin recurso, se produce una transmisión plena del crédito al cesionario, cesión que tiene una causa onerosa. Tanto si se admite que el *factoring* con recurso y financiación constituye una modalidad del descuento o se considera como un préstamo o una compraventa de créditos, procede aceptar que las cesiones de crédito realizadas en el espacio de este contrato transmiten de forma plena la propiedad de los créditos objeto de las mismas al factor. Por lo que las cesiones de crédito efectuadas en virtud del contrato de *factoring* se estiman como plenas en atención a los artículos 1529 CC y 348 CCO. En definitiva, excepto si la cesión de un determinado crédito se realiza a los exclusivos efectos de su cobro, todas las cesiones de crédito que provienen de un contrato de *factoring*, originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos.

Todo ello lleva a concluir que el contrato litigioso constituye un verdadero contrato de *factoring*, en que se transmiten los créditos en propiedad, si bien no se responde de la insolvencia del cedente, lo que, como se ha dicho, es accidental a tal contrato y su existencia depende de que se inserte esa cláusula por voluntad de las partes; pero, asimismo, no está pactada una cesión de cobro o un descuento similar al bancario.

Antecedentes legislativos.—También caracterizan descriptivamente al contrato de *factoring*, en este mismo sentido, algunas normas considerables como antecedentes legislativos de este tipo de contratos. Así: Ley de 14 de abril de 1994, sobre adaptación de la legislación española en materia de Entidades de Crédito, a la 2.^a Directiva Comunitaria de Coordinación Bancaria, el RD de 26 de abril de 1996, sobre Régimen Jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito, y de forma más detallada, la Ley de 5 de enero de 1999, de Entidades de Capital-Riesgo y de sus Sociedades Gestoras, en su Disposición Adicional 3.^a. (**STS de 6 de octubre de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—El 20 de junio de 1992, la actora-tercerista, *G., Entidad de Financiación Factoring, S.A. (CAYF)*, suscribe con la ejecutada y demandada de tercería, *Grupo INSA (Guinsa)* un contrato denominado de «cesión de créditos y financiación», formalizado ante corredor de comercio colegiado y constituyéndose el *Grupo IN* como «cedente» en relación a las provisiones de productos y en su caso servicios, a las empresas detalladas como «deudoras» de los créditos que tuviere frente a éstas. *Catalana de factoring*, entidad de financiación especializada en operaciones de *Factoring*, se constituye en «cesionaria» y acuerdan la «cesión» a la «cesionaria» de los créditos que la «cedente» tenga pendientes de cobro de los citados «deudores», bajo un determinado condicionado. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) tramitó procedimiento administrativo contra la entidad *Grupo INSA*, por débitos a la Seguridad Social y decreta el embargo de sus bienes en fecha 8 de octubre de 1993, haciendo traba de los créditos que la embargada tenía contra la empresa *Basf Española* (una de las detalladas como «deudoras» en el anexo del contrato antes citado). Y requerida ésta, procede a pagar a la AEAT. Dentro de este trámite, la hoy demandante, *Catalana de Factoring, S. A.*, planteó alegaciones a modo de tercería de dominio en vía administrativa. La Resolución de la AEAT, que agota la vía administrativa, de 31 de mayo de 1995, reconduce la reclamación, sin negarle el carácter de acreedora, a una tercería de mejor derecho y en aplicación del artículo 71

de la Ley General Tributaria, determina el carácter preferente de su crédito sobre el otro y deniega la referida reclamación.

Catalana de Factoring presenta demanda de tercería de dominio frente a los implicados en el procedimiento administrativo anterior (AEAT y *Guinsa*), oponiéndose únicamente la Agencia. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y acuerda el levantamiento del embargo trabado. La AEAT recurre en apelación, que es estimado por la Audiencia, por no constituir el contrato firmado un contrato de *factoring* y no haber transmisión de la propiedad de los créditos cedidos, sino una especie de descuento bancario, por falta de transmisión del dominio, la existencia de un poder especial para cobrar dichos importes (por los que cobraría como mero mandatario), la falta de vencimiento de los créditos y la retrocesión pactada. (*S. M. S.*)

28. Inexistencia de voluntad de novar al no haberse producido alteración esencial de los elementos estructurales del contrato.—No resulta posible entender que ha existido novación cuando las modificaciones introducidas no tengan virtualidad suficiente para originar dicho efecto, siendo preciso que se produzca una alteración esencial de los elementos estructurales del contrato (FJ 5.º STS de 4 de marzo de 2005).

Sobre esta materia la jurisprudencia se ha pronunciado en el siguiente sentido: *a*) que la voluntad tácita de novar se induce de la incompatibilidad de ambas convenciones, debiendo ser apreciada por el juzgador según las circunstancias de cada caso; *b*) que la novación no se presume y debe constar de forma expresa o por incompatibilidad entre ambas obligaciones; [FJ 3.º, STS de 18 de marzo de 1992 (RJ 1992/2206); FJ 4.º, STS de 28 de mayo de 1996 (RJ 1996/3860); FJ 3.º, STS de 23 de julio de 1996 (RJ 1996/5897)]; FJ 3.º, STS de 2 de octubre de 1998 (RJ 1998/8366); *c*) que ha de constar con toda claridad la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación, aunque también puede deducirse de la incompatibilidad de ambas obligaciones; *d*) que corresponde a los Tribunales de instancia la determinación de si existe incompatibilidad entre ambas obligaciones; [CDO 3.º, STS de 16 de febrero de 1983 (RJ 1983/1041)]; *e*) que las cuestiones relativas a los hechos determinantes de la novación son facultad propia y peculiar del Tribunal *a quo*; *f*) que el artículo 1204 CC prevé la posibilidad de novación en forma tácita, fundada en la incompatibilidad de obligaciones, en tal manera que la primera contraría a la anterior de forma terminante o se produzca una variación muy acusada de las condiciones principales, atendándose en cada caso concreto a las circunstancias concurrentes, correspondiendo a los Tribunales de instancia decretar si se da o no dicha incompatibilidad [CDO 1.º, STS de 24 de enero de 1962 (RJ 1962/50); CDO 3.º, STS de 16 de febrero de 1983 (RJ 1983/1041); FJ 2.º, STS de 29 de enero de 1999 (RJ 1999/330)]; (FJ 5.º, STS de 4 de marzo de 2005).

Imposibilidad de volver en casación sobre el *factum* de una sentencia para lograr su modificación.—Según reiterada doctrina jurisprudencial, debido a la naturaleza extraordinaria de la casación, no es posible volver sobre el *factum* de una sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias excepcionales (FJ 6.º STS de 4 de marzo de 2005). (**STS de 4 de marzo de 2005**; no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrados tres contratos de compraventa en la misma fecha y sobre los mismos objetos, aunque con una pequeña variación en el contenido de una de las cláusulas, se plantea el problema de determinar cuál es el que efectivamente vincula a las sociedades mercantiles litigantes. Debe señalarse como dato relevante, el que las partes hicieran entrega en depósito de un sobre cerrado, lacrado y firmado por ellos en el que se suscribía un documento de constitución de depósito como efectiva integración de la voluntad convencional, que tendría relación con uno solo de los tres contratos suscritos, siendo dicho contrato el que finalmente vincule a las partes por contener el preciso aporte de voluntad convencional efectivo. La parte actora interpone demanda solicitando que se vincule dicho recibo con uno de los concretos contratos celebrados cuyo precio ascendía a 215.000.000 de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, siendo ésta confirmada en grado de apelación por la Audiencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en primera instancia.

NOTA.—La sentencia objeto de anotación plantea el problema relativo a la voluntad novatoria en el contrato. Son numerosas las sentencias que consideran que la novación nunca se presume, siendo necesario para que ésta exista que se declare expresamente, o que resulte de modo evidente de los términos del acto que se considera novatorio [STS de 23 de julio de 1996 (RJ 1996/5897), STS de 15 de marzo de 1996 (RJ 1996/2181), entre otras]. Resulta por tanto necesario que conste de modo inequívoco la voluntad de novar. Sin embargo, la jurisprudencia admite otra forma de considerar producida la novación: que la voluntad tácita de novar se induzca de la incompatibilidad de ambas convenciones [STS de 28 de mayo de 1996 (RJ 1996/3860), STS de 23 de julio de 1996 (RJ 1996/5897), STS de 2 de octubre de 1998 (RJ 1998/8366), entre otras]. La autonomía de la voluntad es la que decide, bien en forma expresa, bien como resultado de la incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación. Dicha incompatibilidad surgirá, según la jurisprudencia, siempre que se alteren las condiciones principales de la obligación, lo cual parece contradecir el artículo 1203 CC, al calificarse dichas alteraciones a priori como modificativas simplemente, no pareciendo entonces lógico que el artículo 1204 CC les dé el rango de causas extintivas de la obligación, al disponer que «para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles» (Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1999, p. 234). (L. Z. G.)

29. Compraventa civil: venta de cosa ajena. Doble inmatriculación. Efectos. Resolución del conflicto conforme a las normas del Derecho civil: prioridad de válida adquisición anterior respecto a otra posterior.—Cuando una finca o una parte de ella consta inmatriculada dos o más veces, se genera una situación irregular que, como contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto

positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asientos.

El conflicto debe resolverse conforme a las normas del Derecho civil y no a las del Derecho hipotecario, que, en otro caso, serían aplicables. La coexistencia de dos asientos incompatibles de igual rango y naturaleza origina la quiebra de los principios rectores del sistema tabular. Entre esas normas aplicables, ocupa un lugar la reflejada en la regla *prior tempore, potior est iure*, que atiende a la prioridad de toda adquisición válida respecto de la posterior, ya que, en los casos en que la propiedad haya tenido un único titular anterior, en la transmisión que sea segunda en el tiempo el transmitente carecerá de poder de disposición en cuanto la misma cosa habrá sido adquirida antes por otro, como consecuencia del precedente negocio. Y tal facultad de disponer constituye condición necesaria para que el pago (que, a la vez, es *traditio*) complete los efectos transmisivos de la propiedad a favor de quien contrató dicha segunda adquisición. También cuenta la prioridad de la propia inscripción cuando, como en casos de doble venta, la norma aplicable supe-dite a ella la decisión del conflicto entre los compradores. (STS de 11 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El proceso tiene como antecedente inmediato un expediente de jurisdicción voluntaria de los previstos en el artículo 313 RH, a cuyo término el órgano judicial competente declaró la concurrencia de un supuesto de doble inmatriculación, por estar la finca registral de la aquí actora incluida en la mayor de la aquí demandada. Por ello, ordenó se extendiera en los libros registrales nota expresiva de la anomalía y remitió a los interesados a este posterior debate sobre el mejor derecho.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la acción reivindicatoria planteada por *Moreno Roldán, S. L.*, frente a *Corporación Altosa, S. L.*, poseedora que se atribuye condición de dueña. La demandante interpone recurso de apelación, que también es desestimado. (S. M. S.)

30. Resolución de contrato de compraventa de inmueble por falta de pago. Innecesaria concurrencia de una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento».—La doctrina jurisprudencial ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, sustituyéndolo por el impago en sentido objetivo, con lo que ya no se viene exigiendo una actitud dolosa del comprador para que la resolución por incumplimiento de pago pueda tener lugar, bastando con que se frustre el fin del contrato para la contraparte, es decir, que se produzca quiebra de la finalidad económica de la relación, imputable al comprador o sucesores que resulten obligados, y no satisfacen el precio que se había acordado para la transmisión dominical (FJ 1.º, STS de 9 de marzo de 2005). (STS de 9 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda por la parte actora solicitando se declare resuelto el contrato de compraventa de inmueble celebrado entre la parte demandante y la sociedad demandada, al incluirse en el mismo una condición resolutoria explícita para el

caso de impago. No habiéndose abonado por parte de la compradora la suma de 4.100.000 pesetas del precio aplazado, la actora entiende que el contrato debe considerarse resuelto, y que la parte compradora ha de perder todas las cantidades hasta ese momento entregadas en concepto de indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda en su integridad. La entidad actora interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, resultando estimado en parte el recurso, al considerar la Audiencia resuelto el contrato de compraventa suscritos por la parte actora y la sociedad demandada, así como los contratos que se hayan celebrado con posterioridad, y que de aquél traigan causa. La sociedad demandada en primera instancia interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El recurso es desestimado. El Supremo afirma que habiendo sido abandonada por la jurisprudencia la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, resulta suficiente con saber que se ha frustrado el fin del contrato para la contraparte.

NOTA.—El artículo 1504 CC resulta de aplicación a aquellas compraventas de inmuebles en las que el vendedor se reserva, de forma expresa, la facultad de resolver el contrato en caso de impago de uno o varios plazos por parte del comprador. En ocasiones las partes contratantes acuerdan la necesidad de requerimiento previo por parte del vendedor, otorgando al comprador un breve plazo de tiempo para que proceda al abono de los pagos pendientes. Otras veces se acuerda la resolución automática sin necesidad de proceder al requerimiento previo del deudor, sin embargo, ésta viene a ser una exigencia establecida por el artículo 1504 CC.

Para que sea posible la resolución del contrato de compraventa resulta necesario que concurren los siguientes requisitos: *a)* la existencia de una compraventa de inmueble con precio aplazado; *b)* que se produzca un impago del precio por parte del comprador; *c)* que se produzca el requerimiento previo por parte del vendedor; *d)* que el vendedor no haya incumplido sus obligaciones; *e)* que exista una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Estos son los requisitos necesarios para que opere la resolución contractual (González Póveda, *La resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio*, Madrid, 1997, p. 25). La exigencia de este último requisito (la existencia de «una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento») no ha tenido siempre la misma fuerza. La jurisprudencia parece haber evolucionado pasando de exigir, para que pueda tener lugar la resolución, el requisito subjetivista de la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» [SSTS de 28 de enero de 1944 (RJ 1944/223), 23 de septiembre de 1959 (RJ 1959/3360), 1 de febrero de 1967 (RJ 1967/470), 24 de junio de 1968 (RJ 1968/3279), 3 de junio de 1970 (RJ 1970/2790), 16 de noviembre de 1979 (RJ 1979/3849)] a exigir una voluntad obstativa al cumplimiento [SSTS de 19 de junio de 1979 (RJ 1979/ 2441), 26 de enero de 1980 (RJ 1980/167), 11 de octubre de 1982 (RJ 1982/5551)], y ya, en sentencias más recientes, simplemente el impago objetivo que frustre el fin del contrato para la parte vendedora [SSTS de 20 de noviembre de 1984 (RJ 1984/5616), 22 de marzo de 1985 (RJ 1985/4963),

10 de marzo de 1983 (RJ 1983/1467), 25 de junio de 1985 (RJ 1985/3314), 22 de septiembre de 1985 (RJ 1985/4963), 20 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5620), 5 de junio de 1989 (RJ 1989/4298), 7 de junio de 1991 (RJ 1991/4430), 4 de julio de 1994 (RJ 1994/6426), 16 de marzo de 1995 (RJ 1995/2658), 9 de mayo de 1996 (RJ 1996/3870), 15 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8215), 13 de febrero de 2003 (RJ 2003/1017), 15 de julio de 2003 (RJ 2003/4636); entre otras]. Aún así, en algunas sentencias de fecha posterior, cuando ya parecía superada la tendencia mayoritaria de ver en la voluntad rebelde un requisito necesario para la resolución contractual, el Tribunal Supremo ha vuelto a exigir la necesidad de que concurra tal presupuesto [SSTS de 25 de enero de 1985 (RJ 1985/197), 22 de mayo de 1991 (RJ 1991/3783), 25 de octubre de 1991 (RJ 1991/7238)].

Debemos concluir que la nueva orientación jurisprudencial en esta materia podría resumirse en lo siguiente: *a)* Rechazo de la «voluntad deliberadamente rebelde» del comprador como elemento constitutivo de la resolución por incumplimiento. *b)* Sobre la base de dicho rechazo, destacar la existencia de una nueva línea jurisprudencial en la que coexisten dos direcciones distintas: una, que sustituye la terminología ya conocida por otra también subjetiva como es la «voluntad obstativa al cumplimiento»; la otra, que se basa en términos objetivos, exigiendo un incumplimiento grave que frustre el fin del contrato para la contraparte (*vid.* Jordano Fraga, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria: estudio jurisprudencial del artículo 1504 CC*, Madrid, 1992, pp. 80 y 81).

Podría suceder, sin embargo, que nos encontráramos simplemente ante una quiebra en la terminología operada por la doctrina tradicional de la «voluntad rebelde», no existiendo realmente cambio alguno en los verdaderos criterios de decisión del Tribunal Supremo (*vid.* Jordano Fraga, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, pp. 85-110). (*L. Z. G.*)

31. Arrendamientos urbanos: derecho de retracto. Caducidad de la acción: cómputo del plazo: desde el día siguiente al de la notificación de la transmisión, o, en su defecto, a aquel en que el arrendatario tenga conocimiento pleno y circunstanciado de ella.—El día inicial del cómputo del plazo establecido en el artículo 48.2 LAU, de caducidad (según jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, STS de 7 de marzo de 2003), corre desde el día siguiente a la notificación a que dicha norma se refiere, o, en su defecto, a aquel en que el arrendatario tenga conocimiento pleno y circunstanciado de la transmisión (SSTS de 12 de febrero de 1981, 30 de noviembre de 1996 y 6 de marzo de 2000).

Suspensión del plazo de caducidad: no procede.—Y por tanto no cabe suspender el curso de ese plazo al interponer la demanda y reanudarlo a partir de la providencia de su admisión a trámite. Es cierto que, sin desconocer que la caducidad no se impide más que con la ejecución del acto previsto, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en alguna sentencia, ha valorado las excepcionales circunstancias concurrentes en algún caso para adaptar a ellas la exigencia de una posibilidad objetiva del ejercicio de la acción, y así ha tomado en consideración la concurrencia de ciertos impedimentos (incluso

subjetivos, como el error provocado al retrayente, STS de 30 de septiembre de 1992). Sin embargo, ninguno de los datos que resultan de las actuaciones justifican introducir una excepción, en este caso, a la aplicación objetiva de la caducidad, que responde a elementales razones de seguridad jurídica y rechaza al menos como regla la posibilidad de interrupción o de suspensión. (STS de 19 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El retrayente interpone demanda en el plazo establecido en el artículo 48.2 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que ha sido considerado el aplicable, pero consignó el precio una vez vencido aquél, a contar desde el día en que admitió haberlo conocido, aunque no si el término *a quo* lo constituía la providencia por la que el Juzgado de Primera Instancia había dado trámite al proceso y mandado requerir al demandante para que demostrase la consignación.

El Juez de Primera Instancia declara caducada la acción, según los artículos 1618.2.º LEC y 1518 CC. La Audiencia Provincial, en cambio, entiende que la consignación se ha realizado dentro de plazo. (S. M. S.)

32. Arrendamientos rústicos históricos. Diferencia entre «cultivador personal» y «profesional de la agricultura».—No cabe confundir la figura del cultivador personal con la del profesional de la agricultura; aquella cualidad corresponde al que cultiva directamente las fincas, con la ayuda de las personas que enumera el artículo 16 LAR; es un concepto amplio que engloba el de profesional de la agricultura. En cambio, esta denominación se presenta como más restringida, en cuanto se refiere a quien de modo preferente se dedique a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación (SSTS de 16 de julio de 1992, de 14 de noviembre de 2000 y de 16 de mayo de 2003).

Arrendamientos rústicos históricos. Acceso a la propiedad. Se reconoce al arrendatario que ostenta la condición de agricultor profesional.—El artículo 1.1 LARH de 10 de febrero de 1992, concede el derecho de acceso a la propiedad al arrendatario que tiene la condición de profesional de la agricultura, esto es, la persona mayor de edad que se dedique o vaya a dedicarse a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación, como agricultor, profesional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.5 LMEÁ, según el cual «agricultor profesional» es la persona física que siendo titular de una explotación agraria, al menos, el 50 por 100 de su renta total la obtenga de actividades agrarias u otras actividades complementarias, siempre y cuando la renta procedente directamente de la actividad agraria realizada en su explotación no sea inferior al 25 por 100 de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total. (STS de 14 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El señor F. G. formuló demanda contra la comunidad de herederos del señor G. L., solicitando que se declarase su derecho a la adquisición forzosa de determinadas fincas propiedad de los demandados, y en calidad de arrendatario de las mismas, en virtud y por los medios establecidos en el artículo 2.2 de la Ley de

Arrendamientos Rústicos Históricos de 1992; amparándose para ello en su derecho de acceso a la propiedad, reconocido en la misma Ley, al tratarse de un arrendamiento anterior al Código civil. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y absolvió a los demandados de los pedimentos contenidos en la misma. La Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso de apelación del actor y, con revocación de la sentencia de instancia, estimó la demanda inicial. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (L. A. G. D.)

33. La acción directa del artículo 1597 CC.—El Tribunal Supremo declara que la acción directa del artículo 1597 CC se concede al tercero frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma y su fundamento (razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que «el deudor de un deudor es también deudor mío») hacen que también alcancen a los contratistas anteriores. Es decir, si el dueño de la obra celebra contrato de obra con un contratista, éste subcontrata y éste a otro, etc., cualquiera de los subcontratistas tiene acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a su subcontratista anterior (STS de 2 de julio de 1997). Asimismo, el artículo 1597 CC convierte a los acreedores en titulares de una acción, para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra, en razón a que éste retiene sumas dinerarias y resulta deudor de las mismas al subcontratista o subcontratistas que generaron el débito reclamado por razón de los trabajos encargados y materiales que se aportaron. (STS de 10 de marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La Consejería de Medio Ambiente de Castilla y León adjudicó el 15 de enero de 1995 una obra de construcción de una depuradora a *Gruteconsa*, quien subcontrató parte de la ejecución de las obras con la sociedad *Seindeco 2, S. L.*, actuando en todo momento en representación de esta última don J. *Seindeco 2*, a su vez, contrató el suministro de los materiales de la obra con varias empresas de la zona: *Para y Mediavilla, S. L.*, y don Á. Se entregan los materiales contratados y se facturan a nombre de *Seindeco 2*. Don J., en nombre de dicha entidad, aceptó, para abonar dichas facturas, varias letras de cambio por el valor de los materiales suministrados, letras que, a su vencimiento, resultaron impagadas. Al no hacer frente *Seindeco 2* al abono de los materiales suministrados, los demandantes se pusieron en contacto con la contratista principal *Gruteconsa*, que alegó que ya había pagado a la subcontratista; asimismo lo hicieron con los responsables de la obra de la Junta de Castilla y León, la Consejería de Medio Ambiente, sin obtener solución alguna. *Para y Mediavilla* y don Á. demandaron a *Seindeco 2*, a don J., a *Gruteconsa* y a la Junta de Castilla y León. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados al pago de las cantidades reclamadas, si bien los deudores principales serían *Seindeco 2* y don J., *Grucotensa* sería deudora subsidiaria de los anteriores, y la Junta de Castilla y León respondería de forma subsidiaria respecto de la entidad anterior.

La Audiencia Provincial revoca la sentencia, en el sentido de condenar a la Junta de Castilla y León y a *Gruteconsa* a que respondan directamente de la deuda fijada a *Seindeco 2* y a don J., frente a los demandantes. *Gruteconsa* interpone recurso de casación, alegando la aplicación indebida del artículo 1597 CC. El Tribunal Supremo estima la acción directa ejercitada frente a la contratista *Gruteconsa*, pero sólo por una determinada cantidad. Sin embargo, rechaza que la recurrente adeude otras cantidades a *Seindeco 2*, pues *Gruteconsa* ha aceptado varias cambiales en favor de la indicada subcontratista para el pago de certificaciones de obra, y ésta las descontó en el Banco Herrero, de manera que, mediante una operación de descuento cambiario, *Seindeco 2* cobró su crédito y, en consecuencia, no era acreedora de la contratista. Por tanto, aunque el Alto Tribunal estima la acción directa por una determinada cantidad, ratifica la sentencia de instancia. (S. L. M.)

34. Contrato de transporte. Transporte urbano de personas en su modalidad de transporte subterráneo. Perfección del contrato. Se produce incluso antes de la adquisición del billete si para ello es necesario acceder a las dependencias o instalaciones donde la transportista presta sus servicios.—La agresión sufrida por la esposa del recurrente se ha producido evidentemente dentro de la órbita del contrato de transporte, servicio que en su modalidad de transporte subterráneo desarrolla en régimen de exclusiva la compañía demandada. Y no sólo porque la víctima hubiese adquirido previamente un billete especial, merced al cual la demandada se comprometía a permitirle efectuar varios desplazamientos sin abono adicional de cantidad alguna y con el único requisito de reseñar en el billete cada una de las utilidades que del mismo se realizaren. Lo mismo podría decirse en el supuesto de que la usuaria pretendiese adquirir un billete del que anteriormente carecía, pues en uno y otro caso era imprescindible efectuar un trayecto a pie, dentro ya de las instalaciones subterráneas de la compañía ferroviaria, hasta acceder al punto en que la misma había instalado las taquillas y los aparatos de control electrónico de tarjetas o bonos multiviajes.

Integración del contrato. Interpretación del artículo 1258 CC. Finalidad protectora de la parte contractual más débil, en consonancia con la concepción social del contrato.—El artículo 1258 CC, dentro de su función integradora de las estipulaciones de los interesados, establece reglas de conducta de carácter imperativo, ajenas a las voluntades de aquéllos, que responden a una concepción social de la función del contrato y que vienen a imponer especiales deberes de conducta a favor de la parte más débil, ampliando el contenido obligacional expresamente pactado a aquellas otras consecuencias que, según la naturaleza del negocio, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley.

Contrato de transporte subterráneo. Deber de protección del prestador del servicio. Alcance. Se extiende no sólo a la específica actividad del transporte, sino también a las adicionales de desplazamiento por las instalaciones de la compañía.—Es incuestionable que en relaciones contractuales de la naturaleza de la que nos ocupa, entre los «deberes de protección» debe incluirse el que incumbe a la compañía de transporte demandada de velar porque no sufran daño alguno las personas que, para utilizar los servicios que aquella entidad presta, hayan de transitar por los espacios que for-

man parte de las estaciones construidas para posibilitar el desarrollo de los mismos. Espacios que no comprenden solamente los de las vías y andenes, sino también aquellos que ocupan vestíbulos, pasillos, escaleras, etc. Es decir, la indemnidad que el usuario del transporte de personas tiene derecho a obtener durante el desarrollo del mismo no se limita a la fase en que aquel se halle ocupando el vehículo correspondiente, sino que en supuestos como el de autos, se amplía a los momentos en que tras abandonar la vía pública deba caminar durante determinado trayecto, dentro ya del recinto privado de la empresa concesionaria para dar comienzo al desplazamiento no peatonal, y asimismo se extiende al recorrido que precise efectuar desde el punto en que abandona el medio de locomoción, hasta alcanzar la salida al exterior de las instalaciones de la entidad demandada.

Responsabilidad contractual. Infracción del deber de cuidado al no disponer la vigilancia necesaria en un lugar en que, por sus características y antecedentes, era racionalmente previsible que se produjera la agresión.—Si bien constaba a la compañía de ferrocarriles la situación de inseguridad existente, y que por ello había concertado con la otra demandada la vigilancia general de los locales de la empresa, con el fin de proteger a personas y bienes, evitando la comisión de hechos delictivos, no cuidó de requerir que la prestación de dichos servicios por vigilantes jurados o guardias de seguridad se desarrollase en régimen de presencia continuada en el vestíbulo y en los pasillos de la estación en que se produjo la agresión de autos y en aquellas otras de similares características, sistema que, aun siendo evidentemente más costoso, hubiera producido un efecto ya de disuasión general, ya de protección personal concreta ante actos violentos, que es el que exige la necesaria protección de la vida e integridad de los usuarios del ferrocarril subterráneo. El diseño de las instalaciones de la referida estación, por sus peculiares características, generaba una indudable situación de peligro concreto, como acreditaba la experiencia derivada de las anteriores producidas, la cual requería la adopción de las mayores cautelas y medidas de protección en su vestíbulo y pasillos, con total independencia de las que pudieran tomarse en otros puntos o dependencias de la compañía. Al no haber actuado en la forma que se indica, se ha incurrido en grave omisión que ha permitido que se produjera un resultado dañoso previsible, que ha de ser imputado a quien se beneficia de la situación existente, es decir, a la compañía de ferrocarriles, que debe ser condenada a la reparación de dicho daño. (STS de 20 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. D. G. fue objeto de una agresión que le causó la muerte, en la estación de metro de Can Boixeras de Hospitalet de Llobregat, cuando se disponía a marcar su tarjeta de multi-viaje en el punto de control electrónico situado en el vestíbulo subterráneo de la estación. Su esposo demandó a la compañía de ferrocarriles subterráneos *F. M. B., S. A.*, y a la empresa de seguridad privada encargada de la vigilancia en las dependencias de la primera, *P. C., S. A.* El esposo de la fallecida, actuando en su propio nombre y en el de los hijos menores del matrimonio, entendía que el riesgo de agresión era previsible atendido el nivel de delitos y asaltos que venían sucediéndose en las estaciones de metro y, en particular, en la que fue víctima su esposa. Aduciendo que ya el contrato celebrado entre la compañía de ferrocarriles y la empresa de seguridad aludía a las funciones disuasorias que debía traer con-

sigo la prestación del servicio de esta última. De manera que al no haber en el lugar personal de ninguna de las demandadas, se habían incumplido las más elementales reglas de vigilancia y cuidado que la actividad y el lugar requerían. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona, asimismo, desestimó el recurso de apelación planteado por el actor. El Tribunal Supremo, casa y anula la sentencia impugnada y da lugar a la casación; y asumiendo las funciones de instancia, condena a la compañía de ferrocarriles a indemnizar a los herederos de la fallecida con 40.000.000 de pesetas, absolviendo a la empresa de seguridad de la demanda formulada en su contra. (L. A. G. D.)

35. Responsabilidad civil. Médicos y profesionales sanitarios. Contrato de clínica u hospitalización.—El contrato celebrado por la *Clínica Sagrada Familia, S. A.*, pertenece a la categoría de los denominados de clínica u hospitalización, a la que se refirieron las SS de 11 de noviembre de 1991 y 12 de marzo de 2004. Se trata de un contrato atípico, complejo, perfeccionado por el acuerdo de voluntades entre el paciente y una clínica privada, que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado, pero que, en todo caso, comprende los llamados «extramédicos» (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos. Y aunque también puede abarcar los actos pura y estrictamente médicos, para ello es necesario que el paciente haya confiado a la clínica su realización a través de sus propios facultativos.

No es, sin embargo, el caso de la litis, pues la demandante había concertado los servicios de un médico toco-ginecólogo para que le asistiera en el parto y entre éste y la titular de la clínica no se afirma vinculación de servicios alguna.

La clínica, por tanto, no hizo más que permitir que el médico, sus ayudantes y la paciente utilizaran las dependencias adecuadas, así como prestar la ayuda al expresado médico mediante su personal auxiliar, al que no cabe imputar incumplimientos causantes del daño. Además, no concurre la dependencia funcional y económica entre la titular de la clínica y *Asistencia Sanitaria Colegial, S. A. de Seguros*. Y no fue la clínica la que designó al especialista.

Responsabilidad de la aseguradora médica.—El daño se produjo en el ámbito de la relación contractual que mediaba entre la demandante y la recurrente. Además, la prueba en instancia evidencia que promocionaba sus servicios, no sólo destacando las ventajas de los mismos (la elección del médico entre los incluidos en sus listas) sino también garantizando expresamente una correcta atención al enfermo. Prestación de garantía incluida en la oferta de contrato y, al fin, en la reglamentación negocial, de acuerdo con las normas de protección de los consumidores, que resultó incumplida. Por tanto, la entidad, asumió, además del pago de los gastos médicos, la efectiva prestación de la asistencia sanitaria por medio de los facultativos, los medios y en las condiciones y requisitos que la póliza detallaba, los cuales no eran de absoluta libre elección por la demandante asegurada, de modo que ésta se vio en la necesidad de limitar su decisión al cuadro de centros y profesionales que le fue ofrecido. (STS de 4 de octubre de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Durante un parto, entre la rotura de aguas meconiales y el alumbramiento propiamente dicho, sobreviene una falta de oxigenación y sufrimiento fetal que ocasionan parálisis cerebral mixta al bebé. Se demanda como responsables civiles al médico toco-ginecólogo responsable del control y desarrollo del embarazo de la madre, a la comadrona que intervino en el parto, a la entidad propietaria de la clínica en que el mismo tuvo lugar y a la aseguradora que cubría la asistencia sanitaria de la demandante. Todos ellos son absueltos en primera instancia y condenados en apelación, solidariamente, al pago de la indemnización correspondiente. Los declarados responsables civiles interponen recurso de casación. (S. M. S.)

36. Responsabilidad de médicos y profesionales sanitarios.—La obligación contractual o extracontractual del profesional sanitario no es una obligación de resultado, si no de medios. Queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa.

La *lex artis ad hoc*.—Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, todo contrato de arrendamiento de servicios médicos está constituido por lo que doctrinalmente se denomina *lex artis ad hoc*, que significa que los criterios médicos a tomar han de ceñirse a los que se estimen correctos, siempre con base en la «libertad clínica» y la prudencia. Es tomar en consideración el caso concreto en que se produce la intervención médica y las circunstancias en que ésta se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del profesional sanitario, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo— o exógenos —la influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria— para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica médica normal requerida.

Para la exigencia de responsabilidad por un diagnóstico erróneo o equivocado, ha de partirse de si el médico ha realizado o no todas las comprobaciones necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en el momento, para emitir el diagnóstico; realizadas todas las comprobaciones necesarias, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, igual que en el supuesto de que no se hubiesen practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles.

En el presente caso, cabe calificar la conducta profesional del ginecólogo demandado como negligente, al no haber realizado todas las pruebas médicamente recomendadas para llegar a un diagnóstico correcto del padecimiento que presentaba su paciente.

Daños resarcibles. Importe de gastos médicos satisfechos.—El Tribunal Supremo entiende que cualquier que hubiese sido el momento de la comprobación, detectada la existencia de carcinoma, doña E. hubiera tenido que someterse a una operación quirúrgica y posterior tratamiento. No resulta probado en autos que ese tratamiento hubiera sido menos costoso que el que hubo de seguirse, ni que la paciente tuviese algún tiempo de seguro, público

o privado, que le hubiera permitido someterse a un tratamiento de forma gratuita. (STS de 23 de septiembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El día 20 de mayo de 1994, doña E., de 34 años de edad, al advertir la aparición de un bulto en su axila derecha, acude a la consulta de don C. R., especialista en obstetricia y ginecología. El médico reconoció a la paciente, le realizó una ecografía y una punción citológica que remite para su estudio a un especialista en Anatomía Patológica. Además, recomienda una mamografía que se efectúa en el Centro Radiológico San Jorge de Logroño. En dicha mamografía, la Dra. M.^a C., recomienda control y/o marcador para exéresis. El doctor, a la vista de los resultados comunica a la paciente el resultado negativo en cuanto al posible tumor, recomendándole que llevara a cabo una vigilancia continua y periódica de su bulto axilar. Tres meses después, doña E. acude a su revisión y el médico, tras prescribirle una ecografía, no detecta anomalías. A finales del mes siguiente, la paciente acude a la consulta ante nuevos síntomas. Se le practica una mamografía en el mismo centro que la primera. En el informe de la misma, la propia Dra. M.^a C. advierte que no se han aportado placas de estudio previo y la dificultad para interpretar la nueva prueba, aunque recomienda de nuevo control y, en su caso, exéresis. El ginecólogo, a la vista del resultado, sólo trata la densidad del tejido mamario y le señala revisión a los tres meses. Sin que llegue a transcurrir un mes, el 17 de noviembre, la paciente, vuelve a consulta por falta de mejoría. El doctor le prescribe un antibiótico y un antiinflamatorio. El día 30 del mismo mes, doña E. regresa a la consulta y el doctor la remite al Hospital de San Millán, para que ingrese en ocho días. Le entrega a la paciente un informe antedatado (con fecha 17 de noviembre) en el que hace constar que se recomienda preoperatorio para intervención quirúrgica.

El mismo 30 de noviembre, doña E. ingresa, por el servicio de urgencias, en la Clínica Universitaria de Navarra y el día 12 de diciembre se le practica biopsia en esta misma clínica, concluyendo que la paciente padecía un carcinoma escamoso, a consecuencia del cual se le realiza una vasectomía radical modificada y una linfadenectomía axilar. Posteriormente, el 26 de diciembre, comienza un tratamiento de quimioterapia y posteriormente de radioterapia radical. Al finalizarlo, se demuestra la aparición de diversas metástasis que aconsejan continuar una quimioterapia intensiva.

Doña E. fallece el 15 de noviembre de 1995, con metástasis pulmonares, mediastínicas, supraclaviculares y retroperitoneales. Aunque la causa inmediata de la muerte por fallo respiratorio agudo fue atribuida a tromboembolismo pulmonar.

El viudo de doña E., en nombre propio y en el de sus dos hijos, formula demanda sobre reclamación de daños y perjuicios contra el médico, don C. R. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Logroño estima el recurso de apelación. (S. M. S.)

37. Responsabilidad profesional del procurador: omisión de toda advertencia a su cliente sobre el inicio y el curso del plazo, a partir de la firmeza de la sentencia, para pagar el precio aplazado de un piso evitando la resolución.—La condena del procurador se basa por haber omitido, a partir de serle notificada la sentencia de casación, cualquier actividad hacia su poderdante, distinta de la de reclamarle el pago de sus derechos, y más específicamente, por no haber interesado, ante su cliente y como mandatario del mismo, las instrucciones necesarias para alcanzar la satisfactoria conclusión del negocio encomendado, advirtiéndole de manera expresa el inicio del cómputo del término fatal de seis meses para consignar el plazo aplazado de la compraventa, y de la necesidad de hacer tal consignación para evitar la resolución; omisión constitutiva de incumplimiento de las obligaciones de los procuradores establecidas en el artículo 14.3 de su Estatuto y en el artículo 5.2.º LEC 1881. En consecuencia, la responsabilidad del procurador no se cifra en que él mismo dejara de pagar la parte aplazada del precio sino en no haber avisado a su poderdante el plazo de seis meses para hacerlo desde la sentencia de casación para evitar la resolución, corroborando el Estatuto de 2002 que tal profesión no consiste en un mero servicio de mensajería entre los órganos jurisdiccionales y el abogado, de modo que comporta no sólo la recepción y diligente transmisión de las resoluciones judiciales al abogado sino también un análisis de las mismas suficiente al menos para captar los perjuicios que puede causar al cliente una determinada omisión y advertirle de ello.

Intereses del artículo 921 LEC 1881.—El inciso final del párrafo 4.º del artículo 921 LEC 1881 confiaba al prudente arbitrio del Tribunal la solución procedente para el caso de revocación parcial de la sentencia recurrida, pero el ejercicio de tal facultad tenía como presupuesto el que la condena al pago de una cantidad líquida se contuviera ya en la sentencia de primera instancia, como resulta lógico desde la finalidad disuasoria de recursos dilatorios que inspira el precepto y la naturaleza procesal o sancionadora que la jurisprudencia asigna a los intereses en él contemplados. En suma, no se trata de una norma destinada a mantener el valor nominal del dinero ni a resolver el problema de si la deuda indemnizatoria es o no deuda de valor, sino a sancionar a quien, condenado en la instancia, o bien no paga puntualmente durante la ejecución, o bien, si opta por recurrir una condena a cantidad líquida, ve deestimado su recurso o carece de razón suficiente para eximirse de tal sanción pese a ser aquél parcialmente estimado.

Responsabilidad del abogado: relación contractual con el cliente.—La jurisprudencia de esta Sala es constante en la caracterización contractual de la relación jurídica entre abogado y cliente, señalando como particularidad que la fijación del precio puede tener lugar durante o al final del contrato, y que el elemento de la retribución prefijada no puede por sí sólo eliminar o borrar el predominante de la actividad profesional encomendada, justificativo de que el contrato se aproxime incluso más al arrendamiento de servicios que al contrato de obra.

Ausencia de culpa en el cliente.—Nadie discute que fuera el cliente quien tenía que pagar la parte de precio aplazado con sus intereses, pero no menos indiscutible resulta que, conforme a la sentencia final, era imprescindible hacer el pago dentro de un plazo cuyo inicio sí conocieron, tanto el abogado como el procurador en el seno y por razón de su actividad profesional y, pese a ello, no hicieron saber oportunamente a su cliente, como tam-

co le comunicaron las resoluciones recaídas en el litigio después de notificada la sentencia de casación, pero dentro aún del plazo para pagar.

Cuantía de la indemnización: no hay compensación de culpas: pago de intereses del artículo 921 LEC 1881.—La estimación parcial de los recursos interpuestos obliga a que la indemnización que deben abonar solidariamente el abogado y el procurador a su cliente se calcule revalorizándose el precio pactado en 1975, deduciéndose el pago parcial igualmente revalorizado sin reducción alguna al no haber incluido en negligencia este último; a su vez, el abono de los intereses sancionatorios del artículo 921 LEC 1881 arranca diversamente para el abogado y el procurador atendiendo a la fase procesal en que la condena era líquida. (STS de 18 de febrero de 2005; ha lugar en parte.)

NOTA.—Han tardado treinta años en liquidarse las secuelas de la resolución de un contrato de venta de inmueble con precio aplazado celebrado en 1975, y cuya resolución por falta de pago se resuelve definitivamente por el Tribunal Supremo en 1989, haciendo aplicación de la facultad concedida en el inciso final del párrafo 3.º del artículo 1124 CC, otorgando al comprador un nuevo plazo de seis meses desde la firmeza, para abonar el precio pendiente, bajo apercibimiento de que la resolución del contrato se produciría automáticamente caso de no satisfacerlo. A la postre, tal prórroga judicial se convirtió en una verdadera trampa para el comprador por culpa de la negligencia del abogado y procurador, ahora condenados solidariamente a los perjuicios causados al adquirente por no haberle notificado el plazo fatal. La suma indemnizatoria es cuantiosa en atención a la revaluación aplicada, dado que el precio total del piso, plaza de garaje y trastero se fijó al contratar en la suma de 8.500.000 pesetas, la cual se ha revalorizado hasta alcanzar una suma superior a los 61.000.000 de pesetas; hay algunas correcciones cuantitativas que explica satisfactoriamente la sentencia extractada, de la que ha sido Ponente el Magistrado Marín Castán. Sobre el tema últimamente María del Carmen Crespo Mora, *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, Cizur Menor, 2005 (puede verse su amplio tratamiento del deber de información del abogado, así como los efectos de su incumplimiento, pp. 141 ss. esp. p. 175, siendo de notar que la autora incluye esta sentencia en el elenco jurisprudencial que menciona, pp. 493 ss.) (G. G. C.)

38. Competencia jurisdiccional. Naturaleza de los preceptos de la LOPJ reguladores de la competencia.—No todos los preceptos contenidos en la LOPJ tienen la misma naturaleza. Así, los preceptos reguladores de la competencia de los órganos de los distintos órdenes jurisdiccionales tienen carácter procesal, como reguladores del primero de los presupuestos procesales, por lo que las posteriores leyes ordinarias que delimitan aquella competencia no infringen el principio de jerarquía normativa acogido en el artículo 9.3 CE, como no infringe tal principio la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuyos artículos 1 a 4 establecen las materias de que conocen los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional y aquellas cuyo conocimiento no les corresponde.

Competencia jurisdiccional. *Vis atractiva* del orden jurisdiccional civil frente al contencioso-administrativo cuando el objeto de la reclamación es un daño ilícito siendo demandados conjunta y solidariamente la Administración Pública con personas físicas o jurídicas.—Es doctrina reiterada de la Sala (así, SSTS de 19 de noviembre de 2001, 7 de marzo de 2002 y 15 de julio de 2003), 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 existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas. Sin que nada influya 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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Reglamento 429/1993, aprobado por el Real Decreto de 26 de marzo, porque esta Sala viene aplicando a tales reclamaciones la doctrina de la *vis atractiva* en el sentido expuesto; la cual debe ser mantenida porque, además de concurrir en su apoyo sólidos argumentos, abunda para ello una elemental razón de seguridad jurídica. (STS de 23 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos S. F. demandaron conjuntamente al cardiólogo señor S. T. y a la Consejería de Salud de la Comunidad de Madrid, de la que dependía el centro en el que aquél prestaba servicios, en reclamación de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la muerte de su padre mientras estaba ingresado en dicho centro para tratamiento de su padecimiento cardíaco. El Juzgado de Primera Instancia, en el trámite de la comparecencia previa de los artículos 691 ss. LEC 1881, dictó auto acogiendo la incompetencia de jurisdicción alegada por los demandantes, al entender que la jurisdicción competente era la contencioso-administrativa. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la resolución apelada por los actores. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por los demandantes y, revocando el auto impugnado, mandó reponer las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a la resolución que declaraba la incompetencia de jurisdicción. (L. A. G. D.)

39. Responsabilidad extracontractual en la que intervienen conjuntamente la Administración y personas privadas. Competencia civil: accidente en espectáculo ecuestre.—Se trataba de una fiesta privada, no de un servicio público, con invitaciones privadas, donde se causó un daño que se integra en el artículo 1902 CC; además, siempre se ha evitado «el peregrinaje de jurisdicciones» para mantener los derechos constitucionales de la tutela judicial efectiva y del proceso sin dilaciones indebidas; y en este caso, un suceso acaecido hace más de diez años merece la respuesta judicial definitiva.

Competencia jurisdiccional en accidentes causados por vaquillas en festejos taurinos.—En estos casos, cuando la parte demandada ha sido una o varias entidades públicas, la competencia ha sido la civil, sin que se haya apreciado la excepción de incompetencia de jurisdicción (SSTS de 31 de diciembre de 1996, 13 de febrero de 1997, 2 de diciembre de 1998 y 5 de diciembre de 2000, entre otras). (STS de 22 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de una exhibición de doma de caballos, realizada en una finca privada, y organizada por la Comisión de festejos de un Ayuntamiento y un particular, resultó lo siguiente: al levantar las patas delanteras uno de los caballos y golpear una de las vallas de protección, ésta causó heridas a la actora, de las que tardó en curar 1.554 días, restándole importantes secuelas en una de sus piernas. Fueron demandados los co-organizadores y la comisión de liquidadores de la entidad aseguradora. El Juzgado estimó en parte la demanda y condenó a los demandados a abonar, solidariamente, a la actora la cantidad de 10.000.000 de pesetas por los gastos médicos, y los co-organizadores, además, fueron obligados a indemnizar a la accidentada con 10.215.407 pesetas por las lesiones que se le causaron. La sentencia de primera instancia fue confirmada por la Audiencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por el Ayuntamiento demandado y condenado. (I. D.-L.)

40. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: competencia de la jurisdicción civil: doctrina actual y resumen general.—Ha de sentarse indubitadamente cuál es el criterio actual aplicado por esta Sala en cuanto a las consecuencias civiles de un accidente laboral, respecto del cual han sido ya indemnizados por normas laborales, sea el propio trabajador, sean sus herederos, en el sentido de que puede instarse una reclamación complementaria en el orden civil, basada inexorablemente en los artículos 1902 y 1903 CC. Doctrina jurisprudencial de la que esta Sala se ha apartado en tres ocasiones, si bien ha retornado a la doctrina tradicional en SSTS de 13 de julio, 13 de octubre, 24 de noviembre y 18 de diciembre de 1998, 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999, 7 de julio de 2000, 8 de octubre de 2001 (con un examen pormenorizado del cambio de criterio y del retorno al tradicional), 21 de julio y 31 de diciembre de 2003 y 29 de abril de 2004, pudiéndose añadir un auto de la Sala de conflictos, aunque otros se han pronunciado en contra.

Compatibilidad de indemnizaciones: existencia de un plus de culpa en el empresario.—La conducta del empresario, el hecho de poner a disposición del trabajador en una obra en construcción un andamio en malas condiciones de utilización, por lo que el operario cae de él y fallece, forma parte tal actuar de la culpa extracontractual, que excede de la contractual-laboral ya satisfecha. (STS de 4 de noviembre de 2004; ha lugar.)

NOTA.—Ambas sentencias de instancia habían desestimado la demanda de indemnización interpuesta por la viuda, para sí misma y en representación de una hija menor, y por otros dos hijos mayores de edad; rechazo que hubiera podido encontrar apoyo en la propia jurisprudencia de la Sala Primera que la sentencia extractada viene a calificar de *desviada* respecto de la línea jurisprudencial tradicional, y, en consecuencia, actualmente *heterodoxa* (aunque obsérvese que tal jurisprudencia viene a resultar, no obstante, conforme con la mayoría de los acuerdos de la Sala de Conflictos). Cabe preguntarse: ¿Hasta cuándo se mantendrá la jurisprudencia *actual*? ¿No cabría más bien hablar de incertidumbre e inseguridad jurídicas en materia tan frecuente y auténticamente social como

suelen ser inevitablemente las consecuencias civiles de los accidentes laborales? De la abundante jurisprudencia citada por la sentencia extractada merece ser mencionada la STS de 31 de diciembre de 2003 que hace un minucioso recorrido por las etapas que, en este punto, ha recorrido la Sala Primera, y aunque desestima la demanda por estimar la culpa exclusiva de la víctima, ofrece soluciones al legislador (extractada en *ADC* 2005, pp. 1457 ss. con anotaciones mías); también la STS de 11 de marzo de 2004, en un caso de gran invalidez al descargar palmeras de un camión, con estimación de la demanda (extractada en *ADC* 2005, pp. 1838 ss.).

Por otro lado la sentencia hace justicia tardíamente a las víctimas (el recurso de casación se resuelve casi catorce años después del accidente), si bien el retraso parece compensarse con la notable cuantía de la indemnización (17.000.000 de pesetas) que se califica de *complementaria* de la laboral, y el 20 por 100 de intereses desde la fecha del accidente. (G. G. C.)

41. Responsabilidad civil extracontractual. Lesiones producidas en accidente de trabajo. Competencia de la jurisdicción civil cuando se ejercita la acción para la reclamación del daño. Competencia de la jurisdicción social cuando lo que se discute son las cuestiones relativas al contrato de trabajo.—La materia para determinar la competencia del orden jurisdiccional social se refiere a las cuestiones concernientes al ámbito propio del contrato de trabajo, y tal circunstancia vinculante no concurre en el supuesto del debate, donde lo acontecido fue la efectividad de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, de acuerdo con la interpretación que ha de hacerse del artículo 2.a) LPL y artículo 97.3 LGSS, en relación con los artículos 9 y 25.1 LOPJ.

Sentencia. Principio de congruencia. Flexibilidad en la ponderación de la concordancia entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en la sentencia.—Si se denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida, ha de ponerse en relación el fallo de ésta con las peticiones de los escritos rectores del proceso para comprobar si concede más, menos o algo distinto de lo pedido; si recae sobre un debate diferente del promovido por los litigantes; o si contiene puntos contradictorios entre sí, o está en discrepancia con los fundamentos de Derecho constitutivos de su *ratio*, no con los que contienen meros *obiter dicta*. Así, la doctrina jurisprudencial ha sentado que el examen de la concordancia o comparación, que supone la determinación de la congruencia, ha de ser presidido por una cierta flexibilidad, no precisándose 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 y el hacer una justicia más efectiva (SSTS de 30 de mayo de 1994, 18 de octubre de 1999 y 7 de julio de 2003). No se vulnera el principio de congruencia en aquellos casos en que los términos del suplico y del fallo no son literalmente iguales, siempre que respondan a una unidad conceptual y lógica, y sin que se haya alterado sustancialmente la pretensión procesal, bastando el acatamiento sustancial y razonable (STS de 4 de noviembre de 1994), y siendo suficiente el

ajuste a la causa de pedir (SSTS de 11 de abril y 17 de noviembre de 1994). (STS de 12 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. P. D. prestaba servicios como trabajador por cuenta ajena para la empresa del demandado y, mientras operaba en una máquina de compactación de residuos textiles, sufrió un accidente al quedar aprisionados su mano y antebrazo derechos, con lesiones de las que tardó en curar algo más de cinco meses, quedándole graves secuelas en dichos miembros. El señor P. D. demandó al empleador por la vía civil, reclamando por todos los conceptos la suma de 9.602.393 pesetas. El demandado opuso, entre otros motivos, la competencia de la jurisdicción social. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al demandado al pago de 8.006.754 pesetas. La Audiencia Provincial de Jaén desestimó el recurso de apelación planteado por el condenado, y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del demandado. (L. A. G. D.)

42. Jurisdicción civil. Competencia. Accidente laboral.—En caso de accidente laboral, es procedente, según el Tribunal Supremo (STS de 12 de mayo de 1997), la compatibilidad de las indemnizaciones estrictamente laborales y las derivadas del acto culposo en su dimensión civil, pues no se produce enfrentamiento entre ambas jurisdicciones que resultan conciliables, porque las responsabilidades correspondientes tienen una fuente distinta. La reserva que la jurisprudencia lleva a cabo a favor del orden jurisdiccional civil es teniendo en cuenta que la jurisdicción laboral viene determinada para las cuestiones que afectan al propio ámbito del contrato de trabajo y a aquellas relacionadas con los conflictos colectivos, Seguridad Social y Mutualidades (SSTS de 2 de octubre de 1994, 31 de mayo de 1995 y 11 de diciembre de 1997). Además, los trabajadores perjudicados y, caso de fallecimiento, los familiares que resulten afectados o sus derechohabientes, pueden exigir responsabilidades en vía civil a quienes se considere responsables directos o cooperantes decisivos en la causación del accidente (SSTS de 8 de noviembre de 1990, 2 de enero de 1991, 4 de junio y 27 de noviembre de 1993 y 7 de marzo de 1994). De modo que, aunque la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil en la cuestión no es pacífica y del todo conforme, la más unánime, reiterada y actualizada, es la que proclama la jurisdicción civil como competente en estos casos y más concretamente para el que nos ocupa.

Responsabilidad del contratista. Riesgo asumido como principal interesado. Concurrencia de conductas culposas con las empresas subcontratadas.—A pesar de que la retroexcavadora causante del accidente era propiedad de *Jumar, S. L.*, y el conductor empleado suyo, *TRAGSA* ostentaba la condición de contratista (principal). En estos supuestos, la jurisprudencia viene declarando de forma reiterada que no se da falta de elementos culpabilísticos en la conducta de la empresa que se adjudica plenas funciones de contratista y procede aplicar los artículos 1902 y 1903 CC, pues tal actividad lleva consigo la asunción de una responsabilidad general respecto a todas las vicisitudes, incidencias y eventualidades que puedan ocurrir en las obras a ejecutar, derivadas de la interdependencia de las distintas unidades de trabajo. Los subcontratos actúan en el ámbito de las relaciones internas, pero no

alteran las reglas generales de la responsabilidad extracontractual. El hecho de que las evoluciones de la retroexcavadora se desarrollasen, en la obra, sin la adecuada ayudantía para la vigilancia y control, pone de manifiesto que se creó un indudable riesgo y ha de reputarse asumido también por la recurrente, como contratista y «principal interesada» en que los trabajos se ejecutasen con la mayor seguridad posible. Su responsabilidad, indudablemente, concurre en forma solidaria como contratante de la obra juntamente con las empresas subcontratadas que resultaron condenadas (*Font e Hijos, S. A., y Excavaciones Jumar, S. L.*).

Riesgo generador de responsabilidad. Inversión de la carga de la prueba.—La situación de riesgo estuvo presente y se trata de efectivo riesgo potencial, ya que eran actuaciones en una obra al tránsito de operarios, llevadas a cabo por una potente máquina manejada por una persona sin el auxilio de nadie para dirigir y vigilar sus evoluciones. Aunque toda actividad humana lleva consigo riesgo, para que éste genere responsabilidad contractual, y sin incurrir en admitir responsabilidad objetiva absoluta, que no contempla el artículo 1902 CC, se impone y justifica la inversión de la carga de la prueba a cuenta del empresario por su mayor facilidad probatoria, para demostrar que la causa del accidente estaba fuera de su control, es decir, por causa de fuerza mayor o fortuita, por cuanto para excluir de toda responsabilidad al empresario ha de tratarse de riesgos normales o razonablemente previsibles.

Concurrencia de conductas culposas. Culpa exclusiva de la víctima: inexistencia.—Aun cuando el trabajador fuese consciente de los riesgos que conllevaba acercarse a la máquina e incluso, si por razones de su trabajo, el empleado se viera obligado a merodear por sus proximidades, esto no era para vigilar que nadie se acercase a la misma, pues su cometido laboral era el de comprobar profundidades, marcar el replanteo de los tajos y controlar las horas de trabajo. Por tanto el alcance del riesgo que consintió TRAGSA ha de medirse con la conducta culposa convergente del fallecido, dándose estado de culpas plurales. Resultado que, en este caso, afecta, por su parte, a la aseguradora de la empresa (*Royal Insurance España, S. A.*) y a la desestimación de su recurso.

E igualmente, la concurrencia de actuar negligente o imprudencial por parte del trabajador no elimina por completo la responsabilidad extracontractual de los otros demandados que resultaron condenados, en sus respectivos ámbitos de supervisión y vigilancia.

Contratista que contrata a su vez con tercero (subcontratista).—Su responsabilidad deriva de su inmersión en el proceso ejecutivo de la obra y concatenación de imprudencias plurales, correspondiéndole culpa *in eligendo*. (STS de 4 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—TRAGSA, sociedad estatal, realizaba obras de abastecimiento de agua potable y para la ejecución de las mismas subcontrató a *Font e Hijos, S. A.*, y ésta, a su vez, con *Excavaciones Jumar, S. L.* *Excavaciones Jumar, S. L.*, aportó a la obra la excavadora autopropulsada, que, el día de autos, conducía don A. (dependiente de *Jumar, S. L.*). La excavadora fue el instrumento material que ocasionó el fallecimiento del esposo de la actora, cuando, por accidente, golpeó a la víctima, a la sazón empleado de TRAGSA en la supervisión de la retroexcavadora (sus labores en la obra incluían comprobar profundidades, marcar el replanteo de tajos y controlar las horas de trabajo de la excavadora). Quedó probado que el falleci-

do, al momento de producirse el accidente, se había acercado a la retroexcavadora, ignorándose si lo hizo buscando abrigo para poder encender una pipa de fumar, ya que fue encontrada, con un mechero, debajo del cadáver. Asimismo quedó probado que el funcionamiento de la máquina, especialmente en las circunstancias en las que operaba, imponía como medida de elemental precaución la colaboración con el maquinista de otra persona con el contenido de controlar y vigilar sus evoluciones, así como de estar pendiente de que nadie se acercase a su radio de acción. Queda acreditado que nadie en la plantilla que trabajaba en la obra realizaba esta función.

Doña R., la viuda del obrero fallecido, solicita indemnización de daños y perjuicios y demanda, solidariamente, como responsables civiles a: Don A., *Excavaciones Jumar, S. L.*; *TRAGSA*; *Font e Hijos, S. A. (FOTHISA)*, y la entidad aseguradora *Velázquez, hoy Royal Insurance España, S. A.*, empresa aseguradora de *TRAGSA*. El Juzgado de Primera Instancia desestima su petición. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación. Presentan recurso de casación tres de los demandados (*TRAGSA, Font e Hijos, S. A., y Royal Insurance España, S. A.*), que el Tribunal Supremo resuelve acumuladamente. (*S. M. S.*)

43. Requisitos para apreciar la existencia de responsabilidad extracontractual.—La responsabilidad por culpa extracontractual requiere, para su apreciación, la concurrencia de una serie de requisitos: una acción u omisión objetivamente imputable al agente, la culpa o negligencia por parte de éste, la realidad del daño causado y el nexo o relación de causalidad entre la acción y omisión y el daño causado. De entre estos requisitos, unos (la acción y el daño causado) tienen naturaleza fáctica; otros (la culpa o negligencia y la relación de causalidad) tienen un marcado matiz jurídico.

La culpa como requisito generador de la responsabilidad extracontractual.—La esencia de la culpa consiste en no prever lo que pudo y debió ser previsto o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso. La diligencia exigible ha de determinarse, en principio, según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso (STS de 10 de julio de 2003). Es esencial, para generar culpa extracontractual, el requisito de previsibilidad en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento, no en abstracto.

El nexo causal como requisito esencial.—Igualmente, para apreciar responsabilidad extracontractual ha de haber un nexo causal entre la acción u omisión imputada al agente y el daño producido. En ese nexo causal ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo. La causalidad es más bien un problema de imputación, esto es, que los daños y perjuicios se deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión del que se hace dimanar (STS de 30 de abril de 1998).

Por otro lado, el artículo 1902 CC ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social cambiante. Desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que se subsume en la causa del daño la existencia de culpa (STS de 10 de octubre de 2002). Corresponde la

carga de la prueba del nexo causal al demandante, al perjudicado que ejercita la acción (STS de 6 de noviembre de 2001), de tal manera que la responsabilidad se desvanece si aquél no ha podido concretarse. La necesidad de demostrar el nexo referido no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los artículos 1902 y 1903 CC en determinados supuestos, pues el cómo y el por qué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso. (STS de 27 de diciembre de 2002). (STS de 17 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Se produce un accidente de trabajo, en el que un albañil muere al caer por un pozo. El fallecimiento se produjo al tratar de pasar el albañil desde el patio de la casa número 6, en la que trabajaba como peón en tareas de demolición, al interior de la casa número 8. Entre ambas casas existía un pozo común, con una profundidad de unos once metros. La boca del pozo estaba cubierta por un cerramiento de ladrillo hueco y recubierto con yeso. Al estar el patio de la casa número 6 ocupado por unos enseres viejos, el fallecido utilizó para pasar a la otra casa un banco de fábrica adosado a la pared que llegaba hasta el mismo hueco del pozo y a cuya altura estaba situada la ventana abierta para la utilización del pozo. Desde ese banco de obra y utilizando la referida ventana, el fallecido accedió a la cubierta del pozo que cedió, cayendo aquél al anterior del mismo. Doña R. interpone demanda en reclamación de daños y perjuicios contra la entidad *Provalcid, Sociedad Anónima Limitada*, contra don J. y contra la entidad aseguradora *Aurora Polar, S. A.*, solicitando que se condene solidariamente a los codemandados al pago de una indemnización por el fallecimiento de su esposo. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a los codemandados.

Recurrida la decisión en apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso y condena a los demandados al abono a la actora de la indemnización solicitada.

Los demandados interponen recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 1902 y 1903 CC, y la inexistencia de culpa o negligencia por su parte. El Tribunal Supremo estima los recursos por la imprevisibilidad del daño, la falta de nexo causal y la inexistencia de una acción u omisión imputable a los codemandados. (*S. L. M.*)

44. Responsabilidad civil extracontractual. Relación causal. Aplicación de la teoría de la causalidad eficiente o adecuada según resulte de la valoración de las diversas condiciones y circunstancias concurrentes en cada caso.—Esta Sala se basa en la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión, causa, y el daño o perjuicio resultante, efecto, pero siempre termina afirmando que opta decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación

del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con la abstracción de todo exclusivismo doctrinal, pues, como se viene repitiendo con reiteración, si bien el artículo 1902 CC descansa en un principio básico culpabilístico, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa, así como la aplicación, dentro de unas prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirles en fundamento único de la obligación de resarcir, todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además, al sector del tráfico o entornos físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio (STS de 30 de diciembre de 1995).

Responsabilidad civil extracontractual. Nexo causal entre el incendio y las lesiones sufridas. No queda roto por el hecho de que la víctima intentase salir por el lugar donde se originó el siniestro.—Frente a la alegación de que la causa de las quemaduras que sufrió el demandante se debió a su propio comportamiento al hallarse en el patio interior del establecimiento, por el que no era necesario pasar para salir de la vivienda que ocupaba a la calle, hay que advertir que el patio trasero era accesible a cualquiera y no se habían agotado las medidas necesarias para evitar las causas del incendio, que realmente se produjo. Y esta última circunstancia constituye el elemento culpabilístico determinante de la responsabilidad extracontractual declarada, sin que se discuta el nexo causal entre el incendio y las lesiones sufridas por el actor.

Confesión en juicio. Valoración de la prueba. Ha de hacerse en conjunto, tomando en cuenta todo lo confesado.—La fuerza probatoria de la confesión bajo juramento indecisorio debe deducirse no de una posición aislada, sino del conjunto armónico e indivisible de todo lo confesado, sin que en ningún caso puedan escogerse fragmentariamente posiciones aisladas, aceptándola solamente en lo que al confesante perjudique y rechazándola en lo que le favorezca. La fuerza probatoria de la confesión no es superior a los demás medios de prueba y debe apreciarse por el Tribunal en combinación con las demás practicadas (STS de 2 de julio de 1984). (STS de 11 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia del incendio producido en los bajos del edificio donde vivía, don M. C. sufrió quemaduras que le afectaron a un 80 por 100 de su cuerpo, curando al cabo de doscientos cuarenta y cinco días y quedándole secuelas definitivas para articular tobillos, picores y disminución de agudeza visual. Dichas quemaduras se las produjo al sorprenderle, mientras evacuaba el inmueble por el patio trasero, la explosión de unas bombonas de gas almacenadas en dicho espacio y pertenecientes al establecimiento dedicado a la venta de precocinados que ocupaba el bajo del edificio donde se originó el siniestro en cuestión. Don M. C. demandó a *F. S. A.*, propietaria de la industria, y a *B. V. E., S. A.*, aseguradora de la anterior, reclamando una indemnización por los

daños y perjuicios sufridos a consecuencia del accidente. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los demandados a abonar al actor la cantidad de 11.715.000 pesetas, más intereses legales y costas. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación de los condenados. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los demandados. (*L. A. G. D.*)

45. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad por riesgo: insuficiencia de la diligencia reglamentaria.—En relación con las situaciones de riesgo considera esta Sala que la responsabilidad no se circunscribe a los supuestos de infracción reglamentaria, pues no basta acomodar la actitud diligente a las exigencias normativas, sino que hay que agotar la diligencia socialmente exigible en atención a las circunstancias que concurren en cada caso.

Concurrencia causal y moderación de la responsabilidad.—La proporcionalidad de la contribución causal en relación con la cuantía de la indemnización sólo excepcionalmente puede acceder a la casación (STS de 20 de mayo de 2004). (**STS de 2 de diciembre de 2004**; no ha lugar.)

HECHOS.—El objeto del proceso se refiere al accidente mortal de un menor de 14 años de edad por electrocución al subir a una torre de alta tensión propiedad de la entidad eléctrica demandada. La madre del menor demandó una indemnización de 20.000.000 de pesetas por culpa extracontractual a la entidad eléctrica y también, como responsable civil subsidiario, a la Conselleria de Industria de la Generalitat Valenciana.

El Juzgado desestimó la demanda al apreciar culpa exclusiva de la víctima. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y condenó a la compañía eléctrica y a la Conselleria, como responsable civil subsidiaria, a abonar a la actora 5.000.000 de pesetas como indemnización, al quedar acreditado que la compañía eléctrica no adoptó las medidas de seguridad posibles y previsibles para atenuar al menos la situación de riesgo, y que la Administración autonómica codemandada autorizó una instalación deficiente en cuanto a las medidas de seguridad. El Tribunal Supremo no dio lugar a los recursos de casación planteados por la actora y por el Letrado de la Generalitat Valenciana (*I. D.-L.*)

46. Responsabilidad extracontractual. Causación del daño: contribución a modo de factor conjunto con la conducta de los agentes inmediatos del daño. Propietarios de locales arrendados: conocimiento de una actividad que sobrepasaba el mero uso autorizado y propiciaba las sobrecargas por distribución desigual del material. Presencia continuada en el edificio. No adopción de medidas.—Se considera suficiente título de imputación el artículo 1902, para declarar su responsabilidad, dado que habían sido avisados de las vibraciones de su edificio por posible exceso de carga en las plantas superiores y no adoptaron medida alguna tras el hundimiento de la acera el día antes del derrumbamiento. Y todo ello pese a su presencia continuada en el edificio, por desarrollar su propia actividad en la

planta baja. La conducta de los propietarios al consentir una actividad de producción textil en cadena que sobrepasaba con mucho el mero uso autorizado de almacén y necesariamente propiciaba las sobrecargas, al tener que dedicarse una parte de los locales al trabajo de confección, contribuyó a la causación del daño a modo de factor conjunto con la conducta de quienes sin autorización administrativa desarrollaban sus actividades en las plantas superiores. Por la propia naturaleza de las cosas no podían ser ajenos a tal actividad, dada su continuada presencia en la planta baja.

Arrendataria: actividad dañosa. Contribución a una situación global de negligencia: maquinaria de escaso peso.—La responsabilidad de esta recurrente se individualiza por carecer también de licencia para el desarrollo de su actividad impidiendo así su control administrativo en relación con las condiciones del edificio y por su contribución causal al daño por el funcionamiento de máquinas, aun de escaso peso. Factor este último que no puede oponerse al perjudicado, al margen de las reclamaciones que, entre sí pudieran dirigirse luego los declarados responsables. Y menos aún si se contempla la situación global de prácticamente todo un edificio dedicado a una actividad de producción textil en cadena.

La realización de actividad de producción textil sin licencia administrativa: conducta negligente.—Ello desautoriza desde luego los planteamientos de la recurrente sobre el caso fortuito o la observancia, por su parte, del patrón de diligencia exigible. (STS de 4 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interponen tres recursos de casación por sendas partes demandadas (propietarios del inmueble, matrimonio arrendatario de uno de los locales y arrendataria de otro de los locales) y condenadas a indemnizar a los demandantes de los daños y perjuicios causados por el derrumbamiento de un edificio de varias plantas sobre otro de solamente planta baja, con el resultado de dos personas muertas (una de ellas hermana de la demandante y madre del codemandante, y la otra, abuela de éste y madre de aquélla), al quedar sepultadas bajo los escombros del edificio de una sola planta, que quedó totalmente destruido.

El edificio que se derrumbó había sido construido en tres fases. En la primera, antes de 1934, se hizo únicamente una planta baja, dedicada a almacén. En 1958, se autorizó la reforma del almacén, para preparar la planta baja para recibir futuras plantas superiores. En 1959, se autorizó la construcción de dos plantas industriales que el interesado se comprometió a destinar sólo a almacén, especificándose en la autorización que no podía instalarse maquinaria. En 1961 se permitió levantar los pisos tercero, cuarto, ático y sobreático con igual compromiso. En cuanto a la causa del derrumbamiento del edificio, acaecida el 29 de junio de 1984, la sentencia impugnada concluye que debe descartarse cualquier vicio constructivo y que el derrumbamiento se debió a sobrecarga de uso del edificio, en donde los arrendatarios de sus distintas plantas desarrollaban una actividad industrial de confección en la que intervenían todos a modo de producción en cadena. En prueba de confesión, fue reconocido por los propietarios demandados que en todo momento fueron conocedores de las actividades que se desarrollaban y la cantidad de material que se depositaba en el lugar.

La sentencia de primera instancia absolvió de la demanda a los demandados propietarios del inmueble derrumbado y condenó a los demandados arrendatarios de locales en el mismo inmueble (uno de ellos en rebeldía). Y la de apelación, desestimando el recurso de los arrendatarios personados, pero estimando el de la parte demandante, extendió la condena a los propietarios del inmueble. (S. M. S.)

47. Culpa extracontractual. Responsabilidad de la empresa contratista y no de quien la contrató.—El Tribunal Supremo entiende que, ateniéndose a la abundante jurisprudencia (SSTS de 24 de marzo, 16 de enero y 16 de junio de 2003, entre otras), la recurrente *Gallego Asociados Hosteleros, S. L.*, no puede ser imputada como responsable, pues se limita en su objetivo de realizar unos trabajos en su propiedad, a encargar ese cometido a una empresa contratista, y con los debidos asesoramientos técnicos del arquitecto aparejador. Dado que no interviene en absoluto dentro del campo estricto de esa ejecución, cuando, como en autos, el siniestro se produce por esas negligencias (tanto en el manejo de la grúa, como en la falta de vigilancia en su operación), nada de ello puede afectar a quien se ha limitado a una actuación al margen de esa ejecución. La empresa comitente se limitó a contratar la ejecución de la edificación con personas que se suponían capacitadas y, con la titulación profesional adecuada al efecto, sin que aquélla tuviera ningún tipo de intervención en la dirección y ejecución de los trabajos, ni consta tuviese conocimiento de la situación de riesgo que, en definitiva, provocó el siniestro. Por ello, no puede exigírsele ningún tipo de responsabilidad. La STS de 9 de julio de 1984 expresa que no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña deba responder de los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia, reserva que en el presente caso no se dio. (STS de 14 de octubre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El 10 de mayo de 1990 se estaba realizando la construcción del que más tarde sería *Hotel Gallego*. La empresa propietaria del inmueble en construcción era *Gallego Asociados Hosteleros, S. L.*, cuya dirección ostenta don I. El Proyecto de la obra fue encargado al arquitecto don R., que ejerció la alta dirección de las obras, en las que figuraba como aparejador don C.

Don J. L. se hallaba en la cubierta del edificio en construcción cuando fue golpeado por el contrapeso de una grúa. Debido al impacto se precipitó al vacío a través de un hueco abierto en la misma cubierta y falleció.

La grúa, propiedad de don A., era manejada, mediante unos mandos conectados a través de una manguera, por el hijo y empleado de don A., don G., quien se encontraba en una zona del edificio desde la que no era visible la parte trasera o contrapeso de aquella, siendo conocedor de que, en ese momento, trabajaban varios obreros en la cubierta. La vigilancia de esa operación correspondía al arquitecto técnico, don C.

La esposa viuda de don J. Luis interpone demanda de cantidad derivada de responsabilidad civil solidaria contra don G, don A.,

don J. A., don R., don C., don I. y la empresa *Gallego Asociados Hosteleros, S. L.* (en dos demandas acumuladas por el Juzgado de Primera Instancia). La demanda es estimada parcialmente (se condena únicamente a don A. y a don G., su hijo, absolviendo al resto de los codemandados). El fallo del Juzgado de Primera Instancia es recurrido en apelación por ambas partes. La Audiencia Provincial sólo estima parcialmente el recurso interpuesto por la viuda del fallecido don J. L. Extiende la condena al arquitecto técnico, don C., y a la dueña del inmueble (*Gallego Asociados, S. L.*), y mantiene la suma de la indemnización. *Gallego Asociados Hosteleros S. L.* y don C. interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Pero don C. desiste de su recurso. (*S. M. S.*)

48. Culpa extracontractual: responsabilidad de centros docentes por accidentes escolares: negligencia del centro: doctrina general.—Según jurisprudencia de esta Sala la culpa del artículo 1902 CC no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar o elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar; en este caso hay negligencia en la instalación sin anclaje de la portería de fútbol que permitía la previsible movilidad de la misma. Esta Sala ha declarado que las responsabilidades en los supuestos de riesgo, la culpa exigida se mueve en el ámbito de lo cuasi-objetivo, que impone extremar todas las precauciones y evitar los medios para evitar la concurrencia de aquellas circunstancias que cabe controlar y pueden generar daños efectivos; ha de tener lugar la inversión de la carga de la prueba, que obliga a la recurrente a demostrar que en la producción del accidente no había tenido ninguna actuación negligente o imprudencial, al haber obrado con la mayor y más atenta diligencia y prudencia, o que el suceso se debió a caso fortuito, fuerza mayor o lo produjo el exclusivo actuar imprudencial de la víctima. Al desestimar el motivo se continúan los criterios jurisprudenciales mantenidos en la responsabilidad de los centros docentes por accidentes escolares (SSTS de 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 30 de octubre de 1992, 15 de diciembre de 1994, 5 y 10 de octubre de 1995, 19 de junio de 1997, 29 de diciembre de 1998 y la muy reciente de 23 de septiembre de 2004).

Concurrencia de culpas: cuantía de la indemnización a fijar en ejecución de sentencia: secuelas no determinadas.—El lesionado es un alumno de BUP que ha cumplido 17 años y que durante la clase de educación física es autorizado por el profesor para el ejercicio libre del deporte, dirigiéndose al campo de fútbol en donde pretendía jugar de portero, y al agarrarse al travesaño o larguero de la portería, balanceándose la estructura que carecía de anclaje, se le vino encima golpeándole el rostro, causándosele diversas lesiones, como traumatismo craneo-encefálico con fractura fronto-naso-etmoidal, de las que ha sido dado de alta aunque sin determinar las secuelas de todo tipo. Se denuncia indeterminación de la cuantía indemnizatoria, pero ello se debe exclusivamente a que las secuelas padecidas por el menor no estaban definitivamente señaladas y fijadas, debidas a la gravedad de las lesiones padecidas, tanto física como psíquicamente, siendo procedente aplicar el artículo 928 LEC 2000. Debe recordarse que con arreglo a la ley derogada sólo cabía deferir para ejecución de sentencia la fijación cuantitativa o las bases, únicamente en caso de imposibilidad de hacerlo en sentencia

(SSTS de 14 de octubre y 18 de noviembre de 1991), sin que en modo alguno quepa dejar para la fase de ejecución la prueba de la existencia de los daños (SSTS de 24 de marzo y 2 de junio de 1992, y 25 de mayo de 1993), o la procedencia de la indemnización (STS de 25 de marzo de 1992). En el presente caso se dan por probados los daños consistentes en la existencia de secuelas, aunque su completa determinación no se haya declarado por no haberse todavía producido.

Póliza de seguros del centro docente: interpretación de la cobertura de riesgos: no es de responsabilidad, sino de accidentes.—La póliza contratada por el centro docente única y exclusivamente cubre la asistencia sanitaria de los accidentes que ocurran en el centro asegurado, de aquí que resulta inaplicable el artículo 76 LCS para fundar una responsabilidad que queda fuera de la cobertura del seguro concertado, por lo que procede mantener el pronunciamiento absolutorio de la instancia respecto de la entidad aseguradora. (STS de 5 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Parece clara la responsabilidad del centro por mantener, en uso para los alumnos, una portería de futbito sin el debido anclaje, siendo notorio que los estudiantes acostumbran a columpiarse en el travesaño de las porterías. A mi juicio el problema a decidir en este caso es el de si la conducta de un menor de 17 años (por tanto, un muchacho próximo ya a alcanzar la mayoría de edad) no representa un factor decisivo, desencadenante de los hechos, que absorbe o compensa al 100 por 100 la posible negligencia de la entidad docente. Parece claro que, de haberse accidentado un mayor de edad lo más probable que se le aplicara la regla *sibi imputet*, de modo que, en el caso examinado, al lesionado le hubiera bastado con hacer previamente una sencilla comprobación para saber si existía, o no, el anclaje de seguridad al objeto de balancearse sin riesgo para su integridad física. La problemática de los casos que llegan al Tribunal Supremo es muy variada; a la jurisprudencia mencionada por la sentencia cabe añadir la STS de 31 de octubre de 2003 relativa al atropello de una menor de 6 años al salir del centro por un autobús escolar, con negligencia de la profesora vigilante y apreciación del importante daño estético a la víctima a efectos de fijar la cuantía indemnizatoria (extractada en *ADC*, 2005, pp. 992 ss.). (*G. G. C.*)

49. Culpa extracontractual: daños causados por paralización de obra a consecuencia de interdicto: doctrina general.—La posibilidad de que el proceso o los singulares actos procesales causen daño a otro, más allá de los que puede reparar la condena en costas, está contemplada por el legislador, ya sea para condicionar la admisión de aquéllos al aseguramiento de la indemnización correspondiente, ya sea para legitimar expresamente al perjudicado en orden a exigir la reparación pertinente. En particular son múltiples las sentencias relativas a la responsabilidad por daños causados por la paralización de obras, a consecuencia del ejercicio de la acción de interdicto de obra nueva con apoyo en los derogados artículos 1663 ss. LEC 1881 (SSTS de 7 marzo de 1967, 5 de diciembre de 1980, 17 de marzo y 23 de noviembre de 1984, 7 de abril de 1986, 4 de diciembre de 1993 y 5 de junio de 1995). La *quaestio iuris* es determinar si el daño está o no justificado, y ello depende de que haya habido o no extralimitación en el ejercicio del derecho, el cual no es

otro que el que todo ciudadano tiene a la tutela judicial efectiva según el artículo 24.1 CE; este derecho incluye, además de la facultad de acceder a los Tribunales, la de escoger la vía judicial más conveniente (STC de 18 de julio de 1991), por más que siendo un derecho fundamental no es absoluto (STC de 21 de febrero de 1986), de modo que la regla *qui iure suo utitur nemo laedit* no significa que no esté sometido a límites intrínsecos ni, por ello, que esté amparado su ejercicio abusivo.

Abuso del ejercicio judicial de los derechos.—Esta Sala ha llamado la atención sobre lo delicado de la operación de identificar, en cada caso, los límites del derecho a acceder a los Tribunales, así la STS de 31 de enero de 1992 declaró que en modo alguno cabe extraer y generalizar la idea de que el fracaso o el abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio, por lo que la calificación de la actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal supuestamente abusiva, para no coartar el ejercicio de las acciones; y en la STS de 4 de diciembre de 1996 se afirma que en esta materia ha de procederse con sumo cuidado, pues no toda desestimación de la demanda es prueba por sí misma del actuar negligente ni puede coaccionarse psíquicamente con la amenaza de un pleito de responsabilidad civil a quien cree honestamente tener derechos que ejercitar o defender, para que no acuda a la vía jurisdiccional, pues violaría el artículo 24 CE. En el presente caso es de tener en cuenta: *a)* que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia ratificó la suspensión de la obra, afirmando el fundamento de la acción; *b)* la de la Audiencia Provincial la alzó en aplicación del artículo 16 de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios a que pertenecían ambas partes, al considerar que las obras eran de adaptación del local y que no afectaban a la estructura del edificio; y *c)* la entidad de las obras suspendidas que incluían la creación de una planta intermedia en el local, mediante la rebaja del suelo, convertía en discutible, cuando menos, que la estructura no resultaba afectada. En consecuencia, usando términos de la STS de 27 de mayo de 1988, no cabe atribuir a quienes ejercitaron la acción interdicial *una conducta claramente infundada*. (STS de 29 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

NOTA.—Asunto importante por la elevada cuantía de la indemnización reclamada (superior a 352 millones de las antiguas pesetas) y lo numeroso de las partes procesales al estar implicadas en su mayoría los propietarios pertenecientes a comunidades de propiedad horizontal de varias fincas ubicadas en dos calles madrileñas, si bien la demanda fue desestimada en ambas instancias, y asimismo lo fue el recurso de casación por la sentencia extractada, de la que ha sido Ponente el Magistrado señor Ferrándiz Gabriel en ajustada sentencia. (G. G. C.)

50. Responsabilidad extracontractual. Daños causados por animales. Aplicación del artículo 1905 CC al caso de daño causado por una res no identificada. Confusión de derechos en el actor cuando ostenta la cualidad de perjudicado y responsable del daño.—La existencia de la vacada compuesta por vacas del actor y del asegurado, unido a la falta de determinación de la res concreta que ocasiona los daños a la víctima, provoca que la responsabilidad sea compartida entre ambos propietarios, produciéndose una confusión de derechos en el citado actor y por tanto queda extinguida la

acción a tenor del artículo 1192 CC, sin que el hecho de que estén todas las vacas aseguradas impida la confusión de derechos en el actor propietario, puesto que la compañía aseguradora demandada hace frente únicamente a las obligaciones pecuniarias de sus asegurados frente a terceros y el actor en su condición de propietario del ganado asegurado, responsable del daño causado, no tiene la consideración de tercero. Así, al estar la responsabilidad atribuida a los dos propietarios de los ganados, no puede uno de ellos, hermano de la víctima, reclamar por la muerte de éste, por ser igualmente responsable, asegurando la demandada el propio ganado del reclamante. (STS de 2 de noviembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. H. falleció a consecuencia de las heridas producidas por la embestida de una res brava, sufrida mientras paseaba por una finca en la que se guardaban reses pertenecientes tanto al dueño de la finca como a uno de los hermanos de la víctima; y sin que se llegase a saber a qué ganado pertenecía el animal en cuestión. Dichos animales estaban asegurados en la compañía demandada. Los herederos del señor M. H. demandaron a la aseguradora en reclamación de los daños sufridos. Entre los actores se encontraba también el propietario de parte del ganado vacuno. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que concurría culpa exclusiva de la víctima. La Audiencia Provincial de Salamanca, estimó el recurso de apelación de los demandantes y, revocando la sentencia de instancia, estimó la demanda inicial. El Tribunal Supremo dio lugar parcialmente a la casación, en el sentido de absolver a la aseguradora demandada de la condena a abonar la indemnización correspondiente al demandante que al mismo tiempo era propietario de parte de las vacas. (L. A. G. D.)

51. Responsabilidad civil por inmisiones: daños continuados por contaminación: doctrina general de la responsabilidad civil por agresiones al medio ambiente.—Como reitera la STS de 28 de enero de 2004, la protección del medio ambiente puede considerarse en abstracto como protección al ambiente sano y adecuado para el desarrollo de la persona, y en concreto como protección específica a derechos subjetivos patrimoniales; mientras la primera no ha sido objeto de sentencia alguna de la Sala Primera del Tribunal Supremo, existe una reiterada jurisprudencia civil que con base en el artículo 1908.2.º CC configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados *por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades*, que es lo ocurrido en el presente caso, pues aunque cuantitativamente los humos y gases expelidos por la fábrica de la entidad recurrente hayan podido respetar los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros. Es de destacar que la STS de 24 de mayo de 1993 estimó la acción de los mismos demandantes o sus causantes contra las mismas sociedades demandadas, y ahora se reclama la indemnización por los subsiguientes daños causados con posterioridad. En definitiva se reitera la protección judicial respecto a la responsabilidad civil y en defensa del medio

ambiente, acatando el mandato constitucional sobre el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, que proclama el artículo 45.1 CE.

Abuso del derecho.—Es impensable el abuso del derecho en cuestiones de medio ambiente en que, la sociedad en abstracto y el ciudadano en concreto, tienen derecho constitucional a su protección.

Aplicación del artículo 1908.2 CC: responsabilidad objetiva.—La normativa aplicable al presente caso no son los artículos 1902 y 1903 CC sino el 1908.2.º, que configura una responsabilidad de carácter objetivo, que se impone al propietario, o más bien al empresario, titular de la empresa causante de los humos o emanaciones, es decir, de la agresión al medio ambiente; por otra parte, el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no excluye la responsabilidad civil si se ha producido, como en el presente caso, el daño.

Incongruencia.—No la hay porque en la demanda se reclama no sólo indemnización hasta 1994, sino en cada uno de los años siguientes. (STS de 14 de marzo de 2005; no ha lugar.)

NOTA.—La STS de 28 de enero de 2004 citada en la sentencia extractada y que también tuvo por Ponente a O'Callaghan Muñoz, se publica en *ADC* 2005, pp. 1464 ss. con anotaciones más, y recoge una abundante jurisprudencia que bien puede calificarse de *reiterada*. Doctrina que se extiende a las *inmisiones acústicas* por STS de 29 de abril de 2003 (extractada en *ADC* 2005, pp. 392 ss. con anotaciones más) por virtud de una *fuerza expansiva*. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

52. Jurisdicción competente en el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre.—Tienen la jurisdicción exclusiva para conocer de estos asuntos los Tribunales del orden jurisdiccional civil, según el artículo 9 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En efecto, la defensa de la propiedad mediante la declaración de la inexistencia de servidumbres constituye una materia propia del orden jurisdiccional civil, aunque se susciten a consecuencia de una actuación administrativa (SSTS de 30 de marzo de 1977, 12 de febrero de 1979, 18 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1992, 13 de junio de 1997 y 17 de marzo de 2004).

Cesión obligatoria a los Ayuntamientos respectivos de la parte del terreno destinado a vial.—El artículo 83.3.1 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, que aprueba el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, exige a los propietarios de suelo urbano ceder gratuitamente a los Ayuntamientos respectivos los terrenos destinados a viales. Ahora bien, esto no significa que la mera condición de terreno de cesión obligatoria permita establecer algún tipo de limitación al derecho de propiedad. Por el contrario, sin perjuicio del sistema de actuación aplicable, subyace el derecho de propiedad sobre el suelo sujeto a planificación, de manera que si no se demuestra lo contrario, dicho suelo ha de considerarse libre, es decir, sin limitaciones (SSTS de 9 de febrero de 1983 y 15 de junio de 1987). (STS de 18 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Sociedad Cooperativa Juego de la Bola* fue la promotora de la construcción de una serie de viviendas construidas dentro de una urbanización privada. El terreno donde se construyó, sito en el término municipal de Oropesa (Toledo), era de su propiedad y no estaba gravado por servidumbres de paso, luces y vistas. Con el fin de que los propietarios pudieran acceder a dichas viviendas la *Sociedad Cooperativa* abrió una calle dentro de la urbanización privada. Los propietarios de las fincas colindantes abrieron entonces puertas a dicha calle, ante lo cual, la *Sociedad Cooperativa Juego de la Bola* ejerció acción negatoria de servidumbre con el fin de evitar esos nuevos accesos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda declarando que se trataba de una calle privada sin ninguna servidumbre de paso, luces o vistas y ordenando a los demandados a que se abstuvieran de utilizar o pasar por la calle privada. Recurrída en apelación la sentencia, la Audiencia Provincial la desestimó, confirmando la de primera instancia. Finalmente, los demandados recurrieron en casación, si bien el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a las pretensiones aducidas. (*J. D. S. C.*)

53. Alteración de elementos comunes sin haber obtenido el permiso del resto de comuneros.—La realización de obras de adaptación en la planta baja para la apertura de un local comercial constituye una alteración de elementos comunes de la edificación. Su realización sin el permiso de la Junta de Propietarios constituirá una infracción de los artículos 7 y 11 LPH, que prohíben la realización de obras de modificación de elementos comunes (muro de carga y fachadas, entre otros), sin un permiso dado a través de un acuerdo unánime del resto de comuneros. El Tribunal Supremo tiene dicho, en una jurisprudencia consolidada, que la alteración en la configuración de la fachada de un edificio, así como del estado exterior de la finca o la alteración de un muro de carga, suponen la necesidad de previa autorización de los copropietarios (SSTS de 5 de marzo de 1998 y 30 de julio de 1999).

Es irrelevante a estos efectos, el hecho de que las cláusulas estatutarias del edificio permitan la divisibilidad del local; no significa que permitan también la modificación de fachadas o de cimientos del mismo. (**STS de 23 de febrero de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. interpone demanda contra la entidad mercantil *Cense, S. A.*, por la realización de unas obras incontestadas (modificaciones de huecos existentes en la fachada, realización de nuevos huecos y demolición del muro de carga). El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, declarando que dicha entidad ha realizado obras incontestadas que afectan a determinados elementos comunes del edificio y le condena a reponer aquellos elementos que resulten afectados a su estado esencia original y anterior a la realización de las mismas.

El demandado interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso y absuelve a la demandada de las pretensiones del actor.

El demandante recurre en casación, donde el Tribunal Supremo declara que efectivamente realizó las obras de adaptación de la

planta baja del edificio para un servicio de tanatorio, que dichas obras constituyen una alteración de los elementos comunes y que se ha producido una infracción de los artículos 7 y 11 LPH. Por ello estima el recurso y confirma la sentencia de instancia. (S. L. M.)

54. Carácter de elemento común de los muros, suelo y subsuelo.—Si el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal no menciona el sótano o el subsuelo como elementos privativos, no cabe legitimar como elemento privativo de hecho lo que con arreglo a Derecho había de conceptuarse como elemento común, predicable de todo el resto del terreno situado al nivel del sótano pero sin excavar. Según el Alto Tribunal, de otro modo se llegaría al absurdo de que los propietarios de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal pudieran, después del otorgamiento del título correspondiente pero antes de haber vendido uno solo de los elementos privativos, practicar cualesquiera alteraciones en los elementos comunes no expresamente mencionados con tal carácter en el título para apropiárselos irrevocablemente por vías de hecho. El Tribunal Supremo ya ha declarado reiteradamente el carácter de elemento común del suelo, el subsuelo y, lógicamente, de los muros (SSTS de 27 de mayo de 1993, 31 de octubre de 1996, y 10 de mayo de 1999). (STS de 22 de febrero de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Don Á. T. interpone demanda contra don M. y doña M. P. solicitando que se dictara sentencia en la que se declarara: 1) La existencia en el edificio de una planta inferior a la de sótano, cuya existencia no corresponde con la declaración de obra nueva y división horizontal. 2) Que para acceder a la misma se han abierto por los demandados dos huecos en la pared trasera del edificio, para la entrada y salida de vehículos. 3) Que igualmente sobre la pared señalada en el apartado anterior se han abierto en la planta segunda del edificio y en la vivienda que pertenece a los demandados y por éstos dos ventanas, inexistentes en el proyecto de edificación. 4) Que en la rampa de acceso al sótano existente se han colocado por los demandados dos pilares metálicos y una cadena que impiden el paso. 5) Que tanto la pared sobre la que se han abierto los huecos y las ventanas, como la planta de sótano y la rampa de acceso al sótano son zonas comunes y no se pueden alterar, por tanto, sin el consentimiento de todos los copropietarios. 6) Que la planta de sótano creada y la rampa de acceso al sótano ya existente viene siendo usada de forma exclusiva y excluyente por los demandados. Se pide que se condene a los demandados a reponer la pared exterior del edificio a su estado primitivo, cerrando los huecos que habían abierto, y a eliminar los pilares metálicos y la cadena que impiden el acceso al sótano al resto de copropietarios. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a los demandados a reponer la pared a su estado primitivo, a excepción de los dos huecos de ventana en ella abiertos.

Ambas partes interponen sendos recursos de apelación, que son estimados por la Audiencia Provincial. Ésta condena a los demandados a eliminar el pilar y la cadena que colocaron en la rampa de acceso al garaje.

El actor recurre la decisión de la Audiencia en casación, solicitando que se reponga la pared al estado primitivo, cerrando las dos puertas que permiten el acceso a la planta inferior a la del sótano, para así adecuar la declaración de obra nueva a la realidad. El Tribunal Supremo finalmente estima el recurso, declarando el carácter de elemento común de los muros, el suelo y el subsuelo. (S. L. M.)

55. Comunidad de bienes: división. Reducción de cuotas a metálico para abonar al actor su parte subsistiendo la comunidad entre los demás copartícipes. La utilización del piso-vivienda por uno de los comuneros sin oposición de los demás no permite el acrecimiento a favor de los restantes comuneros como compensación a la utilidad obtenida.—Según los hechos de la demanda, desde que los padres de los litigantes les donaron el piso y la plaza de garaje a finales de 1974, sólo uno de ellos había utilizado tales bienes de forma exclusiva y sin abonar canon arrendaticio alguno, por lo que, calculado el valor medio de uso en 25.000 pesetas mensuales y multiplicada esta cantidad por los veinte años y dos meses transcurridos, se fijaba en 6.050.000 pesetas la cantidad deducible a ese comunero de la cuota que le correspondiera para, así, acrecer por partes iguales a todos los demás copropietarios. En la contestación a la demanda, los cuatro demandados reconocieron que el comunero indicado venía habitando el piso-vivienda desde la donación, pero precisamente porque la razón de sus padres para comprarlo y luego donárselo a sus cinco hijos había sido la de dotar de vivienda al matrimonio que iba a formar ese hermano. Por ello, nunca se había fijado canon arrendaticio ni modificado el acuerdo ordinal, según el cual, el hermano asumía, en exclusiva, todos los gastos tributarios, de propiedad horizontal y de conservación de los bienes. La sentencia de instancia tuvo por probado que la actora había consentido la situación, sin sufragar gasto alguno de los inmuebles, incluso aunque el hermano hubiera arrendado el piso-vivienda a terceros, al tener que trasladar su residencia por razones profesionales. El Tribunal considera absolutamente inverosímil que durante más de veinte años la actora-recurrente dejara de manifestar su oposición a una situación dada desde el mismo momento inicial de la comunidad de bienes, aunque durante más de la mitad viviese en Italia. Aparte de ello, de su absoluto silencio sobre el fundamento jurídico de la pretensión de acrecimiento a favor de todos los demás comuneros y de la falta de explicación razonable sobre tan prolongado silencio, junto con la prueba testifical de la madre de los litigantes, lo que se desprende no es la falta de consentimiento tácito de la actora al estado de las cosas subsiguientes a la donación sino el enfrenamiento de ella con su madre, por cuestiones relativas a la herencia de su padre, lo que corrobora la desestimación de la pretensión de que se trata. (STS de 20 de octubre de 2004; no ha lugar, respecto al fallo recurrido.)

HECHOS.—La demandante (luego recurrente ante el Tribunal Supremo) interpone acción de división de cosa común, solicitando que se ofreciera a sus cuatro hermanos (demandados) la adquisición de la cuota proindiviso de la actora en un piso-vivienda y una plaza de garaje «por su valor» y, si no aceptaban, se procediera a la venta de tales bienes en pública subasta y al reparto del montante obtenido, minorando la cantidad correspondiente a uno de los cuatro hermanos en 6.050.000 pesetas, que deberían acrecer en partes

iguales al montante del resto de copropietarios y ordenando la participación en los gastos ocasionados en proporción a la participación de cada uno en la propiedad.

Los hermanos contestan pidiendo que se les adjudicara el inmueble mediante pago a la actora del valor de su cuota y se declarase su mala fe y su anormal ejercicio de la acción de indivisión.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró extinguida la comunidad de bienes litigiosa pero sólo en cuanto a la actora, cuya quinta parte se adjudicaba a los otros condueños por 4.000.000 de pesetas. La parte actora interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia y fue desestimado por la Audiencia Provincial. (S. M. S.)

56. Legitimidad de obras necesarias en el predio sirviente para el adecuado uso de la servidumbre.—El artículo 543 CC establece un derecho necesario para el uso de la servidumbre. El dueño del predio dominante podrá hacer, a su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre. Al tiempo que es un derecho del predio dominante, para el predio sirviente es un deber soportarla. En relación con las obras necesarias, éstas tienen su límite en la alteración o el aumento de la onerosidad y están además limitadas a las necesarias para el uso y conservación. (STS de 2 de marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de la calle Lope de Rueda, número 55, de Madrid, se encuentra gravada con una servidumbre de paso a favor de la finca colindante, la comunidad de garajes de la misma calle número 53, cuya propietaria es *Inversiones Cotui, S. A.*, que ha acondicionado y construido un aparcamiento, cuyo acceso lo tiene a través de la referida servidumbre de paso de carácter voluntario, inscrita en el Registro de la Propiedad. Igualmente hay que dejar constancia de: a) El levantamiento de un muro que divide el espacio que constituye la servidumbre en dos accesos diferenciados, uno para paso de vehículos y otro de peatones. b) La colocación en la pared medianera de ambas fincas de unos conductos para la ventilación del aparcamiento. c) La existencia de una zona no afectada por la servidumbre, propiedad de la comunidad actora, que ha quedado dentro del acceso al aparcamiento. La comunidad de propietarios del número 55 interpone demanda contra *Inversiones Cotui* y, subsidiariamente, contra otra comunidad de propietarios del número 53. Solicita la demolición del muro que divide la servidumbre, la retirada de los tubos y conductos colocados en la pared medianera entre ambas fincas y la devolución de la porción de terreno propiedad de ésta. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda presentada por la comunidad de propietarios del número 55, en el sentido de aceptar todas las pretensiones de la actora a excepción de la indemnización por daños.

Presentado recurso de apelación por *Inversiones Cotui*, la Audiencia Provincial lo estima, absolviendo a los demandados.

La comunidad de propietarios del número 55 interpone recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 598 y 543 CC.

Señala el Tribunal Supremo que parte de las obras acreditadas se encuentran amparadas por la realidad y el fin social llamado a desempeñar. Al haber optado por el uso de garaje, el levantamiento del muro resulta necesario para el adecuado aprovechamiento, sin que, por el contrario, impliquen aumento de onerosidad, sino facilidad y disminución de peligrosidad para el uso de aparcamiento, del que también se pueden beneficiar los propietarios de la comunidad demandada. Sin embargo, lo anterior no puede alcanzar a las obras necesarias no para la adecuada utilización de la servidumbre, sino en beneficio del garaje, y en tal sentido no están cubiertas por el artículo 543 CC. De ahí que estime el recurso. (S. L. M.)

57. Retracto. *Dies a quo* del plazo de caducidad de la acción.—Los textos legales que se refieren a la constancia registral de una compraventa o dación en pago como inicio del cómputo para el ejercicio del derecho del retracto legal hacen mención expresa y concreta de la inscripción de la operación en el Registro de la Propiedad y no a la fecha de la práctica de cualquier asiento registral relativo al título de la adquisición del predio en que el retrayente quiere subrogarse (arts. 1524, 1638.2 y 1639 CC, Ley 458.2 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, art. 150.2 de la de Aragón, art. 123 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, y art. 23.2 de la Ley 6/1990, de Censos del Parlamento de Cataluña).

Estas específicas referencias legales a la inscripción registral propiamente dicha y la improcedencia de la pretensión de que se asimilen a las mismas las anotaciones preventivas responde a la naturaleza principal, definitiva y de carácter positivo de las primeras, que hacen constar de modo completo y solemne los actos de constitución, transmisión o modificación de un derecho real inmobiliario, frente a las anotaciones preventivas, que aun siendo también asientos principales tienen, en cambio, un carácter provisional o transitorio (FD 2.º).

El asiento de inscripción se fija por la ley como fecha de referencia para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de retracto por constituir un medio seguro, que sirve de base al doble fin del conocimiento cabal del negocio por el futuro retrayente y del establecimiento de una fecha cierta para evitar la inseguridad en el tráfico jurídico. De esta forma queda eliminada la permanente incertidumbre del comprador respecto a su posible sustitución en la adquisición realizada (STS de 14 de marzo de 1956). (STS de 1 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El 29 de diciembre de 1994, tras ejercitar derecho de opción de compra sobre una finca se otorgó escritura pública a favor de doña S., y don L. y don E., la cual tuvo acceso en el mismo día al libro Diario del Registro de la Propiedad. El 20 de marzo de 1995 se practicó anotación preventiva de suspensión por defecto subsanable. Treinta días más tarde doña A., don M. y doña C. formularon demanda de retracto sobre la mencionada finca contra los herederos de don C., doña S., y don L. y don E. La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia por haber sido deducida una vez transcurrido el plazo de caducidad que establece el artículo 1524 CC, al entender que el mismo comenzó a correr desde la fecha en que se practicó anotación preventiva de suspen-

sión por defectos subsanables. Apelada la sentencia dictada en primera instancia, la Audiencia Provincial acogió el recurso de la parte actora y estimó totalmente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La sentencia anotada sigue la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que entiende que el plazo de nueve días que establece el artículo 1524 CC no ha de contarse desde la fecha del asiento de presentación, sino desde la inscripción (entre otras, SSTS de 21 de julio de 1993, 7 de abril de 1997 y 27 de junio de 2000). (M. C. L. J.)

58. Acción contradictoria de dominio. Ejercicio, al menos, coetáneo, de acción dirigida a obtener la anulación o cancelación de la inscripción registral: artículo 38 LH; innecesario.—La moderna doctrina jurisprudencial tiene declarado que, superando la interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo o, al menos coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la anulación o cancelación de la inscripción registral, se pasa a la actual, más acertada en el plano hermenéutico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical. El Tribunal Supremo cita reiterada jurisprudencia de la Sala al respecto, y en especial la STS de 1 de diciembre de 1995.

Tercero hipotecario: efectos. Inexistencia: falta de buena fe.—Según doctrina sentada por esta Sala, resultan consagrados tanto el principio de fe pública registral, sancionado en el artículo 34 LH, y que implica que el tercero que adquiera del titular registral confiado en el Registro e inscribe está protegido y no le afecta la posterior declaración de nulidad del contrato del transmitente, como también el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, según el cual al tercero que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos, de modo que frente a él es inoponible lo que no ha tenido acceso al Registro, siempre que adquiera, eso sí, bajo determinadas condiciones. De modo que concurriendo tales requisitos, el citado artículo 34 LH enerva la acción reivindicatoria, la acción meramente declarativa, la acción confesoria o cualquier acción real y protege al adquirente frente a cualquier impugnación del título adquisitivo que pretenda la anulación del derecho del transferente.

El Tribunal entra a examinar si concurre el requisito de la buena fe en los adquirentes (recurrentes) a título oneroso que han inscrito su título en el Registro. Y concluye:

A) En el caso de don H., don C. y don A. D.: su madre, doña L., de quienes ellos adquieren su cuota de participación, formaba parte de la comunidad de propietarios cuando se acuerda instar la venta de los locales comerciales a través de los mandatarios correspondientes. Y, como tal, quedó sujeta a los estatutos y al reglamento de régimen interior de la comunidad, así como a los acuerdos válidamente adoptados y no impugnados en forma. Concertados los contratos de compraventa por doña A., doña G. y don C. F. con quienes ostentaban la representación de los copropietarios de los locales vendi-

dos, éstos, entre ellos los aquí recurrentes, quedan vinculados por los actos y contratos celebrados por sus mandatarios, sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitar contra los miembros de la comisión liquidadora. Por lo que se refiere a las participaciones que doña L. adquiere sobre algunos de los locales en litigio que resultan haber sido enajenados por la comunidad antes de venderse a doña L., debe considerarse un supuesto de venta de cosa ajena. Si bien es verdad que, en principio, no podía afectar a la adquirente que accedió al Registro lo no inscrito en él, no puede apreciarse la existencia de buena fe, ya que, por su condición de copropietaria no podía desconocer la discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral, materializada en la ocupación real y efectiva de los locales comerciales por los otros compradores (anteriores), que, de hecho, figuraban en las actas de Juntas de Propietarios correspondientes, como deudores por impago de las cuotas establecidas sobre los locales.

B) En el caso de doña L., ella adquiere la participación indivisa en los locales en litigio por escritura pública de 11 de enero de 1984; todas las enajenaciones realizadas a favor de los demandantes recurridos son anteriores y, por tanto, respecto a ella, también nos encontramos ante supuesto de venta de cosa ajena. Pero igualmente resulta imposible apreciar, por los mismos motivos, la buena fe que exige la aplicación de la protección registral que ella pretende que se le otorgue como adquirente que inscribe.

Facultad de exigir el otorgamiento de escritura pública al amparo del artículo 1279 CC. No se aprecia.—En la escritura pública de compraventa de 11 de noviembre de 1982, otorgada a favor de don C. F., consta que don L. A. y don J. A. estuvieron representados por don E. y don L. M.; dicha escritura tuvo acceso al Registro de la Propiedad, si bien sólo respecto de las participaciones de los vendedores que se relacionan en la nota del Registrador, entre los que no figuran los recurrentes, haciendo constar el Registrador que «no se ha efectuado operación alguna con las participaciones de los demás vendedores, a solicitud verbal del presentante». Por ello no puede ejercitarse frente a los aquí recurrentes la facultad de requerir el otorgamiento de escritura pública, al haber dado ya tal satisfacción a esta pretensión, sin que a ello obste la falta de acceso al Registro por causas no imputables a los recurrentes. (STS de 4 de octubre de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En reunión de propietarios del edificio Rioja celebrada el día 31 de agosto de 1973, se constituye definitivamente la comunidad de propietarios de dicho edificio, al amparo de la Ley de Propiedad Horizontal entonces vigente, acordándose, asimismo, la disolución de la comunidad de propietarios-promotores hasta entonces existente y constituyéndose una comisión liquidadora de la construcción y resto de actividades, a la que se concedió, entre otras, la facultad de «vender los locales comerciales que aún quedasen por vender y el sobrante que hubiese en sótanos, éste sólo para aparcamientos, en el precio y condiciones que se tuviesen por convenientes, cobrando las cantidades que resulten de los contratos que suscriban a tales efectos». No se fijó límite temporal a la actuación de la comisión liquidadora nombrada. Doña A., don V., don R., don C. F. y don L., pretenden hacer valer su derecho de propietarios sobre distintas fincas destinadas a local comercial integradas en esta comunidad de propietario. doña A., don V., don R. y don C. F.

concluyeron (en fechas diferentes, entre 1973 y 1984) los correspondientes contratos de compraventa con representantes de la comunidad de propietarios. A don L. le es adjudicada la propiedad de su local en escritura pública de partición de herencia de doña G., aunque en documento privado de 14 de marzo de 1978 ya aparecía como subrogado en los derechos y obligaciones sobre el mencionado local que ostentaba doña G.. Ésta, por su parte, había concluido contrato privado de compraventa de dicho local comercial con los representantes de la comunidad de propietarios en su momento. De todos ellos, sólo don C. F. otorga escritura pública del contrato de compraventa y la inscribe en el Registro de la Propiedad, aunque sólo en las participaciones correspondientes a 24 propietarios (de los 89 que integran la comunidad). Todos los compradores entraron en posesión de los locales por ellos adquiridos y habían completado el pago del precio.

Todos ellos interponen demanda de menor cuantía sobre declaración de dominio y otorgamiento de escritura pública contra todos los miembros de la comunidad de propietarios. Sólo comparecen como demandados opuestos don H., don C., don A. D., don J. A., don L. A. y doña L.

Don H., don C., don A. D. y doña L., individualmente, son titulares inscritos en el Registro de la Propiedad de cuotas de participación indivisas en la propiedad de los locales litigiosos y se oponen a los derechos de los nuevos adquirentes.

Don H., don C. y don A. D. adquirieron su cuota de participación del 0,89 por 100 en la propiedad de los locales comerciales litigiosos como herederos de su madre, doña L., quien la adquirió de don I., según escrito de división horizontal, uno de los copropietarios-promotores del edificio (escritura pública de 25 de septiembre de 1975, inscrita en el Registro el 29 de enero de 1976).

Doña L. compra a don J. M. y doña A., para su sociedad de gananciales, en virtud de escritura pública de 11 de enero de 1984, una participación indivisa (de 1,50 por 100) sobre cada uno de los quince locales comerciales que aparecen en la escritura pública. don J. A. y don L. A., en concreto, se oponen al requerimiento de parte de don C. F., como comprador, al otorgamiento de escritura pública, conforme al artículo 1279 CC, por infundado, ya que los demandados otorgaron escritura pública a favor de don C. F. y si no ha sido inscrita en cuanto a sus participaciones indivisas no ha sido por causa atribuible a ellos.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Recurrída la sentencia en apelación por los únicos demandados opuestos, el recurso es desestimado. Todos los apelantes (don L. A. sustituido por su esposa doña R.), interponen recurso de casación. (S. M. S.)

59. Buena fe registral.—La buena fe registral consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral, pero no comprende aquellas situaciones en que de la prueba resulte que pudo conocerse la realidad desarrollando un mínimo de diligencia. Esto no supone imponer al tercero deberes de una especial investigación, ni tabular ni extratabular. (STS de 4 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La comisión liquidadora de una sociedad en quiebra, ejercitó acciones a fin de reintegrar a la masa de la sociedad ciertos bienes (acciones e inmuebles) con los que habían negociado tanto los representantes de la empresa como los Síndicos de forma aparentemente irregular. Habiendo sido estimada parcialmente la demanda en ambas instancias, en casación no hubo lugar. (C. J. D.)

60. Fe pública registral. Condición de tercero hipotecario.—Para ser tercero hipotecario, conforme al artículo 34 LH —y ser beneficiario de la protección que del artículo se desprende— no es necesario que la persona que adquiera la finca realice una investigación exhaustiva con el objetivo de comprobar que en el Registro de la Propiedad no aparece alguna causa de ineficacia que pueda alcanzar a su adquisición. Solamente es necesario que compruebe que no existe causa de ineficacia que pueda alcanzar a su adquisición en el folio real de la finca que pretende adquirir. (STS de 3 de marzo de 2005; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don J. G. M. adquirió una finca de quien constaba en el Registro de la Propiedad como titular registral (*Surio, S. A.*). Con posterioridad se descubre que la finca adquirida constaba también inscrita como parte integrante de otra propiedad cuya titular era la *Fundación San Pío X*, si bien dicha declaración se enunciaba en otro folio registral. La *Fundación San Pío X* ejercita acción reivindicatoria de la finca contra la entidad *Surio* y contra don J. G. M. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revoca la sentencia estimado la pretensión del actor. Se recurre por don J. G. M. y por la entidad *Surio* en casación. El Tribunal Supremo estima el recurso planteado por don J. G. M. y desestima la acción principal planteada por la *Fundación San Pío X* además de declarar que no ha lugar al recurso planteado por la entidad *Surio*. (A. V. G.)

DERECHO DE FAMILIA

61. Sociedad legal de gananciales. Artículo 1324 CC: eficacia. Valor de confesión probatoria *inter partes*. Fuerte presunción legal que se establece por encima de la regla común del *onus probandi*. Bien privativo: concurrencia del marido a la compra por la mujer «confesando» que el dinero que ésta da para su adquisición es privativo de ella.—Ciertamente, el artículo 1361 CC establece, como regla general, a falta de otra prueba o declaración, la presunción de ganancialidad de los bienes «existentes» en el matrimonio, debiendo probar la parte que pretenda la privación de los mismos o de algunos de ellos. Pero existen otras normas que permiten alterar esa regla, como son las del artículo 1355, por un lado, y la del artículo 1324, por otro, que a su vez, permite mediante «confesión» (declaración unilateral, válida en Derecho) hecha por el que, de los cónyuges pueda resultar perjudi-

cado, que tal declaración se constituya en prueba eficaz y bastante para que determinados bienes sean considerados, aun perteneciendo a la comunidad o al cónyuge que la hace, como propios del otro.

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo atribuye a esa confesión, una fuerza probatoria «inter partes», es decir, en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, más concretamente, de uno frente a otro, al preservar los intereses de los herederos forzosos y de los acreedores, para no blindar situaciones de posibles fraudes. La prevalencia confesoria que el artículo 1324 establece no es absoluta y cabe prueba en contrario, pruebas que han de ser eficaces y contundentes.

Se trata pues, de una «fuerte» presunción legal que se establece por encima de la regla común del *onus probandi* (art. 1214 CC) y que evita tener que acudir a la prueba corriente de presunciones (arts. 1299 ss. CC) si bien no con el carácter del artículo 1250 (las que dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas), dándosele más bien el valor de la «confesión», con el valor del artículo 1232 y el artículo 1239 cuando es prestada extrajudicialmente (en cuanto se trata de hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales, pero siempre con el carácter y límites que fija el propio art. 1324 CC).

Esa fuerza hace que situaciones como aquellas en que se produzca la falta de precio o la precariedad o desproporción del mismo, no afecten a la validez de la declaración, salvo que exista una prueba muy fuerte y eficiente en contrario o que se dé la existencia de situaciones enervantes (error, dolo, engaño, falta de capacidad del que la hace).

Vale tal norma para dar eficacia de prueba, por sí sola a la declaración que se hace, para enervar así la pretensión contraria a que no valga lo declarado, y es aplicable, no sólo a los casos de obtención de la privatividad, sino también a los supuestos contrarios, en cuanto un bien privativo pase a ganancial por la declaración del que por ello resulte perjudicado. (STS de 8 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don J. C., para obtener la división de la cosa común referida a la finca situada en el término de Boadilla del Monte (Madrid), Dirección..., inscrita. Basa dicha pretensión en que, con fecha 26 de abril de 1990, ante Notario, el demandado vendió a su esposa y demandante la mitad indivisa de la finca descrita por el precio de 3.000.000 de pesetas, haciéndose constar expresamente en la escritura, por parte de don J. C., que «el dinero invertido en la compraventa es de exclusiva propiedad de la esposa». El demandado niega este extremo en su escrito de contestación. Y se opone, planteando, a su vez, demanda reconventional, en solicitud de nulidad de la indicada compraventa, por entender que es nula al no mediar los requisitos exigidos en nuestra legislación para que el contrato traslativo sea eficaz, ya que nunca medió causa, consentimiento y precio, pues el precio que se declara recibido nunca fue entregado; se dice que hubo una simulación total de la compraventa. Se añade por el demandado que el precio real en tal momento era superior a los 30.000.000 de pesetas. En la demanda reconventional, igualmente, se solicita que la compraventa realizada en la escritura otorgada el 24 de marzo de 1990, ante Notario, sobre el piso de la Dirección... de Málaga e inscrito en el Registro de la Propiedad, se declare nula en lo referente al carácter privativo

de la compraventa efectuada por doña M. de una cuota indivisa, y que, en su lugar, se indique que tal compraventa es de carácter ganancial, y debe inscribirse para la sociedad de gananciales constituida por los aquí litigantes, toda vez que el dinero pagado en tal adquisición es ganancial al haberse obtenido por un préstamo concedido a las partes por «Caja Madrid». No obstante, en la correspondiente escritura pública de compraventa, a la que comparece don C. J., se ratifica por éste que el dinero satisfecho por su esposa, después demandante, era de carácter privativo.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda principal y estima la reconvencción. La demandante-reconvenida presenta recurso de apelación, que es estimado. (S. M. S.)

62. Sociedad de gananciales en liquidación por fallecimiento de la esposa: inaplicación del artículo 1384 CC a sociedad familiar en liquidación formada por cónyuge y tres hijos: inaplicación del principio de la apariencia.—Es errónea la aplicación del artículo 1384 CC al cónyuge superviviente titular del 35 por 100 de las acciones de una sociedad familiar, pretendiendo que aquél siga siendo aplicable en la fase de liquidación de ésta, pues dicho precepto no atribuye ninguna titularidad al cónyuge a cuyo nombre figuran las acciones de naturaleza ganancial, sino que es una norma de protección del tráfico, que da validez a los actos de administración o disposición del cónyuge a cuyo nombre figuren, corrigiendo así las consecuencias perturbadoras que podían derivarse de una rígida aplicación del principio de cogestión y codisposición de bienes gananciales establecido en el artículo 1375 CC; en consecuencia, sólo se aplicará aquél precepto cuando exista una sociedad de gananciales en funcionamiento, pero no cuando se haya disuelto por muerte de uno de los cónyuges. Es obvio que la protección de la apariencia jurídica no podría tener aplicación en este caso para afirmar que las 420 acciones a nombre del cónyuge superviviente (equivalentes al 35 por 100 del total) tenían derecho a voto en la Junta General de la sociedad familiar, cuando los restantes socios de la misma (los tres hijos comunes del matrimonio) conocen la realidad y están junto con aquél envueltos en un juicio de testamentaría sobre la herencia de su fallecida madre.

Nulidad de acuerdos sobre modificación de estatutos: falta de *quorum*.—El artículo 103.1 LSA establece que para que la Junta, tanto ordinaria como extraordinaria, pueda modificar los estatutos sociales, será necesaria en primera convocatoria la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean al menos el 50 por 100 del capital suscrito con derecho a voto, circunstancia que no hubiera concurrido cuando se negó la posibilidad de votar al 70 por 100 del capital social, circunstancia que debería haber comportado la celebración de la Junta en segunda convocatoria, en la que este requisito no se exige. De aquí la nulidad de los acuerdos adoptados con la participación sólo del 30 por 100 de aquél, a saber, cese del Administrador Único, modificación de los estatutos para introducir un Consejo de Administración, nombramiento de nuevos Consejeros y exigencia de responsabilidad al Administrador Único.

Confirmación de la sentencia recurrida por otro motivo: aplicación del artículo 66 LSA.—Aunque se ha estimado uno de los motivos del recurso, procede mantener la sentencia impugnada por otra razón sustitutoria, consistente en que al estar las 840 acciones de la sociedad de gananciales, represen-

tativas del 70 por 100 del capital social de la sociedad demandada dentro de la masa patrimonial que forma la comunidad postganancial de los cónyuges, concurría la situación prevista en el artículo 66 de la referida Ley, debiendo designar los miembros de aquella comunidad persona en el ejercicio de los derechos de socio de acuerdo con el artículo 395 CC. (STS de 14 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante escritura pública de 27 de noviembre de 1987 los padres y tres hijos comunes constituyen una sociedad anónima familiar en la que cada cónyuge posee el 35 por 100 del capital social (equivalente a 420 acciones para cada uno), mientras que cada uno de los hijos recibe 120 acciones (en total, 360 acciones), lo que significa que el total capital social está representado por 1.200 acciones. Fallecida la esposa, el cónyuge superviviente y los tres hijos, por desavenencias familiares, aparecen inmersos en un juicio de testamentaría. En 1995 se celebra Junta General extraordinaria de la sociedad familiar, previa convocatoria judicial, cuyos acuerdos se impugnan por el padre en el proceso que ha culminado en el presente recurso de casación. En ambas instancias se estima la demanda de nulidad de acuerdos, rechazándose el recurso de casación, aunque con fundamento diverso de la sentencia de la Audiencia Provincial. En efecto, la sentencia extractada (Pte.: Gullón Ballesteros) declara inaplicable al caso el artículo 1384 CC al estar basado en la protección de la apariencia, si bien apoya la nulidad de aquéllos en el incumplimiento del artículo 66 LSA.

NOTA.—Parece acertada la inaplicabilidad de dicho precepto al caso aquí planteado, y ello pese a la indudable trascendencia práctica que atribuí al mismo (en Castán, *Derecho civil español, común y foral*, v. 1.º, 12.ª ed., Madrid, 1994, p. 505); en efecto la opinión doctrinal común califica el artículo 1384 CC de legitimación externa a uno de los cónyuges para dar seguridad al tráfico (así Pretel, *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, p. 738). El razonamiento resulta plenamente convincente ya que resulta incongruente que, según pretenden, los hijos se admita la legitimación del padre en la Junta Extraordinaria a efectos del *quorum* de asistencia y luego se le deniegue al mismo legitimación a la hora de votar. Sentencia de aprobar. (G. G. C.)

63. Acción de reclamación de la filiación no matrimonial. Legitimación activa del padre (o madre) aunque no exista posesión de estado.—Es doctrina jurisprudencial reiterada la que reconoce la legitimación del padre en los casos de filiación no matrimonial, aunque no exista posesión de estado; superando así la literalidad del artículo 133 del CC y afirmando que ya que el artículo 134 del mismo cuerpo legal legitima en todo caso al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, ha de entenderse que también está habilitado para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial, pues ni puede prescindirse de la verdad biológica ni debe echarse en olvido el interés justificado de los hijos en saber y conocer quién es su padre (SSTS de 24 de junio de 1996, 30 de marzo y 19 de mayo de 1998, 20 de junio de 2000 y 22 de marzo de 2002).

Nombramiento de un defensor judicial al menor cuando el padre o la madre tengan algún interés opuesto al de aquél.—La representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a patria potestad ha de quedar excluida cuando se compruebe la existencia de un conflicto de intereses que pueda poner en peligro el del hijo, debiendo en tales casos pedirse al nombramiento de un defensor judicial que pueda velar con la necesaria imparcialidad por los derechos del menor. (STS de 8 de julio de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—El actor reclamó la paternidad no matrimonial de una menor, a la que se opuso la madre de ésta. El Juzgado desestimó dicha pretensión por falta de pruebas convincentes. La Audiencia consideró que al no existir posesión de estado, el supuesto progenitor carecía de legitimación para la acción que pretendía ejercitar, por lo que confirmó la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación interpuesto por el actor y declara la nulidad de lo actuado a partir del momento procesal anterior al auto de la Audiencia que denegó la práctica de la prueba biológica, la cual había sido admitida en primera instancia, pero por la actitud negativa de la demandada a someterse a las extracciones sanguíneas oportunas, no pudo llevarse a efecto; todo ello, previa designación de un defensor judicial que asuma la representación de la menor. (I. D.-L.)

64. Filiación no matrimonial: reclamación de paternidad: prueba por indicios: negativa a pruebas biológicas: doctrina constitucional.—El derogado artículo 127 CC, recogido ahora en el artículo 767.1 LEC 2000, en modo alguno da normas de valoración de las pruebas o del no sometimiento a las biológicas; en el presente caso el demandado debió someterse a ellas cuando fueron reiteradamente ordenadas judicialmente, hasta cuatro veces, para despejar las dudas sobre su paternidad a que daban lugar las demás pruebas. Como dijo la STC de 17 enero de 1994, precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad; en estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial, y desde la perspectiva de los artículos 24.1 y 39 CE no es lícito que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable de la decisión judicial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación. (STS de 30 de junio de 2004; no ha lugar.) (G. G. C.)

65. Filiación no matrimonial. Negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas: valor probatorio especialmente valioso. Acreditación de la filiación por la existencia de otras pruebas complementarias practicadas en el proceso.—La negativa a someterse a las pruebas biológicas, aunque no tiene el valor probatorio de una *ficta confessio*, sí ha de considerarse como un indicio especialmente valioso que, en unión a otras pruebas en el

proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Estas pruebas no vulneran el derecho a la intimidad o a la integridad física, salvo que entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien debe soportarlas, ni pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona (SSTS de 1 y 11 de octubre de 1999, 29 de marzo, 30 y 24 de mayo de 2000, 3 de noviembre y 27 de diciembre de 2001, y 17 de julio de 2002).

Posibilidad de practicar la prueba biológica en caso de prefallecimiento del progenitor a sus causahabientes o hijos.—La negativa de los causahabientes o hijos a someterse a esta prueba equivaldría a un cierre del principal instrumento probatorio, con lo que quedaría indefenso el actor. Además, provocaría una peor situación en estos litigios, porque, si vive el progenitor su negativa equivaldría, junto con las demás pruebas, a la imposición de la paternidad y, si fallece el mismo, la negativa de sus deudos, produciría el cierre o imposibilidad de averiguar la verdad biológica. Por último, estas personas han de colaborar con la justicia en pos del objetivo acreditativo de progenie. (STS de 2 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora reclamó la paternidad extramatrimonial con respecto a don J. M. G. O. fallecido durante el procedimiento. Numerosos testigos declararon que la actora era hija del demandado, entre ellos un párroco que manifestó que recibía mensualmente un sobre del demandado que hacía llegar a la madre de la actora. No se pudo contar con la prueba biológica: en el caso del demandado la enfermedad que padecía impidió su realización y en el caso de sus herederos por incomparecencia de éstos a su práctica. El Juzgado estimó la demanda, la Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no acogió el recurso de casación interpuesto por los hijos del demandado. (I. D.-L.)

66. Filiación no matrimonial. Negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas: valor probatorio especialmente valioso. Acreditación de la filiación por la existencia de otras pruebas complementarias practicadas en el proceso.—La negativa a someterse a las pruebas biológicas, aunque no tiene el valor probatorio de una *ficta confessio*, sí ha de considerarse como un indicio especialmente valioso que, en unión a otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Estas pruebas no vulneran el derecho a la intimidad o a la integridad física, salvo que entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien debe soportarlas, ni pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona. (STS de 7 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre de dos menores reclamó la paternidad extramatrimonial del demandado en relación con sus dos hijos. Quedó acreditada la existencia de relaciones sentimentales entre ambas partes, actora y demandado, y la convivencia mantenida por los mismos, de la que se infirieron relaciones sexuales en la época de la concepción de ambos menores. También, el demandado, que en principio mostró su conformidad a la práctica de la prueba biológica, a lo largo del proceso puso de manifiesto su afán obstruccionista a la misma, lo que impidió que pudiera practicarse. El juzgado estimó la demanda, la Audiencia confirmó la sentencia de instancia

y el Tribunal Supremo no acogió el recurso de casación interpuesto por el demandado. (I. D.-L.)

67. Filiación matrimonial. Investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas y derecho a la intimidad.—El derecho a la intimidad no se vulnera cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas, como en el caso de investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación (AATC 103/1990 y 221/1990), y porque en los supuestos de filiación prevalece el interés social y el orden público y porque entra también en juego en ellos los derechos de alimentos y sucesorios.

La tutela constitucional del derecho a investigar la filiación no ampara la negativa a someterse a la misma.—El negarse a la prueba biológica conculca el deber que impone la Constitución a todos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio. El artículo 18.1 CE puede imponer la investigación de la filiación y no justifica la negativa (STC 7/1994, de 12 de enero).

Negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas: valor probatorio especialmente valioso.—La negativa a la realización de las pruebas biológicas no tiene por sí misma un valor probatorio de *ficta confessio* de paternidad, sino un indicio razonable en conjunción con otras pruebas de las que se infiera la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción (SSTS de 25 de octubre de 1996 y 19 de mayo de 1997).

Según el Tribunal Constitucional, cuando un órgano jurisdiccional, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad, negada por quien no posibilitó la práctica de tal prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación permitido por el artículo 135 *in fine* CC y así se ha recogido por las SS de 12 y 14 de noviembre de 1987 que ya acuden a las pruebas indirectas (STC 7/1994, de 17 de enero). (STS de 29 de junio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre de un menor demandó a don F. L. S. para que se declarara al niño hijo del demandado. Las partes habían tenido una relación sentimental de dos años y durante ese período de tiempo se produjo la concepción del hijo de la actora. A esta circunstancia se unió la ambigua confesión del demandado, las declaraciones testimoniales y la injustificada negativa de don F. L. S. a someterse a la prueba biológica. Todo ello produjo que el Juzgado estimase la demanda y que la sentencia de primera instancia fuese confirmada por la Audiencia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—El artículo 135 CC fue derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Las pautas legales al derogado artículo 135 CC se integran en el artículo 767.3 LEC. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial concerniente al precepto derogado podrá ser utilizada en el futuro desde su posicionamiento en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (I. D.-L.)

68. Filiación no matrimonial: pruebas indirectas.—La doctrina jurisprudencial sentada, entre otras por SSTS de 5 abril de 1990 y 26 de septiem-

bre de 1998, a falta de pruebas directas autoriza a acudir a las pruebas indirectas a que se refieren los artículos 135 y 127 CC, lo cual no supone infracción alguna de tales preceptos sino correcta acomodación a los mismos, independientemente de que la valoración de esos distintos medios probatorios se adecue, o no, a las normas reguladoras de las mismas.

Prueba biológica imposible de realizar.—El Instituto de Medicina Legal no establece, como conclusión de las pruebas realizadas, la exclusión de la paternidad del presunto padre respecto de la actora que, de ser así, tendría un grado de fiabilidad absoluto, sino que lo que sienta es la imposibilidad de llegar a una conclusión, afirmativa o negativa, acerca de la paternidad reclamada debido a la mala calidad del material genético obtenido de los restos óseos que le fueron entregados; por lo tanto, estamos ante un supuesto de falta de la prueba directa biológica y no ante una prueba biológica que haya dado un resultado negativo.

Usufructo vidual del cónyuge separado por sentencia.—El decreto de separación conyugal dictado por el Obispado de Lausana, Ginebra y Friburgo, inscrito en el Registro Civil de Ortigueira, no contiene declaración alguna sobre culpa de los cónyuges en la causa de separación, por lo que es correcta la aplicación por el Tribunal de instancia del artículo 834 CC que sólo reconoce al cónyuge separado el derecho de usufructo sobre el tercio de mejora, concurriendo con hijos o descendientes del difunto, cuando estuvieren separados por culpa del difunto, culpa que ha de estar declarada en la sentencia de separación, y que en este caso no consta. (STS de 24 de febrero de 2005; no ha lugar.) (G. G. C.)

69. Filiación no matrimonial: acción ejercitada por la hija contra la viuda del presunto padre: extinción por muerte de los derechos de la personalidad: colisión entre el derecho a la intimidad familiar proyectado sobre el cadáver del marido y el derecho a no sufrir indefensión en el ejercicio de la acción de reclamación de filiación: prueba biológica correctamente acordada.—Como declaró la STC de 2 diciembre de 1988, muerta la persona y extinguida su personalidad desaparece el derecho a la intimidad personal del difunto. Ello no impide que el cónyuge viudo sea titular del derecho a la intimidad familiar referido o proyectado sobre el cadáver de su marido, por lo cual se produce una colisión de derechos que debe resolverse tomando en consideración que el derecho a la intimidad no puede convertirse en una consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares (STS de 17 enero de 1994 y Auto del Tribunal Constitucional de 9 marzo de 1990). En consecuencia la negativa de la viuda a la exhumación de los restos de su marido para la práctica de la prueba del ADN no estaba justificada, pues había indicios serios de la conducta atribuida al difunto y la prueba había sido admitida como pertinente. Por ello la prueba fue correctamente admitida y practicada.

Acumulación de acciones de filiación y sucesorias.—En el presente caso se ejercitaron las acciones de reclamación de una filiación no matrimonial, de impugnación de una filiación contradictoria determinada legalmente como matrimonial, y de declaración de heredera abintestato de su verdadero padre, y todas ellas pueden acumularse según SSTs de 6 noviembre de 1998 y 23 octubre de 1990, pues existe un nexo por razón de la causa de pedir suficiente para justificar el ejercicio acumulado. (STS de 2 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora nació en 1959 de las relaciones extramatrimoniales mantenidas entre don J. y doña M.^a J. En 1961 cada uno de los progenitores contrae matrimonio con tercera persona. Siendo legitimada la hija por subsiguiente matrimonio respecto del varón que casó con la madre, que previamente la había reconocido. En 1988 fallece sin hijos don J. y se declaran herederas abintestato dos hermanas suyas con el usufructo a favor de la viuda. La acción de investigación de la paternidad tan tardíamente ejercitada tiene una indudable finalidad hereditaria, siendo estimada en ambas instancias. El recurso de casación ejercitado por la viuda plantea la interesante colisión de derechos que el Tribunal Supremo resuelve a favor de la hija.

NOTA.—Adviértase que de haberse invocado y aceptado por el Tribunal Supremo la sugestiva teoría de la protección de los derechos de la personalidad pretérita (cfr. Lacruz, *Derechos de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, pp. 123 ss.) el resultado hubiera sido idéntico al aquí obtenido. Obsérvese que se está incrementando el número de acciones de filiación ejercitadas *post-mortem* del progenitor, lo que puede originar situaciones conflictivas como la aquí descrita (viuda del presunto padre no matrimonial que se opone a la exhumación). (G. G. C.)

70. Filiación no matrimonial: aplicación retroactiva cuando el supuesto padre fallece en 1977: Disposición Transitoria séptima de Ley 1981: doctrina constitucional.—Alienta, sin duda, tras la Disposición Transitoria séptima de la Ley de 1981 el deseo de conseguir seguridad jurídica respecto de situaciones personales inciertas con posible trascendencia económica, una vez que muera cualquiera de quienes con mayor legitimidad están directamente interesados en el esclarecimiento de aquéllas. Mas en tema relativo al estado de las personas debe ponderarse el alcance de la expresada norma en función de derechos fundamentales de la máxima importancia cual es el derecho a la igualdad en los casos y situaciones que reconoce el artículo 14 CE, a la luz de la STC de 20 diciembre de 1982 que declara inconstitucional el artículo 137 CC en su redacción anterior por cuanto establecía discriminaciones por razón de nacimiento contrarias a la igualdad en relación con las acciones de filiación, doctrina que obliga a que deba entenderse derogada por anticonstitucional cualesquiera discriminación contraria. Es verdad que con criterios meramente legales la Disposición Transitoria 7.^a se configura como una excepción a la retroactividad, pero también examinada la legalidad desde una interpretación constitucional no se puede prescindir de las exigencias que dimanarían del artículo 14 CE y, por ello, debe entenderse que la remisión que establece la Disposición Transitoria de referencia a la legislación anterior opera en relación con aquellas normas del Derecho preconstitucional que no estuvieran derogadas por la norma suprema, de fecha anterior a la reforma de la materia de filiación. En definitiva, ejercitadas las acciones de reclamación de la paternidad no matrimonial e impugnación de la matrimonial, vigente la Constitución Española y ya promulgada la Ley de 1981, no se pueden aplicar al caso normas o prohibiciones normativas tales como las referentes a plazos de caducidad de las acciones o denegar las acciones para la determinación de la filiación o imponer restricciones a la

legitimación que impliquen un trato diferencial no justificado en perjuicio de los hijos no matrimoniales.

Prueba biológica practicada según prescripciones legales.—No se puede acordar la nulidad de todo lo actuado en la primera instancia a partir del auto en el que se admite la prueba pericial biológica mediante objetos o piezas de convicción del presunto padre y con muestras de saliva de las presuntas hijas y madre de éstas, sin la intervención ni cooperación de la parte demandada, por no ser contraria a derechos fundamentales y haber sido acordada correctamente. Por otra parte el Juez de instancia prescindió del resultado de aquélla para llegar a la conclusión judicial de la declaración de paternidad con base en el artículo 135 CC, derogado por LEC 2000 y sustituido por el artículo 767.3 de ésta. (STS de 7 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El presunto padre (F.) falleció en 1977, en estado de casado con doña M.), y en 1996 doña M. y doña S. reclaman contra la viuda de aquél que se declare la paternidad no matrimonial en su favor, obteniendo sentencia favorable en ambas instancias. El recurso de casación se basa en dos argumentos; por un lado en la nulidad de la prueba biológica acordada y practicada con oposición de la viuda, consistente en analizar objetos o piezas de convicción del presunto padre (no se especifican cuáles) en relación con muestras de saliva de las presuntas hijas y madre de éstas, y por otro en la interpretación que debe darse a la Disposición Transitoria 7.^a de la Ley de 1981. El primero ofrece escaso interés, porque, en definitiva, los Tribunales de instancia deciden con base en el artículo 135 CC sin referencia a la base biológica, mientras que al resolver el segundo se sienta una doctrina innovadora. En todo caso, la prueba del ADN está siendo tratada por los Tribunales con similares criterios a las pruebas biológicas (cfr. M.^a C. Q. G. *La prueba del ADN en los procesos de filiación*, ADC 2005, p. 493 ss. esp. pp. 519 ss.).

Debe advertirse que el texto completo de la sentencia que manejo deja sin aclarar la personalidad de una de las demandadas (I. D. G.) cuyo parentesco con los directamente interesados no queda claro (¿madre biológica de las actoras, que se opondría eventualmente a la demanda? ¿hijo matrimonial del presunto padre, lo que parece más lógico y probable?) La cuestión empero no afecta a la doctrina.

NOTA.—La Disposición Transitoria 7.^a de la Ley 1981 dice literalmente: *Las acciones de filiación se regirán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente Ley. Prima facie* esta norma constituye una excepción a la regla de la retroactividad establecida en la 1.^a de las Disposiciones Transitorias. Pero los primeros comentaristas alertaron de la prudencia que había que tener al interpretar el régimen transitorio especial de aquella ley (así, De la Cámara Álvarez, *Comentarios Albaladejo*, III-1.º, Madrid, 1984, pp. 976 ss.). Prudencia en la que, acaso, se excedió la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (véase el puntual seguimiento de su inicial jurisprudencia por parte de Serrano García, *El derecho transitorio de la filiación en la jurisprudencia*, ADC 1986, pp. 1280 ss.) hasta la conocida STC de 20 diciembre de 1982 que imprimió un giro copernicano a la jurisprudencia de dicha Sala, cuyo punto final

parece no obstante alejarse en el horizonte con la doctrina ahora extractada. El Presidente de la sentencia extractada ha sido Sierra Gil de la Cuesta y parece que la doctrina que sienta al final del 2.º FD deberá aplicarse a las restantes remisiones que aparecen entre las disposiciones transitorias de la referida ley; entre ellas la 8.ª, según la cual las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta ley se regirán por la legislación anterior. En el presente caso, aunque las operaciones particionales de la herencia del padre no matrimonial, fallecido en 1977, estén hace años liquidadas, habrá que revisarlas por haber incurrido en preterición respecto de las dos actoras, y ello después de más de un cuarto de siglo de abierta la sucesión (ello contra el inicial criterio de la STC de 1 junio de 1981). Cabe desear que la doctrina civilista profundice en el estudio del régimen transitorio de la Ley de 1981 tal como resulta interpretado ahora por el Tribunal Supremo, para calibrar sus –en apariencia, desmesuradas– consecuencias. (G. G. C.)

71. Acción de reclamación de filiación para los hijos ilegítimos.–

Sólo se estima constitucional una interpretación de la Ley que conduzca a establecer que los llamados con notoria discriminación en el Código civil «hijos ilegítimos» tienen acción para reclamar su verdadera filiación durante toda su vida, como ocurre con la «acción que para reclamar su legitimidad compete a los hijos legítimos», conforme al artículo 118 CC, en su versión legal precedente (STS de 17 de marzo de 1995).

Preterición intencional. Efectos. Intangibilidad cuantitativa de la legítima.–La doctrina que sigue la STS de 9 de julio de 2002 determina que se ha dado preterición, regulada por el artículo 814 CC, que fue reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuya Disposición Transitoria 8.ª dispone que la nueva legislación se aplica a las sucesiones que se abran después de entrar en vigor. Se da exactamente el concepto de preterición intencional: omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nada en concepto de legítima. El efecto lo declara, como principio, el artículo 814: la preterición de un heredero forzoso (legitimario) no perjudica a la legítima. Con esta doctrina, el Tribunal Supremo considera inadmisibles los motivos formulados por los recurrentes, pues olvidan que, en el caso presente no hay concurrencia de la demandante (heredera forzosa, legitimaria) con otros legitimarios, como se desprende de la relación de hechos. De tal manera que, siendo el único heredero forzoso la actora, la legítima que le corresponde es la señalada por la sentencia que se recurre: las dos terceras partes del haber hereditario, según lo previsto en el artículo 808, en relación con el artículo 823, ambos del CC. (STS de 7 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.–Doña M.ª I. ejerció acción de reclamación de paternidad no matrimonial, por la que se interesaba que se declarase que era hija no matrimonial de don L. M. (fallecido en 1953) y que se declarase, en consecuencia, la nulidad de las disposiciones de contenido patrimonial del testamento otorgado el día 1 de octubre de 1991 por doña C. (madre de don L. M., y, por lo tanto, abuela de la actora, viuda desde 1972), y, una vez declarada la nulidad, se abriera la sucesión intestada en que se declarara heredera de ésta,

la reintegración del patrimonio recibido por los demandados y las cancelaciones y anotaciones registrales oportunas.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, al declarar la paternidad no matrimonial de don L. M., respecto a la actora, pero desestima la pretensión de que se declare nulo el testamento otorgado el día 11 de octubre de 1991, declarando a la actora heredera forzosa de doña C. de la legítima estricta.

La demandante interpone recurso de apelación, que fue estimado parcialmente, al declarar que hubo preterición intencionada de heredero forzoso en el testamento referido y confirmando la validez de la institución de herederos y el legado de cantidad en él establecidos, señala el derecho de la actora a percibir dos tercios del haber hereditario, incluyendo el importe de la donaciones en vida. Los demandados personados interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo. (S. M. S.)

72. Filiación no matrimonial: desestimación de la acción ejercitada por nieto del supuesto progenitor con base en posesión de estado: falta de prueba: artículo 131 CC.—La acción se basa en el artículo 131, norma *ex novo*, apenas sin correspondencia en el Derecho comparado, que legitima a terceros portadores de un interés legítimo para pedir se declare una filiación determinada por la constante posesión de estado. Como resulta de una interpretación sistemática, el régimen de las acciones de reclamación de la filiación diferencia entre las acciones que corresponden a los presuntos hijos o presuntos progenitores (arts. 132, 133 y 134 CC) y las que se atribuyen a otras personas; respecto de los primeros, y salvo el supuesto de sucesión del artículo 132.2.º, la acción de reclamación es intransmisible *mortis causa*: en cuanto a los terceros, el artículo 131 atiende a la concurrencia conjunta de dos requisitos o elementos constitutivos, a saber, el interés legítimo y la posesión de estado. En el presente caso la desestimación de la demanda se basa en la inexistencia de la posesión, cuya inexactitud no ha sido impugnada en sede casacional y que resulta ajustada tanto al antiguo régimen de la filiación como el actualmente vigente, habiéndose dictado la sentencia en un correcto entendimiento de la doctrina jurisprudencial.

Relación abuelo-nieto: depende de la determinación legal o judicial del grado intermedio de parentesco.—La supuesta *declaración de abuelidad* no puede basarse en el artículo 92 de la Ley del Registro Civil, cuyo párrafo 1.º sólo establece que las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme recaída en juicio ordinario, puede interpretarse en el sentido de que instituye una acción para declarar la relación parental abuelo-nieto, y que esa relación sea objeto de inscripción registral. Como dice la sentencia recurrida nuestro ordenamiento no reconoce esa clase de acción, ya que la relación parental abuelo-nieto depende inexorablemente de la determinación legal o judicial del grado intermedio; en consecuencia, no reconocida la filiación paterna reclamada deviene imposible el reconocimiento de aquel vínculo parental.

Denegación de la prueba biológica en primera instancia: su planteamiento en casación es cuestión nueva.—En primera instancia se inadmitió la prueba biológica en una muy detallada motivación que, lejos de ser arbitraria, traduce una correcta interpretación y aplicación al caso de los requisitos de admisibilidad de esta prueba por su directa relación con la cuestión de la

legitimación de la parte actora, tema previo y condicionante de las acciones de filiación; en efecto, desestimada la demanda por falta de legitimación la más elemental prudencia aconsejaba no anticipar una prueba que devendría inútil y aun perturbadora si se ratificaba el fallo apelado, máxime si al Tribunal le quedaba la posibilidad de ordenarla para mejor proveer. Por otra parte, en apelación no se reiteró la petición de aquella práctica, por lo que cabría entender que en casación se plantea una cuestión nueva.

Confesión de la esposa del presunto padre: prueba de imposible cumplimiento.—Consta en autos un informe médico, no impugnado por la parte recurrente, que acreditó de imposible realización la prueba de confesión, dada su edad de 94 años, con síntomas evidentes de un serio deterioro mental que afectaba a la memoria de los hechos pasados y a su orientación tempo-espacial, lo que hacía inviable la imposibilidad de que recordase hechos tan lejanos en el tiempo y de los que no podría tener noticia dado que habían ocurrido antes de su matrimonio con el presunto padre. (STS de 16 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora (R.) pretende que durante los años veinte del pasado siglo habían mantenido una relación sentimental sus supuestos abuelos V. y M.^a J., cuando esta última trabajaba como doméstica en la casa del primero, de la cual nació el padre de la actora (J. A.) ya fallecido, el cual no fue reconocido por su progenitor, pero sí disfrutó de la posesión de estado de hijo no matrimonial por parte de V. y su familia. La demanda se dirige contra la viuda de V. y es contestada por una docena de parientes de este último; se desestima en ambas instancias (salvo en cuanto a las costas en apelación). El recurso de casación es rechazado en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado señor Sierra Gil de la Cuesta.

NOTA.—Hasta hace poco los procesos de filiación se resolvían de modo expeditivo acudiendo a las pruebas hematológicas practicadas en el laboratorio, pero últimamente hay que acudir previamente al cementerio para exhumar restos de los presuntos progenitores y practicar la prueba del ADN (*¿quid* si se practicó la cremación y las cenizas no se han conservado con garantías?). El presunto abuelo de la actora había fallecido en 1971 y la acción ejercitada por la presunta nieta se basa en el actual artículo 131 CC, lo que nos situaría en el difícil tema de la aplicación retroactiva de la Ley de 1981 y de sus nada claras disposiciones transitorias. (Ver anotaciones a la STS de 7 de julio de 2004, en este fascículo del ADC). La desestimación de esa singular acción ejercitada por la presunta nieta se basa fundamentalmente en la falta de prueba de la posesión de estado invocada. Sorprende las llamadas a la prudencia a la hora de acordar por el Juzgado de Primera Instancia la prueba biológica sobre los restos; lo cierto es que en este caso tal petición de prueba no se repitió en apelación. Parece que las reiteradas invocaciones al orden público en materia de acciones de filiación tampoco han tenido aquí lugar. Probablemente ello se debe a que tanto el presunto progenitor como su hijo habían fallecido al tiempo de interponerse la demanda. (G. G. C.)

73. Pensión de alimentos a favor de un mayor de edad: improcedencia cuando puede ejercer un oficio, profesión o industria.—El Tribunal

Supremo afirma que para poder ser beneficiario de una pensión de alimentos se deben cumplir ciertos requisitos. El sujeto que los reclama (alimentista) debe encontrarse en situación de necesidad, es decir desasistido de «sustento diario, alojamiento, vestido y asistencia médica». La Sala Primera del Tribunal Supremo enuncia que dicha necesidad no existe cuando el alimentista puede ejercer un oficio, profesión o industria por no encontrarse en una situación de incapacidad total o parcial para realizar trabajos retribuidos ya sean de tipo manual o intelectual.

Paternidad. Negativa a practicar las pruebas biológicas.—El Tribunal Supremo expone que no se puede declarar la condición de padre biológico de un sujeto únicamente por su negativa a realizar las correspondientes pruebas biológicas, se debe relacionar con los restantes elementos probatorios. (STS de 30 de junio de 2004; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña M. B. G., don A. B. G. y don I. B. G. interponen demanda de juicio declarativo de menor cuantía ejercitando acción de reclamación de filiación no matrimonial contra don E. F. G. y solicitando se establezca pensión de alimentos a favor del menor de los hermanos de 25 años de edad. La parte demandada, don E. F. G. se opone negando su paternidad y manifestando la improcedencia del establecimiento de una pensión alimenticia.

El Juzgado de Primera Instancia declara la filiación extramatrimonial de los hijos y establece a favor del menor de ellos una pensión de alimentos por cuantía de 75.000 pesetas mensuales.

La parte demandante recurre en apelación. La Audiencia Provincial confirma la filiación declarada por el Juzgado de Primera Instancia pero estima el recurso en el sentido de reducir la pensión de alimentos a la cuantía de 40.000 pesetas mensuales.

La parte demandada recurre en casación. El Tribunal Supremo estima parcialmente sus pedimentos considerando que el hijo no debe ser beneficiario de una pensión de alimentos, pero confirma la declaración de paternidad teniendo en cuenta los elementos probatorios y la negativa del demandante a efectuar las pruebas biológicas correspondientes. (A. V. G.)

74. Guarda y custodia. Obligación de audiencia del menor con posterioridad al fallo emitido por el Tribunal Supremo.—La Sala Primera del Tribunal Supremo fundamenta la audiencia de una menor, en un procedimiento contencioso de guarda y custodia, sobre la base del contenido del artículo 9.3 de la Ley del Menor, en la edad suficiente de la misma (12 años) y a la vista de las determinaciones procesales que establecen los artículos 770.6.º, 774 y especialmente el artículo 775 LEC. (STS de 14 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras la ruptura de la pareja de hecho, tanto don M. B. I. como doña M. G. E. interponen demanda de menor cuantía sobre guarda y custodia de la hija común ante diferentes partidos judiciales. Acumulados finalmente los procesos en el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Barcelona éste resuelve atribuyendo a don M. B. I. la guarda y custodia de la hija común. Doña M. G. E. interpone recurso de apelación y la Audiencia revo-

ca la sentencia estableciendo que la madre ejercerá la guarda y custodia. Don M. B. I. recurre en casación. El Tribunal Supremo atribuye la guarda y custodia de la menor a la madre al considerar que la resolución de la Audiencia Provincial era conforme a Derecho y al interés general de la misma. A pesar de su fallo, emplaza al Ministerio Fiscal para que oiga a la menor en audiencia ante el Juzgado de Primera Instancia que conoció de los autos y en caso de que lo considere oportuno solicite la modificación de la medida de guarda y custodia. (A. V. G.)

DERECHO DE SUCESIONES

75. Imposibilidad de rescindir una partición judicial fijada por sentencia firme.—El Tribunal Supremo no considera rescindible una partición judicial realizada por sentencia que ha llegado a ser firme. Las causas aducidas son las siguientes: 1) Si bien es cierto que los artículos 1074 y 1075 CC no excluyen la rescisión por lesión de las particiones realizadas por el Juez también es cierto que tales artículos no pueden aplicarse a supuestos en los que existan resoluciones judiciales firmes. 2) El artículo 1073 CC equipara las particiones a las obligaciones, por lo que, en ambos casos, una vez han sido fijadas por una resolución judicial sólo pueden rescindirarse conforme al sistema de recursos procedentes en vía judicial. Si la resolución es firme, no cabrá por tanto rescisión.

Requisitos de la «cosa juzgada». Inexistencia.—Para poder apreciar la existencia de «cosa juzgada» es necesario identidad en: 1) el objeto de la discusión, 2) las causas de pedir y 3) las personas intervinientes. Una vez realizada la partición por resolución judicial firme no cabe iniciar un nuevo proceso, por el hecho de que la valoración de los bienes se realizó a la fecha del fallecimiento del causante en vez de realizarse tomando el valor que aquéllos tenían en el momento de la partición. (STS de 24 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras el fallecimiento intestado de don E. S. H., el Juzgado de Primera Instancia de Navalcarnero declara herederos abintestato del mismo a sus padres don J. S. G. y doña A. H. S. con reserva de la cuota legal usufructuaria a favor del cónyuge superviviente doña T. H. G. Los padres del causante promovieron juicio universal de testamentaría en el que se realizó el inventario y las operaciones divisorias pertinentes. Al resultante cuaderno particional mostraron su conformidad todos los herederos pero se opuso al mismo la viuda del causante. La falta de acuerdo en este sentido, llevó al Juez a dar por concluido el acto, acordando la tramitación del asunto por los cauces del juicio ordinario de menor cuantía.

Interpuesta demanda por los padres herederos y formulada reconvencción por la viuda, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente ambas y declaró realizadas la liquidación de la sociedad de gananciales y las operaciones particionales con las adjudicaciones correspondientes. La Audiencia Provincial confirmó la sen-

tencia de instancia y llegó a ser firme. Comoquiera que la madre y hermanas del fallecido estaban en desacuerdo con la partición realizada en las anteriores resoluciones, presentaron nuevamente una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia ejercitando la acción de rescisión por lesión de la partición realizada. El Juez estimó la demanda y rescindió la partición de la herencia. Recurrida en apelación la sentencia, el Tribunal provincial la revocó por estimar la excepción de «cosa juzgada». Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo, confirmando la sentencia de la Audiencia. (*J. D. S. C.*)

DERECHO MERCANTIL

76. Competencia desleal. Promoción comercial de libros de texto por grandes superficies comerciales: admisibilidad.—No se ha producido el supuesto primero del número 2.º del artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal, en el sentido de que los hechos recogidos en la sentencia impliquen que se induzca o pueda inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento. Y si esto es así procede relacionar lo expuesto con la disposición del número 1.º del mismo artículo, referido a obsequios, primas y supuestos análogos, cuando dispone: que la entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas se reputarán desleales cuando, por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal. Pero, la oferta realizada en ningún caso puede inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; y por otra, tampoco coloca al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal. (**STS de 16 de diciembre de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—La *Confederación Española de Gremios y Asociaciones de Libreros* (CEGAL) formuló demanda contra las entidades *Hipermercados Alcampo, S. A.*, y *Centros Comerciales Continente, S. A.*, en la que solicitaba la declaración de deslealtad de las ventas de libros de texto efectuadas por las demandadas con ocasión del curso escolar 1994/1995 y la prohibición de la comisión de tales prácticas en el futuro. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número siete de Madrid desestimó la demanda. Recurrida en apelación la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el mismo, por lo que declaró la deslealtad de las ventas de libros de texto realizadas por las demandadas en las que incluían descuentos indirectos del 20 y del 25 por 100, respectivamente. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D.-L.*)

77. Ausencia de responsabilidad civil por el traslado interprovincial de cadáveres. Actuación ilícita inexistente.—La pretensión de subsumir los servicios de realización de labores de conducción de personas residentes

fuera del término municipal, que, por razón de la distribución de los servicios sanitarios, fallecen en hospitales radicados en la capital de la provincia, desde los citados centros sanitarios hasta los lugares de su residencia para proceder a su enterramiento, en el monopolio conferido al Ayuntamiento, en base a la previa municipalización del servicio funerario operada, supone un desbordamiento de las previsiones legales en materia competencial de los municipios, en la medida en que la municipalización y ulterior explotación del servicio en régimen de monopolio se opera en beneficio de personas no residentes en el término municipal y para la realización de un servicio que tiene lugar fuera de los lindes del propio municipio [FJ 2.º, STS de 26 de octubre de 2004 (RJ 2004/6649)]. Por ello, no puede considerarse ilícita la realización de los servicios funerarios señalados (FJ 3.º, STS de 26 de octubre de 2004 (RJ 2004/6649)]. Tampoco es posible entender que ha existido responsabilidad civil mientras no se dilucide con claridad el problema de la titularidad administrativa en los traslados de cadáveres fuera del municipio, que por su complejidad excede de las posibilidades de conocimiento como cuestión prejudicial de la cuestión administrativa al amparo del artículo 10.1 LOPJ. Aspectos como la validez, nulidad o revocación de licencias bajo las que las empresas operan, la extensión en cuanto al territorio, las condiciones de prestación del servicio impuestas por el Ayuntamiento, son cuestiones administrativas cuyo esclarecimiento compete a la jurisdicción contencioso-administrativa [FJ único, STS de 14 de noviembre de 2002 (RJ 2002/9760); FJ 3.º, STS de 9 de marzo de 2005].

Falta de competencia desleal.—La actividad comercial consistente en prestaciones de servicios de preparación y enfermetamiento de cadáveres recogidos en el término municipal para su traslado a otras localidades no puede ser tachada de desleal si los traslados han sido efectuados mediante las oportunas autorizaciones legales, otorgadas por el organismo competente. En principio es lícito que se permita actuar a quienes poseen licencia de otros municipios, ya que ello facilita la libre competencia, siempre que se cumplan las disposiciones sanitarias y las exigencias de policía mortuoria [FJ 3.º, STS de 20 mayo de 1996 (RJ 1996/3794)]. A ello se añade que, no debiéndose fraccionar el régimen del servicio prestado, ha de entenderse que efectivamente no pueden incluirse en el régimen de monopolio que establece el Reglamento Municipal las actividades preparatorias del cadáver, salvo que se trate de utilizar instalaciones municipales como el tanatorio [FJ 2.º STS de 25 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8092)]. (STS de 9 de marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora interpone demanda solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios que le han sido ocasionados como consecuencia de la irregular ejecución de su actividad por parte de los demandados, al proceder al traslado de cadáveres violando la concesión exclusiva que ostenta la parte actora de los servicios de pompas fúnebres, traslado y conducción de cadáveres. Las partes demandadas contestaron, oponiéndose a la demanda, y suplicando se dictara sentencia desestimatoria. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, entendiendo que el monopolio no significa exclusión de terceros para el transporte de cadáveres de personas fallecidas en el término municipal que deban ser inhumadas en cementerios de otros municipios. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, al

considerar que el monopolio de la parte demandante alcanza al traslado de cadáveres dentro y fuera del término municipal, incurriendo así las empresas demandadas en responsabilidad al efectuar algunos de sus traslados. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto. (L. Z. G.)

78. Propiedad industrial. Modelo de utilidad: concepto.—Los modelos de utilidad suponen especie de invención en la escala inferior o última en relación con la patente, caracterizado, en su entendimiento más comprensivo, tanto por esa subordinación en el producto del ingenio humano, como, sobre todo, por su carácter instrumental o servicial, esto es, algo que se alumbró al mercado para mejorar las técnicas de elaboración o simple tarea laboral en pos de la consecución de un producto que aflora al acervo de intercambio-uso o consumo, del que se deriva una ventaja respecto a los preexistentes en esas características definitorias y, a lo que alude la propia Exposición de Motivos de la Ley de Patentes cuando habla de su *novedad relativa y actividad inventiva menor que la de la patentes* y su artículo 143.

Propiedad industrial. Modelo de utilidad: objeto de la protección.—La protección que se concede al modelo de utilidad es, por razón de la forma en que se ejecuta y que da origen a un resultado industrial, recayendo en instrumentos, herramientas, dispositivos y objetos, o parte de los mismos, que aportan a la función a que son destinados un beneficio o efecto nuevo o una economía de tiempo o un mejoramiento en las condiciones higiénicas, o psicológicas del trabajo.

Propiedad industrial. Modelo de utilidad: fundamento de la protección.—La protección dispensada al modelo de utilidad no mira sólo a las características de la cosa o parte de ellas sobre la que recae y, por tanto, la concesión se ha de otorgar y protegerse si en la práctica se produce el nuevo efecto, la economía o el mejoramiento que la Ley contempla, como razón determinante de la protección registral.

Propiedad industrial. Modelo de utilidad: requisitos.—Los modelos de utilidad han de contar sustancialmente con los soportes siguientes: *por un lado*, la novedad a la cual se refieren los artículos 166, 171, 173 y 176 del Estatuto de la Propiedad Industrial (EPI) y 143.1 y 145 de la Ley de Patentes, en cuanto, efectivamente, surgen como consecuencia de una actividad de perfección inventiva, han de presentarse como nuevos, tanto en su forma externa como en la función a que vayan a ser destinados; *por otro*, que la novedad lograda genere utilidad, produciendo beneficios, ventajas técnicas o económicas o de cualquier tipo apreciables, evaluables y susceptibles por ello de aplicación industrial.

Propiedad industrial. Modelo de utilidad: requisito de novedad.—El requisito de la novedad, es que no puede considerarse como nuevo y, por tanto, protegible, lo que sea de dominio público pero sin que esta circunstancia suponga tampoco la imposibilidad de obtener nuevos modelos de utilidad que, aun basándose en otros anteriores, caducados o no, aporten ese beneficio, economía o mejoramiento a que se refiere el artículo 171 EPI (equiparable al 143.1 de la Ley de Patentes); en definitiva, es necesario que el modelo de utilidad, introduzca novedad o represente una evidente utilidad práctica respecto de los precedentes. (STS de 29 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Pequeño Material Eléctrico, S. A.*, interpuso contra *AEM, S. A.*, demanda solicitando la nulidad del modelo de utilidad de la demandada. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Valencia estimó en parte la demanda de la actora. Recurrída en apelación por *AEM, S. A.*, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

79. Propiedad industrial. Marcas. Adquisición del derecho de exclusiva mediante registro.—La Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre, en la actualidad sustituida por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre (LM), optó por el sistema de adquisición de la titularidad mediante el registro. El derecho sobre la marca se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente Ley (art. 3.1 LM).

Propiedad industrial. Marcas. Protección del uso extrarregistral: supuestos.—Para obtener la concesión de la marca, es preciso el uso o la creación del signo (o adquisición derivativa), y que la Ley protege, en determinadas circunstancias y con concretas condiciones, el uso extrarregistral, como ocurre en los supuestos regulados en la Disposición Transitoria tercera, en el artículo 3.2 (marca anterior notoriamente conocida), y en el artículo 3.3 (reivindicación), que precisamente corresponden a hipótesis en que el perjudicado no es el titular registral; y así resulta del propio texto del precepto últimamente citado, que dice que si un registro de marca ha sido solicitado con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación legal o contractual (por lo tanto, no válidamente), la persona perjudicada podrá reivindicar la propiedad de la marca, siempre que ejercite la oportuna acción reivindicatoria con anterioridad a la fecha de la concesión o en el plazo máximo de cinco años desde la fecha de publicación de dicha concesión. (STS de 25 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. J. A. C. interpuso demanda contra J. M. F. A. y don J. C. G. G. integrantes de una comunidad de bienes solicitando se declare que los demandados han estado utilizando el signo gráfico en «V» registrado a favor del actor y se les condene a cesar en los actos de violación del derecho de marca y para evitar que continúe la violación del derecho de marca, se retiren del tráfico económico todo el material publicitario, comunicaciones, documentación y, en general, todos los instrumentos utilizados para el desarrollo de su actividad empresarial en los que aparezca el signo en «V» protegido por el derecho de marca registrado a favor del actor. Los demandados formularon reconvencción solicitando que se declare la mala fe del actor. El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Valladolid dictó sentencia desestimando la demanda y estimando parcialmente la reconvencción. Recurrída en apelación por los actores, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid estimó parcialmente el recurso de los demandados y desestimó el planteado por el actor. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

80. La acción de cesación de la Ley de Marcas.—La acción de cesación prevista en la Ley de Marcas exige unos concretos requisitos, como son: a) Una violación del derecho de marca. b) La legitimación pasiva de las entidades. c) Un riesgo de repetición. Además, el Tribunal Supremo tiene declarado que, para el ejercicio exitoso de la acción de cesación, no es preciso que la marca afectada goce de la cualidad de notoriedad. Tampoco se exige un previo requerimiento, pues éste es sólo un requisito indispensable para poder esgrimir la acción de reclamación de daños y perjuicios o acción resarcitoria, pero no la acción de cesación. (STS de 3 de marzo de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—*Chanel S. A.* interpone demanda contra *Undiscal, S. L.*, y *Creaciones Co. Design, S. L.*, en la que solicita que se declare que las demandadas han lesionado los derechos de *Chanel, S. A.*, como titular registral de unas marcas, mediante la fabricación (la segunda) y la comercialización (la primera) de zapatos distinguidos con signos similares a la marca gráfica referida (consistente en dos «C» entrecruzadas), y que se las condene al cese en la fabricación y exposición en sus escaparates de tales zapatos, y a retirarlos del tráfico económico. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda formulada contra *Undiscal*, absolviéndola, pero estima la demanda planteada frente a *Creaciones Co. Design*.

Tanto la entidad actora como la entidad condenada plantean recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso de *Chanel* frente a *Undiscal* y declara que ha lesionado los derechos de la demandante. Por otro lado, desestima el recurso planteado por la entidad demandada y condenada en primera instancia.

Ambas demandadas plantean recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 3 y 37 de la Ley de Marcas, Ley 32/1988, de 10 de noviembre (entonces vigente). El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que aquí se dan todos los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción de cesación, pues las diferencias gráficas entre ambos anagramas son tan nimias que inducen a efectiva confusión. (*S. L. M.*)

81. Contratos mercantiles. Prescripción: interrupción por reclamación extrajudicial.—El artículo 944 CCO no contempla expresamente la reclamación extrajudicial entre las causas de interrupción del plazo de prescripción de las acciones relativas a los contratos mercantiles. La jurisprudencia, en su función integradora del ordenamiento, ha considerado que, en este punto, el régimen de interrupción de las obligaciones contenido en el Código civil y el de Comercio es el mismo y ha atribuido tal eficacia a dicho tipo de reclamación en el ámbito de este último.

Contrato de construcción de buque: carácter mercantil.—El contrato de construcción de buque tiene naturaleza mercantil, como precisaron las SSTs de 10 de febrero de 1984 y 1 de diciembre de 1988, al encontrarse nominado en el Código de comercio (art. 2.2, en relación con los arts. 574 y 580.8.º, todos de dicho Código), por más que la inclusión no supere el límite de la simple mención.

Contrato de construcción de buque. Prescripción de acciones: extensión.—La inclusión de este contrato en el Código de comercio, determina la aplicación del artículo 952.1.º, en relación con los artículos 942 y 943, que

alcanza, además de al contrato de construcción de todo el buque, a aquel que tenga por objeto una reforma parcial del mismo.

Contrato de construcción de buque. Prescripción de acciones: *dies a quo*.—El día inicial del cómputo del plazo de prescripción, según el artículo 952.1.º CCO, es el de la conclusión de la obra, mediante la entrega del buque, ya que en ese momento, producida, con la insatisfacción del acreedor, la violación de su derecho, pudo ya el titular del mismo ejercitar la acción (*actioni nondum natae non praescribitur*). (STS de 20 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Naviera Pinillos, S. A.*, formuló demanda contra las entidades mercantiles *Astilleros Canarios, S. A.*, y *Amaya Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.*, en reclamación de ciertas cantidades derivadas de la indemnización por un contrato de ejecución de obra consistente en la transformación (alargamiento y ampliación de la capacidad de carga) de un buque. Igualmente las aseguradoras de *Naviera Pinillos, S. A.*, *Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S. A.*, y *Nacional Hispánica de Seguros y Reaseguros, S. A.*, reclamaron a los demandados el pago solidario de la cantidad que habían satisfecho a la asegurada. La parte demandada formuló reconvencción. El Juzgado de Primera Instancia número 43 de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda de *Naviera Pinillos, S. A.*, estimó íntegramente la demanda de *Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S. A.*, y *Nacional Hispánica de Seguros y Reaseguros, S. A.*, y desestimó la reconvencción. Recurrida en apelación, la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso en lo relativo a la imposición de las costas de la primera instancia en relación con las acciones ejercitadas por las compañías de seguros *Plus Ultra* y *Nacional Hispánica de Seguros*, las que deberán imponerse a las demandadas, en todos los demás extremos fue confirmada la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

82. Excepción a la limitación temporal de los contratos de compra en exclusiva (art. 12.2 del Reglamento comunitario 84/1983).—La limitación temporal de diez años de los contratos de compra en exclusiva contenida en el artículo 12.1.c) del Reglamento comunitario 84/1983, encuentra una excepción en el artículo 12.2 del citado Reglamento comunitario al establecer que «no obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, cuando el acuerdo se refiera a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en el presente título, durante todo el período durante el cual explote efectivamente la estación de servicio».

Derecho comunitario: aplicación en España.—El Tribunal Supremo afirma que el Derecho comunitario es de obligatoria aplicación como Derecho interno de España.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: no es jurisprudencia a los efectos del artículo 1.6 CC.—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que las sentencias dictadas por el Tribunal

de Justicia de las Comunidades Europeas pueden tener un gran valor referencial, pero nunca pueden constituir jurisprudencia porque no emanan de la Sala Primera del Tribunal Supremo. (STS de 23 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—El 4 de junio de 1992 la empresa *L'Andana, S. A.*, concedió el usufructo de una estación de servicio durante veinticinco años a la entidad mercantil *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.*, a cambio de un canon de 9.000.000 de pesetas.

En la misma fecha, la entidad *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.*, como titular del mencionado derecho de usufructo, celebra con la empresa *Estaciones de Servicio L'Andana, S. L.*, un contrato denominado como «contrato para la cesión de la explotación de estaciones de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento», cuyo plazo de duración es de veinticinco años.

Las entidades mercantiles *L'Andana, S. A.*, y *Estaciones de Servicio L'Andana, S. L.*, interponen una demanda contra *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.*, en la que solicitan que se declare la nulidad absoluta o inexistencia de los contratos que han celebrado las partes de este proceso judicial, por tratarse de un fraude de ley realizado mediante contratos simulados y contravenir diversas normas de la legislación comunitaria [entre otras, el art. 12.1.c) del Reglamento comunitario 84/1983, de 22 de junio], asimismo solicitan la cancelación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones y anotaciones realizadas con ocasión de los citados contratos simulados.

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.

NOTA.—Téngase en cuenta que el Reglamento comunitario número 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva* conforme a lo establecido en su artículo 19 [en su redacción dada por el Reglamento comunitario núm. 1582/1997, de la Comisión, de 30 de julio, *por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1983/83 y núm. 1984/83, relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, a determinadas categorías respectivamente de acuerdos de distribución exclusiva*] y de compra exclusiva] ha dejado de estar en vigor el 31 de diciembre de 1999. En la actualidad, debe tomarse en consideración el Reglamento comunitario núm. 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas* (M. J. P. G.)

83. Contrato de agencia: diferencia con contrato de Taller de servicio.—El artículo 1.º de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia dice, al respecto, que en dicho contrato, el agente se obliga a promover actos u operaciones de comercio y concluirlos por cuenta del principal,

mediando una remuneración, y sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de aquellas operaciones. El contrato entre las partes, no es de agencia, sino de *taller de servicio*, ya que el servidor sólo se obliga a prestar los de reparación y asistencia de la marca de que se trata, sin otorgársele ninguna exclusiva de venta de los vehículos, pues si de alguno lo ha hecho, ha sido en número muy escaso y en forma esporádica, y el contrato de servicios (arrendamiento específico de tal clase: art. 1544 CC) lo es por cuenta propia, y sin remuneración de la parte principal, aunque ésta le otorgue una exclusiva en ese aspecto.

Contrato de agencia: improcedencia de transformación del contrato de taller de servicio.—La relación, o continuación ligada en el tiempo, de este contrato de taller de servicio con los anteriores, que sí eran de agencia, y basada en la mera continuidad, no confiere, por el mero transcurso del tiempo en la tal continuación de la relación, una cualificación de contrato igual a los anteriores, agencia, pues, de acuerdo con el principio de la *autonomía de la voluntad*, y sin que en este caso se adivine o presuma *mala fe, fraude o negocio simulado*, aquéllos tenían una duración anual definida, con posible prórroga, que no los convierte en uno solo de duración indefinida, y en el último que se dio entre las partes, se varía el objeto con respecto a los anteriores, y ello no obliga a considerarlos uno solo y con esa duración. En suma, la sucesión de contratos no los convierta en uno solo, y que éste sea de duración indefinida, ni de agencia continuado, pues la voluntad de las partes fue celebrar cada año un contrato, con duración definida, y con posibilidad de resolución contractual para que no se produzca la prórroga tácita, y el de que se trata se resolvió por aplicación de su propio clausulado. (STS de 4 de noviembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—*Talleres TV, S. C. P.*, interpuso demanda contra la mercantil *Citröen Hispania, S. A.*, reclamando el cumplimiento del contrato de agencia que las ligaba. *Citröen Hispania, S. A.*, formuló reconvencción. El Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona dictó sentencia estimando la demanda y desestimando la reconvencción. Recurrida en apelación, la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió revocando la sentencia de instancia exclusivamente en la parte que desestima la demanda reconvenccional que es estimada parcialmente en lo referente a la devolución de signos. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

84. Distinción entre cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y las cláusulas que delimitan la cobertura del seguro.—El Tribunal Supremo señala que hay que diferenciar las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados (cláusulas limitativas del riesgo), que son constreñidas por el artículo 3 LCS, y aquellas cláusulas que señalan el ámbito o la cobertura del seguro, en el sentido de establecer el riesgo al que alcanza el contrato, cuya base u origen es el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).

La exigencia de que deberán ser aceptadas por escrito que impone el artículo 3 LCS, no se refiere a cualquier condición general del seguro, sino a aquellas cláusulas que son limitativas de los derechos de los asegurados, pues las cláusulas de exclusión del riesgo son las que especifican qué clase de ellas

se ha constituido en objeto del contrato, lo que elimina la necesidad de aceptación y suscripción expresa. (STS de 2 de marzo de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El pleito se plantea a raíz de la interpretación de la cláusula 1-1-3 de las Condiciones Generales de la Póliza suscrita entre los litigantes sobre responsabilidad civil. Esa cláusula se denominaba «Delimitación Geográfica de la Cobertura» y su tenor literal era el siguiente: «La garantía de este seguro se extiende y limita a las responsabilidades derivadas de daños sobrevenidos en territorio español y reclamados o reconocidos por Tribunales españoles». Los daños del pleito fueron los consecuentes de haber quedado bloqueada una de las válvulas de bloqueo del cilindro izquierdo, ocurrido en el puerto de Tánger (Marruecos), con ocasión de llevar a cabo *Keelavite Hispania* trabajos contratados con *Instalaciones Abengoa, S. A.*, consistentes en la instalación y puesta en marcha de un equipo hidráulico. *Keelavite Hispania, S. A.*, interpone demanda contra *Assicurazioni Generali Compagnia de Seguros*, solicitando que se declare que el siniestro ocurrido en Tánger el 6 de junio de 1996 está cubierto por la póliza de responsabilidad civil general, suscrita entre la actora y la demandada, y que se la condene al pago de una cantidad de dinero por los gastos generados como consecuencia del siniestro. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda.

La entidad actora interpone recurso de apelación, estimándolo en parte la Audiencia, en el sentido de condenar a la demandada al pago de una cantidad de dinero, si bien no ascendía a la pérdida en la demanda.

La demandada interpone recurso de apelación, alegando la infracción de los artículos 1281, 1255 y 1091 CC, así como la aplicación indebida del artículo 20 de la Ley 50/1980. El Tribunal Supremo entiende que estamos ante una cláusula que delimita geográficamente la cobertura. No estamos ante una cláusula limitativa, sino más bien ante una cláusula delimitativa del riesgo asegurado, excluyente de los hechos que tengan lugar en el extranjero, resultando eficaces y obligatorias para las partes que las asumieron, por no atentar contra norma imperativa alguna, lo que no sucede con las cláusulas limitativas no aceptadas expresamente, pues carecen de fuerza vinculante. Por tanto, el Tribunal Supremo estima el recurso, al entender que no se ha llevado a cabo una interpretación correcta de dicha cláusula y que el siniestro del pleito representa un riesgo que queda fuera de la cobertura del seguro. (S. L. M.)

85. Contrato de seguro. Deber de declaración del tomador: alcance.—El artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) ha articulado los efectos del incumplimiento del deber de declaración según haya existido o no dolo o culpa grave por parte del tomador del seguro. En todo caso, ha de partirse del presupuesto esencial de que se ha producido una infracción del deber de declaración del tomador del seguro dentro de los límites que conocemos y que vienen determinados por la redacción del cuestionario efectuado por el asegurador y presentado para su contestación al tomador del seguro.

Contrato de seguro. Deber de declaración del tomador. Plazo del asegurador para resolver el contrato: criterio general.—Se ha conferido al

asegurador una facultad para resolver el contrato en un plazo determinado (un mes a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud). Término breve para el ejercicio de la facultad resolutoria que concede el artículo 10.2 al asegurador con carácter general para todos los supuestos (es decir, sin tener en cuenta si ha existido culpa grave o dolo o no por parte del tomador del seguro), que contrasta con el supuesto de que se produzca el siniestro antes de que el asegurador haga esa declaración, en el que distingue el caso de que el tomador del seguro hubiera operado con dolo o culpa grave o no; supuesto, precisamente, de producción del siniestro antes de la referida declaración del asegurador.

Contrato de seguro. Deber de declaración del tomador: concurrencia de dolo o culpa grave.—El párrafo 3.º del artículo 10 LCS termina diciendo que si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará exonerado el asegurador del pago de la prestación. Al referirnos a este supuesto, como hace la doctrina más autorizada, interesa hacer notar, en primer lugar, que se trata de estudiar el supuesto en el que exista dolo o culpa grave del tomador del seguro. La Ley, en este caso, se refiere a los dos conceptos, mientras que en otros se alude únicamente al dolo o, con terminología insegura, de la que había pretendido huir el Proyecto de Ley, a la *mala fe*. El elemento intencional al que es tan sensible el contrato de seguro ha querido extenderse, en este caso, del artículo 10 a esos dos supuestos. Comprende así el caso de declaraciones inexactas o reticentes por dolo, es decir, cuando esas declaraciones tienen como finalidad el engaño del asegurador, aun cuando no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte (arts. 1260 y 1269 CC) y, también, aquellas declaraciones efectuadas por culpa grave, esto es, con una falta de diligencia inexcusable en la contestación del cuestionario.

Contrato de seguro. Deber de declaración del tomador: distinción entre culpa leve y culpa grave del tomador.—La precisión de si un determinado supuesto es meramente culposo por parte del tomador, o bien se ha debido a culpa grave, no es tarea fácil, en que la línea divisoria entre la culpa leve y la grave es sutil. Sólo a la vista de cada caso concreto podrá determinarse si nos encontramos ante un supuesto de culpa grave o no. Todo ello es de libre apreciación del Tribunal sentenciador en cuanto, siendo conceptos jurídicos, han de resultar de lo actuado como hechos, conductas y circunstancias que el órgano judicial interpreta y valora, para decretar su concurrencia. (STS de 7 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. R. R. formuló demanda contra la entidad aseguradora *Allianz-Ras Seguros y Reaseguros, S. A.*, solicitando se condene a la entidad demandada a pagar al actor determinada cantidad con aplicación del 20 por 100. El Juzgado de Primera Instancia de A Estrada desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

86. Contrato de seguro. Indemnización por mora ex artículo 20 LCS: requisitos.—La aplicación de la indemnización por mora *ex artículo 20 LCS* exige que la falta de satisfacción de la indemnización principal obedezca a una causa injustificada o imputable a la aseguradora, pues, aun cuando diversas resoluciones han considerado como causa justificada del

retraso o demora la polémica o discusión sobre la existencia del siniestro o su causa, si existe controversia que exija decisión judicial que determine si efectivamente la aseguradora ha de proceder a la cobertura del evento acaecido; o la incertidumbre sobre el importe de la indemnización cuando la oposición al pago se declara ajustada a Derecho, aunque sea parcialmente; cuando la indemnización reclamada era exagerada; cuando la determinación de la causa y en consecuencia de la exacta cantidad a abonar por vía de indemnización ha precisado efectuarse por el órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes; sin embargo, también tiene declarado que carece de justificación la mera oposición al pago, así como las maniobras dilatorias por parte de la entidad aseguradora, como la de negar la existencia del contrato, o cuando la causa de la cantidad y la cantidad a abonar se encuentra previamente determinada por vía contractual o por otra causa eficiente, y ello tanto para antes como para después de la Ley de 8 de noviembre de 1995, cuya Disposición Adicional Sexta dio nueva redacción al artículo 20 LCS.

Contrato de seguro. Mora creditoris: improcedencia.—No basta el mero ofrecimiento de pago por la aseguradora, especialmente cuando lo ofrecido es una cantidad muy por debajo de la procedente, pudiendo la aseguradora eludir la supuesta práctica espuria de los asegurados o perjudicados de no aceptar ningún tipo de pago por parte de la aseguradora para reclamar posteriormente los intereses del artículo 20 LCS, buscando con ello procurarse el instrumento mejor remunerado de nuestro mercado financiero, la entidad aseguradora tiene a su disposición el fácil mecanismo jurídico de la consignación judicial para enervar la hipotética actuación torticera,

Contrato de seguro. Fecha de producción del siniestro; supuesto de declaración de invalidez.—La declaración de invalidez, lejos de significar el hecho de causación del daño o del siniestro, es meramente una formalidad administrativa determinante entre otras, de las consecuencias económicas de diversos aspectos del accidente, pero en modo alguno puede identificarse con éste, la existencia de la incapacidad no concurre únicamente desde que así se declara, sino que se origina con el accidente y es consecuencia inherente al mismo y a su causación; de modo que el acaecimiento real del evento no puede confundirse con la declaración formal de sus consecuencias.

Contrato de seguro. Riesgos cubiertos. Supuesto de incapacidad permanente: eficacia de la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).—El evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, el hecho generador de la incapacidad, no lo determina la resolución del INSS, que no tiene valor constitutivo, sino de mera constatación formal de la existencia (aparte de los efectos correspondientes en el ámbito laboral); y en tal sentido el reconocimiento por la Dirección del INSS de una determinada situación no significa que ésta no existiere desde la fecha del siniestro; sin que sea preciso entrar en otras consideraciones, pues los contratos son lo que son y el de autos se rige por la Ley del Contrato de Seguro y las estipulaciones pactadas. (STS de 8 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. S. T. interpuso demanda contra la entidad aseguradora *La Estrella, S. A.*, reclamando cierta cantidad con arreglo a la obligación derivada de la póliza de accidentes colectiva en la que constaba como beneficiario, junto a los intereses que legal y/o contractualmente correspondan. El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Vitoria dictó sentencia estimando la demanda.

Recurrida en apelación la demandada, la entidad aseguradora *La Estrella, S. A.*, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vitoria desestimó el recurso y estimó parcialmente la adhesión al mismo formulada por el actor. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D.-L.*)

87. Contrato de transmisión de participaciones sociales. Transmisión o traspaso de los sujetos iniciales de la relación jurídico negocial: modalidades.—Comprende la cesión de créditos (como una forma de pago de las obligaciones, en el art. 1175), la asunción de deuda (arts. 1205 y 1206 CC), el llamado *contrato para persona que se designará* (el conocido en Derecho italiano como *contrato per persona nominando*: art. 1499 LEC 1881, permitiendo la «cesión del remate» en las subastas judiciales y Ley 514 de la Compilación Foral Navarra; así como los supuestos de ventas de viviendas en construcción con pago aplazado, generalmente por documento privado, como cláusula habitual en las mismas, y también en las compraventas de vehículos de motor usados, entregados al vendedor, generalmente concesionario de la «marca» correspondiente, como formando parte del precio pedido, y el art. 1406 CC italiano), y la «cesión del contrato» (Ley del Fuero Nuevo de Navarra núm. 513, art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, sobre «cesión de contratos de trabajo» o de «sucesión de empresa», la «cesión del arrendamiento de local de negocio», de la LAU derogada, la «cesión de certificaciones de obra» y del «contrato de obra» en Derecho administrativo: art. 58 de la Ley de Contratos del Estado, de 28 de diciembre de 1963). (**STS de 16 de febrero de 2005**; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. E. O., don J.-F. M. Z., doña M. M. E., y don J. M. L. V. interpusieron demanda contra don H. A. U., doña N. O. Z., y las sociedades *Ila, S. A.*, *Inbide, S. A.*, *Grelsa, S. A.*, *Icara, S. A.*, *Acelei, S. A.*, *Boinsa, S. A.*, *Gestora Amesa, S. A.*, y *Amesa, S. A.*, sobre reclamación de cantidad, en cumplimiento de contrato sobre compraventa de acciones. El Juzgado de Primera Instancia de Bilbao número 3 dictó sentencia, estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por el codemandante don J.-F. M. Z., y por el codemandado don H. A. U., la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D.-L.*)

88. Sociedades anónimas. Junta General: representación.—El artículo 66 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que los copropietarios de una acción habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y, en la interpretación de este precepto, la doctrina científica entiende que esta persona habrá de ser uno de ellos, y la designación de otro representante distinto se regirá por las normas generales de la representación y, en particular, por las de la representación en las Juntas Generales; el artículo 106 de la referida Ley dispone que todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la Junta General por medio de otra persona; y el artículo 104 determina que el Presidente de la Junta General podrá autorizar la asistencia de cualquier otra persona que juzgue conveniente, es decir, el Presidente puede autorizar la presencia de varios representan-

tes o de representante y representado cuando obedezca a una razón lógica, como en el caso de copropietarios de unas acciones que designan un representante para unas y otro para otras, con objeto de reflejar varios criterios en la Junta.

Sociedades Anónimas. Junta General convocada judicialmente: ausencia de oposición a su constitución.—La Junta convocada judicialmente, presidida por un jurista independiente designado por el Juzgado, con presencia notarial y del Letrado asesor de la compañía, el socio recurrente, que asistió personalmente, no verificó alegación alguna, durante el desarrollo del acto, para la designación de una sola persona a los efectos indicados en autos, ni para su representación en la Junta respecto a las acciones que tenía en régimen de proindivisión con otro socio; y, en atención a estas circunstancias, es evidente que se conformó con la forma de constitución de la Junta y con los acuerdos adoptados en la misma. (STS de 17 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Productos Churruca, S. A.*, interpuso demanda contra don J. L. L. ejercitando acción social de responsabilidad reclamando. Por su parte, don J. L. L. formuló reconvencción solicitando la nulidad de la Junta General Extraordinaria y la nulidad de los acuerdos adoptados en la misma. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Requena dictó sentencia desestimando la demanda y la reconvencción. Recurrida en apelación, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

89. Sociedad Anónima. Responsabilidad de los administradores ex artículo 135 LSA. Prescripción: régimen jurídico.—La jurisprudencia ha señalado que el precepto aplicable a la prescripción extintiva de la acción individual de responsabilidad que regula el artículo 135 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas es el artículo 949 CCO. Según dicho artículo, el día inicial del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción ejercitada en la demanda es aquel en que los administradores sociales *por cualquier motivo* hubieran cesado en *el ejercicio de la administración*.

Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores ex artículo 135 LSA. Prescripción: finalidad.—El artículo 949 CCO, como consecuencia de la eficacia *ex tunc* de la sentencia judicial, más allá de lo que exige la seguridad jurídica y la propia finalidad del precepto (que, como se indicaba en la Exposición de Motivos del Proyecto de 18 de marzo de 1882, respondió a la necesidad de poner *término a la incertidumbre que lleva consigo la prescripción* también respecto de *la responsabilidad de los socios gerentes y administradores de las compañías por las operaciones que en este concepto hubieren realizado*, razón por la que se expresó la conveniencia de limitar la duración de dicha responsabilidad y de identificar el día inicial del plazo, *ya sean los mismos socios, ya sean los extraños los que se consideren perjudicados*, de modo que *tanto unos como otros deberán entablar sus reclamaciones dentro de los cuatro años siguientes a la fecha en que por cualquier motivo cesaron aquellos en el ejercicio de su administración*.

Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores ex artículo 135 LSA. Prescripción: dies a quo.—El inicio del cómputo de la

prescripción reclama el cese del administrador, si bien la causa de éste puede ser cualquiera de las muchas aptas para producirlo. Entre ellas, la apertura de la liquidación de la sociedad, consecuencia automática, salvo en supuestos excepcionales, de su disolución (art. 266 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), en cuanto determinante de la sustitución del administrador por los liquidadores en las actividades de gestión y representación (arts. 267 y 272 del mismo texto); o, también, la renuncia del administrador (art. 147.1.º del Reglamento del Registro Mercantil, o su separación por decisión de la Junta General (art. 131 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y del 148 del Reglamento del Registro Mercantil).

Sociedad anónima. Impugnación de acuerdos: efectos.—Los efectos destructivos de la declaración de nulidad contenida en una sentencia estimatoria de la impugnación de acuerdos sociales operan *ex tunc* y, además, para todos los socios y, en general, para quienes no ostentasen la cualidad de terceros adquirentes de buena fe a consecuencia de los acuerdos impugnados (art. 122.1 del Texto refundido).

Sociedad anónima. Impugnación de acuerdos: conversión de acuerdos.—La invalidez de los acuerdos anulados (por la deficiente constitución de la Junta en que se adoptaron) con la relevancia jurídica y efectividad del cese de los administradores, a consecuencia de haberse producido, no una sanación por transcurso del tiempo (ya que *quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convallescere*: Digesto 50.17.29), sino una conversión del acuerdo, adoptado con el apoyo de la totalidad de capital social, incluido el voto de las actoras, en un acto de dimisión o renuncia ejecutado por los propios administradores, que propusieron a la Junta General la disolución de la sociedad, como socios contribuyeron al logro de los acuerdos con sus votos y, en ejecución de ellos, cesaron en sus funciones de gestión y representación, para dar paso a los trámites precisos para la completa liquidación de la sociedad, casi cuatro años antes de que la nulidad de los acuerdos fuera definitivamente declarada. (STS de 26 de octubre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. L. M., doña O. E. L. L. y doña A. L. L. interpusieron demanda contra don R. G. B., don R. R. G., doña R. A. G., doña M. L. F., doña G. L. F., y don J. G. U. A. solicitando se condenase a los codemandados conjunta y solidariamente, a pagar en concepto de indemnización, por los daños irrogados, la suma resultante de la diferencia entre el valor real de las acciones y el valor dado a las mismas por los administradores, más los gastos judiciales ocasionados por su actuación y los intereses legales dejados de percibir, con expresa imposición de las costas de este procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Gijón desestimó la excepción de prescripción y estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo resolvió estimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

90. Abuso de derecho. Concepto.—La doctrina del abuso del derecho está elaborada por la doctrina científica y por la jurisprudencia sobre la base del ejercicio de un derecho con la intención de dañar, o en la utilización del mismo de un modo anormal y contrario a la convivencia y, como remedio extraordinario, no puede dicha doctrina dar facultad a los Tribunales para

hacer uso de ella más que en casos patentes y manifiestos, sin que resulte provecho alguno para la gente que lo ejercita, sólo imbuido del propósito de causar daño a otro interés jurídico; y no puede admitirse que exista abuso de derecho cuando la acción ejercitada se apoya en preceptos legales que avalan su viabilidad y el perjuicio que ocasione al demandado es consecuencia necesaria de la colisión de intereses entre acreedor y deudor que entran en juego cuando el crédito no ha sido satisfecho.

Abuso de derecho. Improcedencia.—No existe abuso de derecho cuando sin traspasar los límites de la equidad y la buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*, salvo que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad, estimando la inexistencia de *justa causa litigantes*.

Sociedades anónimas. Disolución: necesidad de acuerdo de la Junta General.—La celebración de la Junta General de Accionistas constituye un presupuesto ineludible para la disolución de la sociedad anónima y su inexistencia ocasiona la nulidad de tal disolución, que puede ser apreciada de oficio por los Tribunales aun sin ser alegada por las partes, pues incluso afecta al procedimiento a seguir. No es posible admitir la disolución de una sociedad ni la existencia de liquidadores por el cauce de las presunciones, siendo imprescindible el acuerdo de disolución emitido por la Junta General, y no cesando los administradores en su representación, aun en el supuesto de suspensión de pagos o de insolvencia laboral, salvo en el caso de quiebra, en la forma regulada por las Leyes, en el cual y a pesar de haber sido ya declarada, se requiere igualmente el acuerdo social para la disolución según determina el artículo hoy 262.2 LSA.

Sociedades anónimas. Disolución: efectos.—La disolución de la sociedad no equivale a su extinción inmediata, sino que determina el comienzo de un período de liquidación, durante el cual la entidad social sigue existiendo, como persona jurídica con su patrimonio, ínterin no terminen las operaciones liquidatorias, en beneficio de los en ella interesados, en el sentido de mantener la subsistencia de la sociedad, cuya disolución no se produce *ipso iure*, sino que para llegar a su extinción precisa su propia liquidación con determinación del haber partido, lo que implica su duración mientras subsista tal fase.

Sociedades anónimas. Disolución: legitimación de los acreedores.—La Ley de Sociedades Anónimas faculta a los acreedores, de forma subsidiaria, a que insten la disolución de las sociedades incursas en causa legal de disolución; pero tal potestad no puede estimarse como una obligación o carga.

Sociedades anónimas. Disolución. Ausencia de analogía con la suspensión de pagos.—La suspensión de pagos no es análoga a la disolución, en modo alguno se orienta a la extinción de la sociedad (lo que, tal vez, podría predicarse de la quiebra), sino a lo contrario y en modo alguno tampoco modifica la estructura patrimonial de la sociedad, pues afecta meramente a su liquidez o capacidad de efectuar pagos debidos, sin efecto alguno sobre su balance.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5 LSA: naturaleza.—La responsabilidad solidaria que impone el artículo 262.5 LSA a los administradores sociales es una responsabilidad sanción, que solamente precisa la concurrencia de las dos citadas circunstancias: por una parte, que por consecuencia de pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que

éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente; y por otra, que los administradores no cumplan con la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución. No requiere más que la prueba de los hechos que son presupuesto de la efectividad de la sanción, es una responsabilidad *ex lege*, configurada ésta como una responsabilidad *cuasi objetiva* y entendida desde luego, como una responsabilidad *ex lege*, carente de las notas conceptuales de la responsabilidad aquilina.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores *ex artículo 262.5 LSA: remoción de la causa.*—El artículo 260.1.4.º LSA hace una advertencia casi obvia: que la reducción y/o ampliación de capital pueden, desde luego, remover la causa de disolución. Pero si la causa de disolución subsiste por más de dos meses desde su acaecimiento, los administradores han incumplido el deber del artículo 262.2 del mismo texto legal, lo que implica que tal deber no se incumplirá si la causa de disolución desaparece antes del término bimensual, pues desaparecido el requisito previo del deber no hay tal deber y menos incumplimiento del mismo.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores *ex artículo 262.5 LSA: alcance.*—El apartado 5.º del artículo 262 LSA establece que los administradores responderán de las obligaciones sociales, al emplear el término de obligaciones se significa que se abarca el ámbito posible, incluyendo no sólo las deudas de carácter negocial que pueda ostentar el acreedor, sino aquellas que nazcan de la Ley, de un ilícito o de un cuasi contrato. Y en referencia a las obligaciones sociales de las que responden los demandados, si bien en teoría puede discutirse si responden solamente de las contraídas después de la concurrencia de la causa de disolución o bien de las contraídas antes de la concurrencia de la causa y vencidas después o también de las contraídas y vencidas antes de la concurrencia de la causa, ante la falta de explicitación del artículo 262.5 de la nueva Ley, hay que llegar a la conclusión de que los demandados responden de todas las obligaciones de la sociedad, solución indudablemente dura para los administradores, pero que responde al deseo de la nueva Ley de obligar a los administradores a solicitar la disolución de aquellas sociedades anónimas cuya apariencia jurídica no corresponda a su situación real.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores *ex artículo 262.5 LSA: momento para determinar las pérdidas.*—Es al cierre del ejercicio social cuando los administradores formulan las cuentas anuales de la empresa con los resultados económicos definitivos, siendo por tanto, a partir de tal momento rebatido, cuando quedan determinadas las pérdidas sufridas.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores *ex artículo 262.5 LSA. Plazo para convocar la Junta General: *dies a quo.**—El plazo para la convocatoria de la Junta General para la disolución de la sociedad debe contarse desde que los administradores tuvieron o debieron tener conocimiento de tal situación, siendo válido para determinar el desequilibrio patrimonial de la sociedad tanto un balance de comprobación como un estado de situación.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores *ex artículo 262.5 LSA. Plazo para convocar la Junta General: carácter fatal del término.*—La Ley de Sociedades Anónimas impone un plazo inexorable de dos meses a los administradores de las sociedades anónimas para convocar la Junta de Accionistas para que en su caso acordar la disolución o las

medidas sustitutivas adecuadas. Si fuese la voluntad del legislador el establecer una excepción o cesación de responsabilidad por un cumplimiento tardío, tal cosa sería lógicamente incompatible con el establecimiento de un término fatal, cual es el de dos meses, para convocar la Junta. En efecto, si la responsabilidad se alzase en el momento del cumplimiento tardío ello supondría que los administradores en cualquier momento (transcurridos meses o años), cumplido que fuera su deber se liberarían de la responsabilidad que la norma les atribuye y carecería de sentido alguno el plazo bimensual que tan claramente ha establecido la Ley.

Sociedades anónimas. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5 LSA y suspensión de pagos de la sociedad.—La responsabilidad solidaria de los administradores no puede, en modo alguno, perjudicar a los acreedores de la sociedad en estado de suspensión de pagos, pues ésta permanece en dicha situación de manera inalterada respecto a éstos, al margen de la responsabilidad de los administradores, pues no son ellos los que se encuentran en situación de suspensión de pagos. (STS de 16 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Caja de Ahorros de Catalunya* interpuso demanda contra la entidad mercantil *Sotaverd, S. A.*, y don J. R. M., don J. F. M. S., don J. B. O., don J. C. B., don C. G. H., don I. L. B., don I. M. A., y don C. N. F. como responsables solidarios de las obligaciones sociales de *Sotaverd, S. A.*, por haber incumplido el deber legal de convocar en plazo la Junta de Accionistas de dicha mercantil para proceder bien a su disolución, bien a la reducción y/o ampliación de capital, tal como previene el artículo 262.5 LSA en relación con el artículo 260.4 del mismo texto; y declarada tal responsabilidad les condene, solidariamente con la demandada *Sotaverd, S. A.*, al pago de la suma principal adeudada, más los intereses de demora que procedan y las costas del presente procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia número 21 de Barcelona dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió desestimando el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

91. Retroacción absoluta de los efectos de la quiebra. Efectos de la doctrina de los actos propios y del principio de apariencia jurídica. Legitimación para el ejercicio de la acción de retroacción.—Frente a la nulidad radical de los actos derivada de la retroacción absoluta del artículo 878.2 CCO no cabe invocar la doctrina de los actos propios. Además, la nulidad de pleno derecho existe aunque opere respecto de tercero el principio de apariencia jurídica, el cual no se aplica ni a quien conoce o podía conocer la realidad jurídica ni a quien actúa en connivencia fraudulenta. En concreto, si el negocio está envuelto en fraude es nulo (STS de 2 de diciembre de 1996). En cualquier caso, la jurisprudencia ha admitido la legitimación de la sindicatura de la quiebra para ejercitar las acciones de retroacción derivadas del artículo 1366 LEC de 1881 (STS de 29 de noviembre de 2004).

Negocio fiduciario. Posición del «fiduciario». Actos del fiduciario en el período de retroacción de la quiebra.—El fiduciario sólo ostenta una titularidad formal, es decir, carece de poder de disposición sobre la cosa objeto

de la fiducia. Los fiduciarios carecen de *ius disponendi*, el cual corresponde al verdadero propietario de la cosa. Por tanto, los actos del fiduciario, del mismo modo que sucede con los actos de los intermediarios, sustitutos o delegados, quedan afectados por la nulidad que conlleva la retroacción absoluta de la quiebra (STS de 1 de febrero de 1974).

Similitudes entre el negocio jurídico de puesta a nombre de otro o *nomen commodat*, el negocio fiduciario y el denominado «testaferro».—El negocio jurídico de puesta a nombre de otro tiene unos perfiles similares con los negocios fiduciarios pero aquél trata de conseguir la ocultación de la titularidad real del propietario para salvar el patrimonio de las responsabilidades en que se halla implicado. También guarda semejanza con otras figuras afines, como la interposición de personas. El denominado «testaferro» (del italiano «cabeza de hierro») puede definirse como «una persona que figura con su nombre en un contrato, o como propietario de cierta cosa, en vez del interesado, o dueño verdadero, que queda oculto». (STS de 17 de febrero de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—La comisión liquidadora de *Mateu y Mateu, S. A.*, interpuso demanda de juicio ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia contra la entidad *Inmobiliaria Bolueta Bilbao, S. A.*, el *Banco Exterior de España, Banco de Comercio, S. A.* (antes conocido como *Induban, S. A.*), y otras tantas personas físicas. Más tarde se amplió la demanda extendiendo las pretensiones a las entidades *Casalot, S. A.*, *Lis Leasing Industrial y de Servicios, S. A.* y *Componentes Textiles Industriales, S. A.* El Juzgado, en base a las peticiones solicitadas, estimó parcialmente la demanda absolviendo al *Banco de Comercio, S. A.*, por falta de legitimación pasiva.

En la sentencia el Juez declaró básicamente lo siguiente: 1) que el 100 por 100 de las acciones de *Inmobiliaria Bolueta Bilbao, S. A.*, eran propiedad exclusiva de la compañía *Mateu y Mateu, S. A.*; 2) que debido a la retroacción absoluta, todos los actos y negocios jurídicos realizados sobre tales acciones eran radicalmente nulos y sin posibilidad de subsanación; 3) que la finca sita en Málaga y descrita en la demanda pertenece en pleno dominio a la compañía *Mateu y Mateu, S. A.*; 4) que debido a la retroacción absoluta, la venta de la citada finca por parte de *Mateu y Mateu, S. A.* a *Inmobiliaria Bolueta, S. A.*, así como las sucesivas ventas son radicalmente nulas; 5) que todas las inscripciones obrantes en los respectivos Registros de la Propiedad relativas a los actos y contratos nulos eran asimismo nulas, quedando todas ellas canceladas, así como cualesquiera asientos o inscripciones derivados de aquellos actos.

Como consecuencia de todo lo expuesto, el Juez condenó: 1) a todos los demandados a estar y a pasar por las anteriores declaraciones; 2) a *Inmobiliaria Nueva Bolueta, S. A.*, don F. I. M., don J. A. P. M., doña P. R. S., *Casalot, S. A.* y *Leasing de Industrias y Servicios, S. A.*, a restituir a la masa activa de *Mateu y Mateu, S. A.* la precitada finca sita en Málaga; 3) a los demandados que sean administradores de *Inmobiliaria Nueva Bolueta, S. A.*, a reintegrar a la masa activa de *Mateu y Mateu, S. A.*, las cantidades percibidas en concepto de alquileres, frutos o rentas derivadas de la misma

finca desde la fecha de retroacción de la quiebra. Algunos de los demandados presentaron recurso de apelación contra la sentencia del Juez de Primera Instancia, el cual fue desestimado. Posteriormente, las entidades *Banco Exterior de España, S. A.* y *Casalot, S. A.*, interpusieron sendos recursos de casación ante el Tribunal Supremo. Ambos fueron desestimados en su integridad.

NOTA.—La reintegración de la masa activa puede ser definida, en materia concursal, como el conjunto de operaciones destinadas a facilitar la reivindicación de aquellos bienes del deudor que salieron indebidamente del patrimonio del quebrado. En las distintas tradiciones jurídicas existen *tres sistemas distintos de reintegración de la quiebra*: a) «Retroacción absoluta», b) «retroacción relativa» y c) acciones impugnatorias que pueden ser ejercitadas contra algunos actos del deudor anteriores a la declaración de la quiebra.

a) La «retroacción absoluta» de la quiebra implica la nulidad absoluta, radical y de pleno derecho de todos aquellos actos, contratos o negocios jurídicos realizados por el deudor en el plazo de retroacción anterior a la declaración concursal.

b) Por su parte, la «retroacción relativa» permite anular determinados actos realizados por el deudor en un plazo anterior a la declaración. El plazo puede ser fijado legal o judicialmente.

c) Las «acciones impugnatorias» contra determinados actos del deudor son otro modo de reintegrar bienes a la masa de la quiebra. Son acciones con las cuales se pueden *rescindir* concretos negocios jurídicos realizados entre el deudor y terceros, en beneficio de la masa.

En España, nuestro Código de comercio de 1885 (CCO) estableció un sistema mixto de reintegración basado en la retroacción absoluta de los efectos de la quiebra (art. 878.2 CCO) y en las acciones revocatorias contenidas en los artículos 879 a 882 CCO. Sin embargo, y como señaló en su momento la doctrina, el sistema derivó en la excesiva protección de los acreedores concursales en detrimento de los adquirentes de los bienes del deudor en ese período de retroacción. Ello unido a la inseguridad jurídica derivada de la fijación de la fecha de retroacción por parte del Juez, ha llevado al legislador a derogar el citado sistema de reintegración mediante la reciente Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal. En efecto, el capítulo IV, titulado «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa», dentro del título III de la Ley, introduce una serie de acciones de reintegración eliminando así la retroacción absoluta. El artículo 71.1 LC establece que, en el plazo de los dos años, anteriores a la fecha de declaración del concurso pueden ser impugnados aquellos actos sospechosos de ser perjudiciales a la masa activa sin perjuicio de la intención fraudulenta de quien los realizó. Es importante destacar que los actos realizados en ese período no pueden ser considerados nulos de pleno derecho porque no opera ya la retroacción absoluta. Se trata tan sólo de un período en el que pueden impugnarse esos posibles actos perjudiciales a la masa activa. (J. D. S. C.)

92. Nulidad radical de los actos dispositivos realizados con posterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra.—Tales actos (*v. gr.* la hipoteca) son nulos de pleno derecho en aplicación del artículo 878.2 CCO, el cual establece además el principio de retroacción absoluta. La nulidad de tales actos es absoluta y de pleno derecho tanto desde el punto de vista subjetivo, frente a todos, como objetivo, toda vez que afecta a todos los actos de dominio y administración del deudor (quebrado).

Retroacción absoluta y Registro de la Propiedad.—Fijada la nulidad de los actos de dominio y administración posteriores al momento a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, la inscripción de tales actos en el Registro de la Propiedad no los convalida (art. 33 LH). La mencionada nulidad de los actos afectaría incluso al tercero protegido por la fe pública registral del artículo 34 LH, toda vez que tal protección cede ante la nulidad del artículo 878.2.º CCO. **(STS de 24 de febrero de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—Las sociedades *Gascón Langreo, S. A.* y *Promociones El Palais, S. L.*, celebraron un contrato de permuta, en virtud del cual la primera entregaba a la segunda dos fincas edificables para su agrupación en un solar y, a cambio, *Promociones El Palais, S. L.*, se obligaba a redactar y gestionar un proyecto de edificación, entregando posteriormente, a la otra parte, locales comerciales construidos en la finca entregada.

Años más tarde, *Neumáticos Michelin, S. A.*, concedió un crédito hipotecario a la entidad *San Lázaro, S. L.* La finca hipotecada era propiedad de *Promociones El Palais, S. L.*, concretamente se trataba de parte de la finca obtenida en el mentado contrato de permuta celebrado con *Gascón Langreo, S. A.* *Neumáticos Michelin, S. A.*, procedió a ejecutar la hipoteca por los trámites previstos en el artículo 131 LH tras lo cual la sindicatura de la quiebra de la entidad *Gascón Langreo, S. A.*, ejercitó acción de nulidad de los actos del quebrado, solicitando la nulidad radical o de pleno derecho del acto de constitución de la hipoteca realizado por *Promociones El Palais, S. L.*, en favor de *Neumáticos Michelin, S. A.* Asimismo, se solicitó la nulidad de la inscripción de la hipoteca en el correspondiente Registro de la Propiedad. Se consideró que la finca hipotecada no era propiedad del tercero hipotecante sino de la sociedad quebrada.

Así, y dado que el otorgamiento de la hipoteca se había realizado después de la fecha de retroacción fijada por el Juez tras la quiebra, el Juzgado de Primera Instancia que conoce de la acción de nulidad estima la demanda de la sindicatura y declara la nulidad de la hipoteca, así como de su inscripción. En el mismo sentido, el recurso de apelación presentado ante la Audiencia Provincial fue íntegramente desestimado. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo confirmó las resoluciones judiciales anteriores.

NOTA.—El Código de comercio de 1885 (CCO) establecía un sistema de reintegración mixto, esto es, basado por una parte en la *retroacción absoluta* de los efectos de la quiebra y, por otra parte, en las *acciones revocatorias* fijadas en los artículos 879 a 882 CCO. Ambos mecanismos trataban de evitar que el deudor que se encontraba próximo a una situación de concurso pudiera desprenderse de su patrimonio en perjuicio de los acreedores. En concreto, la retro-

acción absoluta (contenida en el art. 878.2 CCO) consistía en considerar nulos todos los actos de dominio y administración realizados por el deudor (quebrado) desde la fecha fijada por el Juez en base al sobreseimiento de los pagos (art. 1024 CCO de 1829) hasta la fecha de declaración judicial de la quiebra.

Este sistema ha sido derogado por la Disposición Derogatoria única (párrafo 3.º, punto 3) de la reciente Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (LC). Concretamente, el capítulo IV, titulado «De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa», dentro del título III de la Ley, sustituye el citado sistema mixto de reintegración por una serie de acciones de reintegración. Queda así totalmente eliminada de nuestro sistema la retroacción absoluta y con ella la incertidumbre que suponía la fijación de la fecha de retroacción por parte del Juez. Actualmente, el artículo 71.1 LC fija un período de dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, en el cual pueden impugnarse los actos realizados por el deudor cuando se consideren perjudiciales para la masa activa, aunque no exista intención fraudulenta.

Una vez estimada la correspondiente acción de reintegración por un órgano jurisdiccional, se declarará la ineficacia del acto impugnado y se condenará a la parte correspondiente a la restitución o reintegración de las prestaciones objeto de aquél acto, con sus frutos e intereses (art. 73 LC). En todo caso y en aplicación del artículo 71.6 LC, el ejercicio de las citadas acciones de reintegración contenidas en la Ley concursal es perfectamente compatible con otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho. Es el caso del ejercicio de la acción revocatoria de Derecho común o pauliana de los artículos 1111 y 1291.3 CC, de la cual también conocerá el Juez del concurso. (*J. D. S. C.*)

DERECHO PROCESAL

93. Cesión de parcela de cultivo por Ayuntamiento. Competencia del orden jurisdiccional civil para la resolución de los conflictos que surjan entre las partes contratantes.—En virtud del contrato de cesión, el Ayuntamiento cede a la contraparte bienes que deben ser calificados de patrimoniales o de propios. «Se trata de bienes que, siendo propiedad de la entidad local, no están destinados a uso público ni afectados al servicio público, constituyendo fuentes de ingresos para el erario, rigiéndose tales bienes por su legislación específica y, en su defecto, por las normas del Derecho privado [...]» (FJ 3.º, STS de 21 de diciembre de 2004).

Los contratos que hayan sido celebrados por la Administración Pública pueden tener el carácter de administrativos o de privados, según establece el artículo 5 del RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este mismo precepto establece la distinción que existe entre ambos, señalando que serán privados todos aquellos contratos que no hayan sido catalogados como contratos administrativos, y en particular, los contratos de compraven-

ta, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos de seguros, bancarios y de inversiones, y aquellos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria, incluyendo los de los espectáculos. A su vez, establece que será el orden jurisdiccional civil el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes cuando celebren este tipo de contratos, mientras que será el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes si el contrato que celebran puede encuadrarse dentro de la categoría de contratos administrativos.

En esta ocasión, habiendo sido celebrado por las partes, Ayuntamiento y particular, un contrato que tiene la consideración de «privado», es claro que la resolución de conflictos corresponde al orden jurisdiccional civil.

Imposibilidad de apreciar la situación litisconsorcial.—«No es de apreciar la situación de litisconsorcio pasivo necesario cuando los posibles efectos hacia terceros se producen, con carácter reflejo, por una simple o mediata conexión, o porque la relación material sobre la que recae produce la declaración que sólo les afecta con carácter prejudicial o indirecto; en estos casos su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario, sino voluntaria o adhesiva, ya que la extensión de los efectos de la cosa juzgada no les alcanza, ni se produce para ellos indefensión» [FJ 2.º, STS de 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7448); FJ 3.º, STS de 4 de octubre de 1989 (RJ 1989/6883); FJ 2.º, STS de 23 de octubre de 1990 (RJ 1990/8036); FJ 4.º, STS de 21 de diciembre de 2004]. (STS de 21 de diciembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Se ejercita por la parte actora acción de resolución de contrato de cesión de un bien patrimonial concertado con la parte demandada, alegando que se han incumplido las cláusulas del contrato, al haber entregado el demandado a su propio nombre durante las campañas de 1989, 1990 y 1991 determinadas partidas de tabaco que le han generado unas asignaciones, reclamadas por la parte actora como suyas, por proceder tales partidas de tabaco de la finca arrendada al demandado. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda interpuesta por el Ayuntamiento, condenando al demandado a abonar únicamente las cantidades que tiene pendientes de pago por los cánones establecidos en el contrato de cesión. Interpuesto recurso de apelación por el Ayuntamiento, la Audiencia condena al demandado a que entregue al Ayuntamiento la cuota individual de cultivo de tabaco que le fue reconocida para el año 1993. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por el particular.

NOTA.—La sentencia que anotamos aborda el problema de la competencia jurisdiccional para la resolución de conflictos que surjan entre las partes contratantes cuando una de ellas sea una Administración Pública. El RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señala que es necesario, en primer lugar, determinar si el contrato realizado por el ente público tiene el carácter de privado o público, ya que de ello supone que sea el orden jurisdiccional civil o el contencioso-administrativo el competente para la resolución de las controversias que puedan surgir entre los contratantes. El artículo 1 del Texto refundido establece el

ámbito de aplicación subjetiva, disponiendo que las entidades que integran la Administración Local deben considerarse Administraciones Públicas a efectos de la aplicación de esta Ley. Seguidamente, el artículo 5 establece el carácter administrativo o privado de los contratos celebrados por la Administración Pública, señalando los contratos que deben ser considerados administrativos y aquellos que deben considerarse privados. Una vez determinado el carácter del contrato celebrado por la entidad pública, los artículos 7 y 9 establecen el orden jurisdiccional competente para conocer de los litigios suscitados como consecuencia de la celebración de dicho contrato, señalando que será el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes cuando el contrato celebrado tenga el carácter de administrativo, mientras que será el orden jurisdiccional civil el competente para resolver los conflictos derivados de la celebración de contratos privados. (*L. Z. G.*)

94. Competencia de la jurisdicción civil en los casos de responsabilidad médica.—En principio, es la adscripción de los médicos a centros públicos integrantes de la Administración pública sanitaria lo que justifica la atribución de competencia a uno u otro orden jurisdiccional. Sin embargo, es doctrina del Tribunal Supremo que la razón jurídica para denegar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, en estos casos, radica exclusivamente en la doctrina de la *vis atractiva* del orden civil, que es aplicable 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, existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas.

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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Reglamento 429/1993, aprobado por el Real Decreto de 26 de marzo, porque el Tribunal Supremo viene aplicando a tales reclamaciones la doctrina de la *vis atractiva*, entre otros motivos por razones de seguridad jurídica (SSTS de 7 de marzo de 2002 y 15 de julio de 2003, entre otras). (**STS de 23 de diciembre de 2004**; ha lugar.)

HECHOS.—Los actores interponen demanda contra don F. J. (médico del Servicio de Cardiología del Hospital General «Gregorio Marañón») y contra la Consejería de Salud de la Comunidad de Madrid, solicitando que se condene a los demandados a pagarles una indemnización, como perjudicados por la muerte de su padre. El Juzgado de Primera Instancia decreta el sobreseimiento del proceso, conclusión a la que también llega la Audiencia Provincial.

Los actores recurren en casación, donde el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. Afirma la competencia de la jurisdicción civil para enjuiciar los casos de responsabilidad médica y determina la reposición de las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al auto del Juzgado. (*S. L. M.*)

95. Naturaleza del proceso contenido en el artículo 13 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.—Se trata de un proceso autónomo que puede incoarse ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente, en aquellos casos en que se ha producido la vulneración de un derecho fundamental. Por consiguiente, dicho proceso no puede ser reconducido al incidente de previo y especial pronunciamiento del artículo 744 LEC 1881, es decir, no es un incidente de ningún proceso y por tanto no quedaría en suspenso el curso de la demanda principal.

Competencia del proceso contenido en el artículo 13 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.—Dado el carácter autónomo del proceso, el órgano jurisdiccional competente no es el de la demanda principal sino que la competencia es fijada con sujeción al turno de reparto. (STS de 1 de julio de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1987, don J. L. N. P. constituyó un hipoteca a favor del Banco Hipotecario de España, en garantía de un préstamo de 7.000.000 de pesetas. El 21 de septiembre de 1990 el citado banco interpuso demanda de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 1560 LEC 1881. Con el objeto de suspender la tramitación de los autos de ejecución, don J. L. N. P. interpuso demanda sobre protección jurisdiccional civil de los derechos de la persona contra el Banco Hipotecario y el Ministerio Fiscal. Esta demanda no fue turnada al Juzgado que estaba conociendo de los autos de ejecución sino a otro distinto, que por providencia acordó la suspensión del juicio hipotecario. El Ministerio Fiscal interpuso entonces recurso de reposición contra la citada providencia, con el fin de continuar la ejecución.

El Juez de Primera Instancia estima el recurso y declara la nulidad de la providencia. La Audiencia Provincial confirma la resolución del Juez desestimando el recurso de apelación presentado. Del mismo modo, el Tribunal Supremo desestima los tres motivos en los que se basa el recurso de casación.

NOTA.—Los artículos 744 y 1560 LEC 1881 fueron derogados por la Disposición Derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a la Ley 62/1968, de 26 de diciembre está totalmente derogada puesto que: 1) la *garantía jurisdiccional penal* se recoge actualmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma introducida en la misma por la Ley 38/2002, de 24 de octubre; 2) la *garantía contencioso-administrativa* la encontramos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 3) la *garantía jurisdiccional civil*, que es la planteada en este caso, está contenida hoy en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (J. D. S. C.)

96. Acumulación de acciones. Compatibilidad en el ejercicio de las acciones de reclamación de filiación, declaración de herederos, declaración de preterición en testamento y nulidad de compraventa. Interpretación jurisprudencial del artículo 154.1 LEC 1881.—Amén de que la complejidad de las acciones no es un criterio para apreciar la posibilidad de acumulación, sino el de su incompatibilidad, según se recoge en el artícu-

lo 154.1.º LEC 1881, esta Sala tiene sentado que la declaración de heredero abintestato puede obtenerse a través de un juicio declarativo ordinario, y la competencia para conocer del mismo corresponde al Juzgado de Primera Instancia, al igual que para el conocimiento de las otras dos acciones ejercitadas, de declaración de filiación y de petición de partición de herencia, por lo que es procedente la acumulación de las tres acciones mencionadas (STS de 6 de noviembre de 1998). La condición de heredera forzosa no puede eludirse, y su omisión en el testamento produce los efectos de la preterición, en cuanto se priva a la hija de manera tácita de los derechos legítimos que le corresponden en la herencia, de manera que ha de admitirse la acumulación de esta acción con la relativa al reconocimiento de la filiación (STS de 17 de marzo de 1995). Es de apreciar la conexión causal a que se refiere el artículo 156 LEC respecto a la acción de nulidad de la compraventa celebrada por el fallecido y la codemandada, al fundarse la misma en la condición de heredera forzosa de la actora cuyos derechos legítimos pueden resultar afectados por dicha compraventa. (STS de 21 de diciembre de 2004; ha lugar.)

HECHOS.—Doña I. L. B. ejercitó conjunta y acumuladamente, por los trámites del juicio de menor cuantía de la LEC 1881, las acciones de reconocimiento de filiación, la de declaración de preterición, la de reducción de la institución de heredero, la de división y adjudicación de la herencia, así como la de nulidad de contrato de compraventa de bienes pertenecientes a la masa hereditaria. El Juzgado de Primera Instancia acogió la pretensión principal de la actora y declaró que la misma era hija del testador fallecido, reconociendo su condición de heredera forzosa. Pero, al mismo tiempo, estimó la excepción alegada de contrario de inadecuación de procedimiento, por lo que, sin entrar en el fondo, absolvió a los demandados del resto de pedimentos articulados en la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la resolución de instancia, y desestimó el recurso de apelación planteado por uno de los demandados, así como la adhesión a la impugnación formulada por la actora. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia recurrida al estimar la compatibilidad del ejercicio acumulado de las acciones señaladas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 154 de la antigua LEC 1881, aplicable al caso, así como de la jurisprudencia que lo interpretaba. (L. A. G. D.)

97. Exequátur sentencia extranjera. Interpretación del artículo 1 del Convenio de Bruselas de 1968.—El Tribunal Supremo afirma que el artículo 1 del Convenio de Bruselas de 1968 establece que no se podrá solicitar el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera cuando la resolución haya sido emitida en un procedimiento de ejecución universal (quiebra, suspensiones de pagos...). La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que no debe interpretarse dicho artículo en el sentido de que no se podrá reconocer y ejecutar una sentencia extranjera cuando el ejecutado se encuentre inmerso en un procedimiento de ejecución universal. (STS de 18 de noviembre de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Royal Nederland Schadeverzekering* promovió procedimiento para el reconocimiento y ejecución en

España de una resolución extranjera por la que se condenaba a la entidad *Transportes José Carrillo Benítez* al abono de ciertas cantidades debidas. El Juzgado de Primera Instancia accedió al reconocimiento por reunir la solicitud todos los requisitos legales del artículo 34 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. La entidad *Transportes José Carrillo Benítez* interpuso recurso de apelación que fue desestimado. Posteriormente recurrió en casación, alegando que, al encontrarse la empresa en situación de suspensión de pagos, el Convenio de Bruselas no era de aplicación por estar fuera de su ámbito material de aplicación conforme al artículo 1 del Convenio. El Tribunal Supremo desestima el recurso acordando el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera. (A. V. G.)

98. Impugnación de honorarios por indebidos. Impuesto sobre el valor añadido (IVA).—El Tribunal Supremo afirma que el abogado y el procurador, sujetos pasivos del Impuesto sobre el Valor Añadido, tienen derecho a repercutirlo sobre su cliente al ser un impuesto que responde a los servicios profesionales que le han prestado. Pero al ser su cliente el vencedor procesal y acreedor de las costas, su pago corre a cuenta de quien resulta condenado. (STS de 24 de noviembre de 1994; no ha lugar.)

HECHOS.—La Audiencia Provincial condena a la *Empresa Nacional Hulleras del Norte* al pago de las costas causadas en el procedimiento. Practicada la tasación de costas del abogado y procurador, incluyendo la partida del IVA en ambos casos, la representación de la *Empresa Nacional Hulleras del Norte, S. A.*, impugna la tasación de costas por indebidas al considerar que las partidas referidas al Impuesto sobre el Valor Añadido no deben incluirse.

NOTA.—La Dirección General de Tributos: por medio de su consulta 0100-05, de fecha 9 de marzo de 2005, modifica el criterio que había establecido: «Las cantidades que en concepto de costas judiciales se tasan a favor de una de las partes litigantes no tienen la consideración de contraprestación de operación alguna sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, puesto que la parte en favor de la cual se determina la percepción de dichos importes no efectúa ninguna entrega de bienes o prestación de servicio en favor de la parte condenada al pago de las citadas costas judiciales. Dichas costas judiciales corresponderán, generalmente, a los gastos incurridos en un procedimiento judicial por la parte en favor de quien se determine el cobro de las mismas. Por consiguiente, las cantidades que en concepto de costas judiciales se tasan en favor de una de las partes en un proceso judicial tienen para dicha parte el carácter de indemnización, y no constituyen por tanto la contraprestación de operación alguna gravada por dicho impuesto realizada por la parte que las satisface en favor de la parte que las percibe, no debiendo ni pudiendo por ello repercutir esta última a aquella cantidad alguna en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido con ocasión del cobro de tales cantidades.» (A. V. G.)