

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 (Centro de Publicaciones)
y Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 96,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 30,00 € (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) 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXI, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2008

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2008

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://www.060.es>

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

NIPO (BOE): 007-08-039-2
NIPO (M. de Justicia): 051-08-003-9
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

Riesgos de desarrollo y demarcación judicial de la buena ciencia

PABLO SALVADOR CODERCH
ANTONI RUBÍ PUIG
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN

Antes de decidir si un productor puede exonerarse de responder por riesgos de desarrollo en un caso de daños causados por un defecto de producto, jueces y tribunales deben examinar la bondad científica de las pruebas aportadas en el pleito por los expertos nombrados a instancia de parte o por el propio tribunal.

¿Hay estándares (meta)científicos generales o específicos para realizar este examen? O, en otras palabras, ¿qué significa buena ciencia en el ámbito de la responsabilidad de producto y el derecho de daños?

La respuesta tradicional, desde Frye v. United States, 293 F. 1013. C. Cir. 1923, era remitir a la opinión generalmente aceptada en la comunidad científica. Hace quince años, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, en Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 509 U.S. 579 (1993), avivó la discusión, que continúa. El lector interesado hará bien en leer las razones y respuestas ofrecidas en el debate sobre la buena ciencia: publicar en revistas sujetas a control por pares, contrastar las hipótesis empíricas, admitir hipótesis arriesgadas o incluso osadas, siempre que puedan verificarse empíricamente, y rechazar tesis no falsables son, al menos por el momento, buenas guías orientativas. Con todo, las fronteras que demarcan la buena ciencia de la pseudociencia o ciencia basura son difusas, acaso inalcanzables, pues son objeto, como escribió Karl Popper, de una búsqueda sin término.

PALABRAS CLAVE

Riesgos de desarrollo, responsabilidad del fabricante, productos defectuosos, estado de los conocimientos científicos y técnicos, buena ciencia, pseudociencia, Daubert, prueba pericial, control por pares, contrastación.

ABSTRACT

In deciding whether the state-of-the-art defense applies to a products liability claim, courts must preliminarily assess whether the expert witnesses

chosen by each party or appointed by the court itself have presented good scientific evidence or not.

Are there general or specific (meta)scientific standards to reasonably ground this assessment? In other terms, what does good science mean in the field of products liability and torts?

The inherited wisdom was enshrined in *Frye v. United States*, 293 F. 1013. C. Cir. 1923, a case decided in 1923, which resorted to the so-called general acceptance rule. Fifteen years ago, a fruitful discussion was launched by the U.S. Supreme Court in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 U.S. 579 (1993) and it still goes on. The reasons and answers offered along this discussion are rich and worth reading: publications in peer reviewed periodicals, tough testing of empirical hypotheses, admitting risky or even daring hypotheses but requiring them to be empirically tested, and rejecting non falsifiable theses seem to be, at least so far, workable but not binding guidelines for this task. Nevertheless, the demarcation boundaries between good science and junk science are still muddled because what they actually entail is an unended quest, as Karl Popper famously wrote.

KEYWORDS

Development risks, state of the art defense, product liability, state of scientific and technical knowledge, good science, pseudoscience, *Daubert Rule*, evidence, peer-review, contrastability.

SUMARIO: 1. *Riesgos de desarrollo y State of the Art.*–2. *La tragedia de la talidomida en Alemania y otros países y su evitación en los Estados Unidos de América.*–3. *Reacción legal alemana a la talidomida: la Arzneimittelgesetz de 1976 y la regulación de los riesgos de desarrollo.*–4. *Proyectos europeos de Directiva de responsabilidad de producto, debate sobre la regulación de los riesgos de desarrollo y solución de compromiso de la Directiva 85/374/CEE.*–5. *Reacción norteamericana y modificación de la regulación de la FDA.*–6. *Legislación sobre riesgos de desarrollo en Luxemburgo, Finlandia y Francia. Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 25 de abril de 2002 (Comisión c. República Francesa).*–7. *Legislación española sobre riesgos de desarrollo: 7.1 Regla general de exclusión de responsabilidad civil del fabricante por riesgos de desarrollo y sus salvedades: artículo 140.1.e) y 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007. 7.2 Regla general del derecho público español sobre exclusión de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por riesgos de desarrollo: artículo 141.1 de la Ley 30/1992. 7.3 Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 10 de mayo de 2001 (Henning Vedfald c. Århus Amtskommune). 7.4 Otras disposiciones específicas sobre riesgos de desarrollo en derecho biosanitario y de la edificación.*–8. *Tipos de defecto a los que pueden afectar los riesgos de desarrollo: 8.1 Defectos de fabricación. 8.2 Defectos de diseño. 8.3 Defectos en las instrucciones y advertencias. 8.4 Prueba.*–9. *Aplicación de un criterio objetivo para determinar el estado de los conocimientos: existencia y disponibilidad.*–10. *La polémica metacientífica sobre la buena ciencia y su influencia en el derecho.*–11. *Conocimiento común, corpus de doctrinas prácticas –de naturaleza normativa–, pseudociencias*

(ciencia basura) y conocimiento científico.–12. *Conocimientos generalmente aceptados, opiniones minoritarias y factores de determinación de la buena ciencia* en Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993): *de la talidomida a Bendectin*.–13. *Secuelas de Daubert: modificación de la Regla 702 de las Federal Rules of Evidence*.–14. *Evaluación y conclusiones*.–15. *Bibliografía citada*.

1. RIESGOS DE DESARROLLO Y STATE OF THE ART

En el derecho de la Unión Europea, la expresión «riesgos de desarrollo» refiere a los generados por un defecto de producto que, en el momento de su puesta en circulación, el estado de los conocimientos científicos y tecnológicos no permite reconocer¹.

En el *Common Law* norteamericano, en cambio, la expresión «State of Art» es más ambigua que la anterior, pues refiere, bien al hecho de que un producto incluye todas aquellas características de seguridad que en el momento de su puesta en circulación resultan usuales en la industria o que deberían serlo (conformidad con las

¹ Dos tratamientos de conjunto pueden verse en SALVADOR CODERCH, Pablo/SOLÉ FELIU, Josep, *Brujos y aprendices: Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, y, allí, la bibliografía anterior a 1999, y en PRIETO MOLINERO, Ramiro José, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Dykinson, Madrid, 2005, con prólogo de Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ. En la tratadística española es de rigor la cita del capítulo XIII, redactado por PARRA LUCÁN, María Ángeles, del *Tratado de responsabilidad Civil*, que coordina el profesor L. Fernando REGLERO CAMPOS, 3.ª edición, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 1425 ss., p. 1485. En el derecho comparado de la responsabilidad civil, véanse VAN DAM, Cees, *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, Epígrafe 1410-2, pp. 1410 ss., y MILDRED, Mark, «The development risks defence» en Duncan FAIRGRIEVE, *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 167-191. En la doctrina alemana posterior a la obra primera citada –que será particularmente tenida en cuenta en este artículo–, véase, por todos, la síntesis de KULLMANN, Hans Josef, *Produkthaftungsgesetz. Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ProdHaftG). Kommentar*, 4.ª ed., Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2004, en cuya opinión (p. 60), la excepción incluye los casos en los cuales los riesgos de un producto no eran reconocibles en el momento de su puesta en circulación («die Fälle, in denen bestimmte Risiken eines Produkts im Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht erkennbar waren»). Asimismo, WAGNER (*MünchKomm*, p. 2383, §1 ProdHaftG Rn 55) se refiere a los supuestos en los cuales el defecto no podía ser conocido, según el estado de la ciencia y de la técnica en el momento de la puesta en circulación del producto («wobei der Fehler nach dem Stand von Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt des Inverkehrbringens lediglich nicht erkannt werden konnte»). Por su parte, OESCHLER, Jürgen (*Staudingers Kommentar*, §1 ProdHaftG Rn 111), destaca que el concepto es discutido, pues puede referir a defectos que no podían ser conocidos según el estado histórico de los conocimientos en el momento de puesta en circulación del producto («[es geht] um Fehler, die zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts aufgrund des historischen Wissensstandes nicht erkennbar waren») y, además de los primeros, también a aquellos supuestos en que un incremento en las expectativas de seguridad después de la comercialización del bien convirtieron al producto en defectuoso («solche Fälle, in denen ein Produkt fehlerhaft wird, weil sich die Sicherheitserwartungen nach dem Inverkehrbringen der Sache erhöht haben»). En el derecho británico, véase STAPLETON, Jane, *Product Liability*, Butterworth, London, 1994, pp. 236 ss.

prácticas o buenas prácticas, *Customary Practice in Industry*); bien al de que reúne todas aquellas que sean disponibles y más beneficiosas que costosas (viabilidad económica; *Cost & Benefit Analysis*) o razonablemente viables (*ALARA: As Low As Reasonably Achievable*); o bien, que incluye, además, todas aquellas disponibles de acuerdo con la tecnología más avanzada y con independencia de su coste (adecuación a la tecnología puntera; *BAT: Best Available Technology*)².

El *Restatement (Third) of Torts: Products Liability (Section 2, Comment d)* da buena nota de la ambigüedad de la expresión «State of Art», que puede significar que el producto se acomoda a los usos de la industria, que refleja la tecnología más segura y adelantada desarrollada y utilizada comercialmente, o que incorpora la tecnología que aplica los conocimientos científicos punteros³.

Esta dualidad de sentidos tiene una explicación histórica, tal y como se señala en los epígrafes siguientes.

2. LA TRAGEDIA DE LA TALIDOMIDA EN ALEMANIA Y OTROS PAÍSES Y SU EVITACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La regulación de los riesgos de desarrollo en el derecho europeo y, en particular, su complejidad traen causa del escándalo de la «talidomida» (*thalidomide*), uno de los desastres biofarmacéuticos más trágicos de la segunda posguerra mundial⁴.

En 1954, Chemie Grünenthal, un laboratorio farmacéutico alemán, identificó una molécula (alfa-ftalimidoglutarimida; fórmula

² «[A] defendant's product design conforms to the state of the art at the time of distribution if it includes all safety features available at that time that have proven themselves in the marketplace to be cost effective [or, in] other jurisdictions, [...] all safety features that were available by the imaginative use of cutting-edge technology» (HENDERSON, James A./D. TWERSKI, Aaron, *Products Liability. Problems and Process*, 5.^a ed., Aspen Publishers, New York, 2004, p. 188). Parecidamente, OWEN, David, *Products Liability Law*, Thomson-West, St. Paul (Min), 2005, pp. 678-679: «“State of the art” means quite different things to different persons. To some manufacturers and some courts, the phrase refers to customary practice in the industry. To many plaintiffs' counsel and some courts, it means the ultimate in existing technology. [...] Most statutes and judicial decisions define the state of the art idea more moderately along a middle ground: [...] the best technology reasonably available at the time».

³ «The term “state of the art” has been variously defined to mean that the product design conforms to industry custom, that it reflects the safest and most advanced technology developed and in commercial use, or that it reflects technology at the cutting edge of scientific knowledge».

⁴ Para lo que sigue, véase STEPHENS, Trent/BRYNNER, Rock, *Dark Remedy. The Impact of Thalidomide and Its Revival as a Vital Medicine*, Perseus, Cambridge, Massachusetts, 2001.

química: $C_{13}H_{10}N_2O_4$), con propiedades tranquilizantes y antiinflamatorias. La compañía no llevó a cabo análisis bioquímicos ni ensayos clínicos que le permitieran disponer de una explicación científica –bioquímica– de la eficacia de la talidomida, ni de las diferencias de efectos que se habían observado en animales y seres humanos; pese a ello, una vez patentado el descubrimiento, Grünenthal comenzó a distribuir muestras gratuitas entre la clase médica y, en 1957, lo comercializó como medicamento sin receta («Contergan», en Alemania⁵) específicamente indicado para combatir las náuseas durante el embarazo y lo licenció a otros laboratorios.

La talidomida era, en realidad, un teratógeno que causaba embriopatías graves en el feto al inicio de su desarrollo en el vientre de su madre que había consumido el medicamento. Aunque algunos casos tempranos de focomelia ya se manifestaron en 1956, las primeras voces de alarma provinieron de la clase médica. Así, el Dr. William McBride, un ginecólogo australiano, remitió una carta a la revista británica *The Lancet*, publicada en diciembre de 1961⁶, en la cual advertía sobre las malformaciones congénitas observadas en niños nacidos de madres tratadas con talidomida⁷.

Entre 1956 y 1962 nacieron en Alemania –República Federal⁸–, en casi todos los demás países de Europa Occidental –España incluida– y en bastantes otros del resto del mundo más de diez mil niños con malformaciones graves, incluyendo la focomelia (o ausencia de los segmentos medio y extremial de las extremidades). La mayoría sobrevivió y muchas víctimas han salido adelante en su vida personal y profesional de forma ejemplar.

Los EEUU se libraron de la tragedia gracias al celo profesional de la Dra. Frances Oldham Kelsey, funcionaria de la agencia norteamericana del medicamento (*Food and Drug Administration, FDA*), quien rechazó hasta seis solicitudes de comercialización de la talidomida presentadas por el laboratorio Richardson-Merrell, filial de Vick Chemical Co.⁹, por falta de una explicación científica

⁵ La talidomida se comercializó en medio centenar de Estados con nombres distintos, incluso en un mismo país: «Distaval», entre otras denominaciones, en el Reino Unido; «Softenon», en Austria; «Kevadon», en Canadá; «Entero-Sediv-Supen», «Gluto-Naftil», «Noctosediv», «Varial», «Imidán» y Softenón», en España, etc. Véanse www.thalidomide.ca/en/information/faces.html, así como www.avite.org, página de la Asociación de las Víctimas de la Talidomida en España y Otras Inhabilidades, AVITE (fecha de la consulta: 19 de noviembre de 2007).

⁶ MCBRIDE, William, «Thalidomide and congenital abnormalities [letter]», *The Lancet* 1961; 2: 1358.

⁷ Parecidamente, el Dr. Videkund Lenz, un genetista alemán. Véase STEPHENS/BREYER, *Dark Remedy*, cit., pp. 30-33.

⁸ En la entonces República Democrática de Alemania, la talidomida no fue nunca autorizada como medicamento.

⁹ Richardson-Vicks, desde 1970, adquirida por Procter and Gamble en 1985.

camente razonable de sus propiedades bioquímicas y de sus efectos en el cuerpo humano.

La catástrofe de la talidomida dejó una profunda huella en la memoria cultural europea, particularmente en Alemania, donde nacieron 4.000 niños gravemente afectados y, aunque los poderes establecidos hicieron lo posible por borrar todo rastro¹⁰, la convulsión causada llevó a modificaciones radicales en el derecho del medicamento, tanto en Europa Occidental como en los Estados Unidos de América.

3. REACCIÓN LEGAL ALEMANA A LA TALIDOMIDA: LA ARZNEIMITTELGESETZ DE 1976 Y LA REGULACIÓN DE LOS RIESGOS DE DESARROLLO

En Alemania, la Ley del Medicamento de 1976 (*Arzneimittelgesetz-AMG*)¹¹ excluyó limitadamente la posibilidad de que un laboratorio farmacéutico pudiera oponer la excepción de riesgos de desarrollo ante un defecto de producto:

«§ 84. Responsabilidad por riesgo.

(1) Los laboratorios farmacéuticos que fabrican o comercializan un medicamento sujeto al procedimiento general de autorización previsto en la ley y cuyo uso causa la muerte, daños corporales o a la salud de una persona responden por ello si:

¹⁰ En Alemania, los procesos penales iniciados en 1968 contra nueve responsables de Chemie Grünenthal finalizaron en 1970 sin condenas de los encausados y con una transacción entre el gobierno federal y el laboratorio, por una parte, y representantes de 2.866 niños afectados. Mas tanto en este país como en Gran Bretaña, la cultura judicial de la época silenció a los medios de información prohibiéndoles publicar sobre la talidomida y sus efectos. Así, tan pronto como los primeros afectados británicos demandaron a Distillers Company (Biochemicals) Ltd., licenciataria de la talidomida, el tribunal que conocía del caso dictó una resolución (*gag order*, literalmente, mordaza legal) por la cual se prohibía a la prensa mencionar la talidomida. Pese a ello, el diario *Sunday Times* publicó, en su edición de 24 de septiembre de 1972, un reportaje sobre el caso con una dura opinión sobre la transacción que lo había zanjado (*Our Thalidomide Children: A National Shame*). Aunque este artículo y otro posterior forzarían una revisión al alza del acuerdo transaccional, el diario fue de nuevo objeto de una acción de cesación y no pudo continuar informando sobre la cuestión hasta que, ante la alta probabilidad de que la prohibición fuera alzada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Cámara de los Lores deshizo el camino andado a finales de 1975, se allanaron otros obstáculos legales y el tercer artículo fue, finalmente, publicado el 31 de julio de 1977. En él, se dejaba en claro que la misma estructura molecular de la talidomida debería haber permitido sospechar de sus efectos teratogénicos. Véanse la STEDH de 26 de abril de 1979, Asunto *The Sunday Times c. Reino Unido* y, en la literatura secundaria, ROSEN, Murray, *The Sunday Times Thalidomide Case: Contempt of Court and the freedom of the Press*, Writers' & Scholars' Educ. Trust, Londres, 1979.

¹¹ *Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln*, de 24 de agosto de 1976 [BGBl. I S. 2445 –modificada por última vez el 20 de junio de 2007– (BGBl. I S. 1574)]. La ley entró en vigor el 1 de enero de 1978.

- i) el consumo del medicamento conforme a las instrucciones para su uso produce efectos perjudiciales que van más allá de lo que, según los conocimientos de la ciencia médica, resulta tolerable y que se originan en el ámbito de su desarrollo o fabricación, o
- ii) el daño se ha producido como consecuencia de un saber, una información especializada o de una instrucción para el uso que no se corresponde con los conocimientos de la ciencia médica»¹².

La inoponibilidad de la excepción se limitaba sólo a algunos de los medicamentos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley y al resarcimiento de determinados daños –daños corporales o a la salud significativos– y, además, la AMG sujetaba la responsabilidad de los laboratorios farmacéuticos a un límite indemnizatorio máximo¹³.

¹² «§ 84 Gefährdungshaftung: (1) Wird infolge der Anwendung eines zum Gebrauch bei Menschen bestimmten Arzneimittels, das im Geltungsbereich dieses Gesetzes an den Verbraucher abgegeben wurde und der Pflicht zur Zulassung unterliegt oder durch Rechtsverordnung von der Zulassung befreit worden ist, ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen nicht unerheblich verletzt, so ist der pharmazeutische Unternehmer, der das Arzneimittel im Geltungsbereich dieses Gesetzes in den Verkehr gebracht hat, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht besteht nur, wenn 1. das Arzneimittel bei bestimmungsgemäßem Gebrauch schädliche Wirkungen hat, die über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen und ihre Ursache im Bereich der Entwicklung oder Herstellung haben oder 2. der Schaden infolge einer nicht den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft entsprechenden Kennzeichnung, Fachinformation oder Gebrauchsinformation eingetreten ist» (artículo modificado por la Segunda Ley de Modificación del Derecho de Daños, de 19 de julio de 2002 [Zweites Gesetz zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften (BGBl. I S. 2674)]).

¹³ En la actualidad, la responsabilidad por riesgos de desarrollo derivada del § 84.1 AMG, aplicable en virtud de la remisión del § 15.1 de la *Produkthaftung Gesetz*, no alcanza a todos los medicamentos cubiertos por la ley (§ 2 AMG). Así pues, la excepción será aplicable sólo a aquellos medicamentos que se destinen al consumo humano, que estén sujetos al deber de obtener una autorización (§ 21.1 AMG) o estén exentes del mismo por disposición reglamentaria (§ 36 AMG) y sean suministrados al consumidor en el ámbito de aplicación territorial de la Ley (KULLMANN, cit., p. 196, *MünchKomm*, §15, Rn 4-8; *Staudinger*, §15, Rn 1-7). Los restantes medicamentos sí quedan sometidos a las disposiciones de la *ProdHaftG* y, por lo tanto, los laboratorios farmacéuticos demandados podrán recurrir a la excepción de riesgos de desarrollo. La responsabilidad prevista en el § 84.1 AMG se sujeta a unas condiciones distintas a las previstas para el resto de productos por la Ley de responsabilidad del fabricante, y no sólo la excepción es inoponible sino que, además, existen otras diferencias: (i) El montante máximo indemnizatorio es distinto: el § 88.1.1 de la ley del medicamento establece un límite máximo de 600.000 euros o una renta periódica máxima anual de 36.000 euros por daños causados a una persona, limitación individual que la ley de productos no contempla; respecto a daños en serie causados a varios perjudicados el § 88.1.2 de la ley del medicamento establece un máximo de 120.000.000 euros o 7.200.000 euros en rentas periódicas anuales frente a los 85.000.000 euros del § 10 de la ley de responsabilidad por productos; (ii) Es también distinto el tipo de daños objeto de protección (sólo daños físicos o a la salud en la ley del medicamento –§ 84.1– e inclusión de los daños a cosas de uso o consumo privado distintas del propio producto en la ley de responsabilidad por productos –§ 1.1–); (iii) Por último, el plazo de extinción de la responsabilidad es distinto (diez años, según el § 13.1 ley de responsabilidad por productos e inexistente en la ley del medicamento). Sobre ello, véase RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, *Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

4. PROYECTOS EUROPEOS DE DIRECTIVA DE RESPONSABILIDAD DE PRODUCTO, DEBATE SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS RIESGOS DE DESARROLLO Y SOLUCIÓN DE COMPROMISO DE LA DIRECTIVA 85/374/CEE

También en 1976, el primer Proyecto de Directiva, de 9 de septiembre, presentado por la Comisión, propuso responsabilizar al fabricante de un producto defectuoso aunque el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de la comercialización del producto no permitiera dar razón del defecto¹⁴. Sin embargo, en 1979, el Parlamento Europeo propuso introducir una excepción a la regla general anterior, en cuya virtud el fabricante no respondía por los daños causados por un producto «si aportaba pruebas de que el bien no podía considerarse defectuoso en función del estado de desarrollo científico y de la tecnología en el momento de su puesta en circulación»¹⁵. Tal propuesta generó posiciones enfrentadas entre algunos estados miembros de la entonces Comunidad Económica Europea, que la aceptaban, y otros, que se oponían a ella¹⁶. La nueva propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea en 1979 prescindía de la excepción y recuperaba el texto original de 1976¹⁷.

Los estados miembros no concordaron una única solución, por lo cual 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 defectuosos¹⁸ adoptó un abanico de posibles soluciones normativas y una pauta procesal para sus modificaciones futuras:

¹⁴ JOCE, n.º C 241, 14 de octubre de 1976, p. 9, artículo 1.2: «El fabricante es, igualmente, responsable, aunque la cosa no haya podido ser considerada defectuosa en atención al desarrollo científico y tecnológico existente en el momento en que se puso en circulación» («*Le fabricant est également responsable, même si la chose en fonction du développement scientifique et technologique prévalant au moment ou il l'a mise en circulation n'a pu être considérée comme defectueuse*»).

¹⁵ JOCE, n.º C 127, 21 de mayo de 1979, p. 61, artículo 1.2: «*Le fabricant n'est pas responsable s'il apporte la preuve que la chose ne peut être considérée comme defectueuse en fonction du l'état de développement scientifique et de la technologie prévalant au moment de sa mise en circulation*».

¹⁶ Se opusieron Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Irlanda y Luxemburgo; y aceptaron la inclusión de la excepción Holanda, Italia y el Reino Unido. Recoge la discusión, con detalle, SOLÉ FELIU, Josep, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, València, Tirant lo Blanch, 1997, p. 474.

¹⁷ JOCE, n.º C 271, de 26 de octubre de 1979, p. 3.

¹⁸ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio, 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 (DOCE n.º L 210, de 7 de agosto de 1985).

Artículo 7.e):

«En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba:

e) [...] que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto.»

Artículo 15.1.b):

«Cada Estado miembro podrá:

b) No obstante lo previsto en la letra e) del artículo 7, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definido en el apartado 2 del presente artículo, disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto.»

5. REACCIÓN NORTEAMERICANA Y MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA FDA

La reacción fue muy distinta en los Estados Unidos, país en el cual, y como ya ha quedado indicado, la talidomida nunca llegó a ser aprobada por la FDA: el Congreso¹⁹ reformó la ley –la entonces *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act* de 1938– y la denominada *Estes Kefauver Harris Amendment* (21 U.S.C. § 360e) fue aprobada y sancionada en 1962. La nueva norma requería pruebas más exhaustivas acerca de la seguridad y efectividad de un medicamento, la obligación de notificar cualesquiera efectos adversos y la exigencia de prestación de consentimiento informado en todo ensayo clínico. Sin embargo, como el país se había librado mayormente de la catástrofe, la cuestión de la regulación de los riesgos de desarrollo no se planteó y ha quedado sujeta a la evolución del *Common Law*, es decir, del derecho judicial de daños, de base estatal, no federal²⁰. De ahí, la diversidad de sentidos normativos, antes reseñada, que la expresión «State of Art» conserva en la cultura judicial norteamericana.

La mayoría de tribunales norteamericanos aceptan la *State of the Art Defense* en la litigación sobre productos defectuosos. La excepción, además, ha sido reconocida por la legislación especial sobre responsabilidad de producto en, al menos, dieciséis estados –Arizona,

¹⁹ A iniciativa del entonces Senador por Tennessee Estes Kefauver (1903-1963).

²⁰ G. OWEN, David, cit., p. 4.

Colorado, Florida, Idaho, Indiana, Kansas, Kentucky, Iowa, Louisiana, Michigan, Mississippi, Missouri, Nebraska, New Hampshire, Tennessee y Washington²¹-. Sin embargo, en algunos estados, los menos –Illinois, Montana y Pennsylvania²²–, los tribunales consideran totalmente incompatible la excepción con un régimen de responsabilidad objetiva²³. Los tribunales que acogen la excepción utilizan terminologías y conceptos diferentes de *State of the Art*²⁴.

6. **LEGISLACIÓN SOBRE RIESGOS DE DESARROLLO EN LUXEMBURGO, FINLANDIA Y FRANCIA. SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA DE 25 DE ABRIL DE 2002 (COMISIÓN C. REPÚBLICA FRANCESA)**

En Europa, Luxemburgo²⁵ y Finlandia²⁶ se acogieron a la posibilidad que ofrecía el artículo 15.1.b) de la Directiva 85/374/CEE y rechazaron acoger la excepción de riesgos de desarrollo.

Francia reguló la cuestión en 1998 mediante la *Loi no. 98-389 du 19 mai*²⁷, que trasponía la Directiva al derecho francés. Si la regulación de los riesgos del desarrollo en la ley alemana de 1976 era, en gran medida, la respuesta legal a la tragedia de la talidomida, la ley francesa de 1998 daba medida de la reacción legal ante otra catástrofe masiva, la crisis de los hemoderivados infectados del virus de la inmunodeficiencia humana adquirida durante la década de los años ochenta²⁸.

²¹ G. OWEN, David, cit., pp. 701-702.

²² HENDERSON/TWERSKI, cit., p. 195.

²³ La promulgación del *Restatement (Third)*, que se aproxima al estándar de la negligencia para definir los defectos de diseño y en las advertencias, no ha confinado estos pronunciamientos: en los últimos años, han aumentado –aunque todavía son minoritarios– los tribunales que en sus sentencias abogan por un sistema puro de *Strict Liability* y dejan sin eficacia las excepciones por riesgos de desarrollo. Sobre ello, WERTHEIMER, Ellen, *The Biter Bit: Unknowable Dangers, The Third Restatement, and the Reinstatement of Liability Without Fault*, Vilanova University School of Law Working Paper Series 17/2005 (<http://law.bepress.com/villanovawps/papers/art27>).

²⁴ HENDERSON/TWERSKI, cit., p. 195.

²⁵ *Loi de 21 de abril de 1989 relative à la responsabilité civile du fait des produits défectueux* (Mém. 1989, 522), modificada por L 6 de diciembre de 1989 (Mém. 1989, 1632).

²⁶ Ley núm. 698, de 17 de agosto de 1990 (*Tuotevastuulaki*), modificada por Ley de 8 de enero de 1993/99, 22 de octubre de 1993/879 y 27 de noviembre de 1998/880.

²⁷ *Loi no. 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux* (JO, no. 117, du 21 mai 1998).

²⁸ La nefasta gestión del *Centre National de Transfusion Sanguine* (CNTS) –desdénadora del estado de los conocimientos científicos acerca de los riesgos de contagios transfusionales, así como de las peticiones de asociaciones de hemofílicos, y proteccionista de la industria farmacéutica gala– fue fiscalizada por sendos procedimientos penales contra los responsables de aquél y altos cargos del Gobierno, entre ellos el entonces Primer Ministro Laurent Fabius (respectivamente, Sentencia de la *Cour de Cassation*, de 22 de junio de 1994, y Sentencia del Tribunal de Justicia de la República de 9 de marzo de 1999) y, en

Entre otros aspectos, la ley de transposición añadía los nuevos artículos 1386-11.4 y 1386-12 al viejo *Code Civil*. El primero de ellos acogió la posibilidad de oponer la excepción de riesgos de desarrollo²⁹, mas el siguiente apartado 12 limitó su alcance y, en su virtud, el fabricante no podría invocar la excepción si el daño había sido causado por un elemento del cuerpo humano o por los productos elaborados a partir del mismo, ni tampoco si el defecto se había manifestado durante los diez años siguientes a su puesta en circulación y no se habían adoptado medidas adecuadas para prevenir las consecuencias perjudiciales³⁰.

La Comisión Europea consideró que la ley de transposición era contraria a la Directiva por tres motivos, de los cuales, y a efectos de este trabajo, interesa el último: según la Comisión, el artículo 1386-12 del *Code* exigía que el productor demostrara haber adoptado las medidas necesarias para prevenir las consecuencias de un producto defectuoso a fin de poderse acoger a las causas de exención previstas en el artículo 7 de la Directiva, letras d y e, cuando dicho artículo 7 no exige tal prueba.

El TJCE, en sentencia de 25 de abril de 2002 (Asunto C-52/00, *Comisión c. República Francesa*; Ponente: Peter Jann)³¹, resolvió que el Estado francés había incorporado incorrectamente la Directiva en todos los extremos denunciados por la Comisión. «El margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para regular la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos» –dijo el Tribunal– «se fija exclusivamente en la propia Directiva» (§16). «[L]a Directiva no contiene ninguna disposición que autorice expresamente a los Estados miembros a adoptar o a mantener, en las materias que regula, disposiciones más estrictas para garantizar a los consumidores un grado de protección más elevado» (§18).

relación a la responsabilidad patrimonial del Estado, por tres dictámenes del Consejo de Estado de 9 de abril de 1993. Véase al respecto, SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y la Hepatitis*, Civitas, Madrid, 2002, en especial, pp. 43-47.

²⁹ La ley de transposición introdujo un nuevo artículo 1386-11 en el *Code*, cuyo tenor es el siguiente: *Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve: 4. Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut* («El fabricante es responsable de pleno derecho a menos que pruebe: 4. Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en el que puso el producto en circulación no permitían descubrir la existencia del defecto»).

³⁰ *Le producteur ne peut invoquer les causes d'exonération prévues aux 4 et 5 de l'article 1386-11 si, en présence d'un défaut qui s'est révélé dans un délai de dix ans après la mise en circulation du produit, il n'a pas pris les dispositions propres à en prévenir les conséquences dommageables* (art. 1386-12, *in fine*, CC).

³¹ Sentencia comentada por SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, «Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 25 de abril de 2002 sobre la Directiva 85/374, de productos defectuosos: una directiva imperativa, no de mínimos», *InDret* 3/2002.

La *Loi no. 2004-1343 du 9 décembre 2004*³² modificó éste y otros aspectos señalados por el TJCE. Tras la reforma el artículo 1386-12 CC excluye la excepción de riesgos de desarrollo para daños causados por un elemento del cuerpo humano o por los productos elaborados a partir del mismo³³.

7. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE RIESGOS DE DESARROLLO

7.1 Regla general de exclusión de responsabilidad civil del fabricante por riesgos de desarrollo y sus salvedades: artículo 140.1.e) y 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007

El legislador español transpuso la Directiva 85/374/CEE en el ordenamiento interno mediante la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (*BOE* núm. 161, de 7 de julio de 1994)³⁴.

El gobierno, habilitado por la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los

³² JO du 10 décembre 2004.

³³ «*Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4.º de l'article 1386-11 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci*».

³⁴ En España, el Proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por los daños causados por los productos defectuosos presentado por el Gobierno al Congreso de los Diputados en 1993 (*BOCG*, V Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 20 de diciembre de 1993, núm. 40-1, art. 6.1) ya incluía la regla finalmente aprobada sobre exclusión de responsabilidad por riesgos de desarrollo. En la tramitación del proyecto de ley, varios grupos parlamentarios presentaron varias y contrapuestas enmiendas a su texto (*BOCG*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 40-3, 22 de febrero de 1994): la enmienda núm. 7 (Coalición Canaria) proponía suprimir la excepción de riesgos de desarrollo del artículo 6.1.e) para «otorgar a nuestra Ley el máximo carácter progresista de los admitidos como posibles por la propia Directiva»; la núm. 53 (Grupo Popular), de estilo, proponía modificar «no permitía» por «no hubiese permitido» en el artículo 6.1.e); la enmienda núm. 54 (Grupo Popular), proponía la supresión del artículo 6.3 al que imputaba crear «un grave problema de indefensión» y «un absurdo jurídico». Parecidamente, en la anterior Legislatura, véase *BOCG*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, Proyectos de ley, núm 132-3, de 31 de marzo de 1993. También una enmienda presentada por Coalición Canaria proponía suprimir el artículo 6.3 del entonces Proyecto de Ley (enmienda núm. 29). El Grupo Parlamentario Vasco, por el contrario, proponía atenuar los efectos del tercer párrafo del artículo 6 (enmienda núm. 41): «En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables de acuerdo con esta Ley deben aprobar el carácter insuperable de la causa de exoneración de la actual enmienda del epígrafe de este artículo». (*BOGC*, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 22 de febrero de 1994, núm. 40-3). En la anterior legislatura, también el Grupo Centro Democrático y Social había planteado su supresión (enmienda núm. 52, pues «el mantenimiento del mismo equivaldría a introducir un agravio comparativo con otros países de nuestro entorno» (*BOCG*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 132-3, de 31 de marzo de 1993).

consumidores y usuarios³⁵, ha refundido en un único texto legal diferentes leyes en materia de protección de consumidores y, entre ellas, la Ley 22/1994. En efecto, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (*BOE* núm. 287, de 30 de noviembre de 2007) deroga la Ley 22/1994, cuyo texto queda incorporado en el Libro Tercero.

El artículo 140 del Real Decreto Legislativo 1/2007 –sin cambios de nota en relación con su precedente artículo 6 de la Ley 22/1994– rige ahora la responsabilidad del fabricante por riesgos de desarrollo:

«1. El productor no será responsable si prueba:

[...]

e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.

[...]

3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e).»

7.2 Regla general del derecho público español sobre exclusión de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por riesgos de desarrollo: artículo 141.1 de la Ley 30/1992

Además de las anteriores, otras disposiciones regulan la materia objeto de este trabajo. La más señalada es el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*BOE* núm. 285 de 27 de noviembre de 1992), tras su modificación por la Ley 4/1999³⁶:

«Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.»

³⁵ *BOE* núm. 312, de 30 de diciembre de 2006.

³⁶ Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*BOE* núm. 12, de 14 de enero de 1999).

El artículo citado recogió –y reforzó– la jurisprudencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo sobre oponibilidad de la excepción, jurisprudencia dictada en sendas constelaciones de casos sobre ausencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por contagio transfusional de los virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y hepatitis C (VHC)³⁷.

La Sala 3.^a del Tribunal Supremo venía absolviendo a la Administración por contagios de hepatitis C producidos antes de que la detección del virus fuera posible. El VHC había sido identificado entre finales de 1988 y principios de 1989, aunque desde 1975 se conocía que la sangre era un vehículo de transmisión de una hepatitis conocida entonces como no A no B. En mayo de 1990, se licenció el primer test de detección. A partir de la STS 3.^a, 25 de noviembre de 2000 (Ar. 550; MP: Jesús Ernesto Peces Morate), que recoge la doctrina sobre fuerza mayor en contagios transfusionales dictada por la Sala 4.^a, el Tribunal establece como fecha de referencia para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial hacia julio de 1989 y, en consecuencia, absuelve a la Administración de responsabilidad patrimonial *ex* artículo 141.1 Ley 30/1992, si el contagio se produjo con anterioridad a esta fecha³⁸.

³⁷ Sobre ello, SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas...*, *op. cit.*; «Hepatitis C», *InDret* 1/2000. Para la jurisprudencia posterior, véanse las notas siguientes.

³⁸ Durante el período 2002-2007, el Tribunal Supremo ha resuelto condenar a la administración sanitaria por contagios de VHC ocurridos con posterioridad a julio de 1989: SSTS, 3.^a, 9.1.2003 (Ar. 1977; MP: José Manuel Sieira Míguez); 22.4.2003 (Ar. 3513; MP: Francisco González Navarro); 16.7.2004 (Ar. 5538; MP: Santiago Martínez-Vares García); 7.3.2006 (Ar. 1080; MP: Octavio Juan Herrero Pina); 10.5.2006 (Ar. 3271; MP: Agustín Puente Prieto); 24.7.2006 (Ar. 5163; MP: Enrique Lecumberri Martí); 25.4.2007 (Ar. 3532; MP: Agustín Puente Prieto); y 13.7.2007 (JUR 2007\240578; MP: Margarita Robles Fernández).

El resto de sentencias, las más, absuelven a la Administración atendiendo a que el estado de desarrollo de los conocimientos científicos y técnicos no permitía detectar la sangre contaminada – SSTS, 3.^a, de 26.2.2002 (Ar. 1718; MP: Pedro A. Mateos García); 2.4.2002 (Ar. 5072; MP: Francisco González Navarro); 23.9.2002 (Ar. 8671; MP: Enrique Lecumberri Martí); 7.10.2002 (Ar. 8733; MP: Enrique Lecumberri Martí); 10.10.2002 (Ar. 9805; MP: José Manuel Sieira Míguez); 21.10.2002 (Ar. 1113; MP: Jesús Ernesto Peces Morate); 27.1.2003 (Ar. 971; MP: Francisco González Navarro); 6.3.2003 (Ar. 2785; MP: José Manuel Sieira Míguez); 24.3.2003 (Ar. 3655; MP: Francisco González Navarro); 8.5.2003 (Ar. 4723; MP: José Manuel Sieira Míguez); 23.5.2003 (Ar. 6605; MP: Enrique Lecumberri Martín); 29.5.2003 (Ar. 6797; MP: Agustín Puente Prieto); 15.4.2004 (Ar. 2630; MP: Agustín Puente Prieto); 26.4.2004 (Ar. 2463; MP: Francisco González Navarro); 11.5.2004 (Ar. 4053; MP: Francisco González Navarro); 31.5.2004 (Ar. 3895; MP: Francisco González Navarro); 7.6.2004 (Ar. 5848; MP: Francisco González Navarro); 23.9.2004 (Ar. 6386; MP: José Manuel Sieira Míguez); 4.10.2004 (Ar. 6537; MP: Francisco González Navarro); 8.11.2004 (Ar. 7714; MP: Francisco González Navarro); 1.12.2004 (Ar. 465; MP: Agustín Puente Prieto); 13.12.2004 (Ar. 8204; MP: Francisco González Navarro); 12.1.2005 (Ar. 621; MP: Agustín Puente Prieto); 25.1.2005 (Ar. 728; MP: Enrique Lecumberri Martí); 14.2.2005 (Ar. 4103; MP: Francisco González Navarro); 29.6.2005 (Ar. 5198; MP: Agustín Puente Prieto); 12.7.2005 (Ar. 9598; MP: Enrique Lecumberri Martí); 19.7.2005 (Ar. 5125; MP: Santiago Martínez-Vares García); 24.1.2006 (Ar. 733; MP: Octavio Juan Herrero Pina); 25.1.2006 (Ar. 1145; MP: Agustín Puente Prieto); 10.5.2006 (Ar. 3959; MP: Agustín Puente Prieto); 10.5.2006 (Ar. 3963; MP: Agustín Puente Prieto);

Por su parte, en cuanto al contagio del VIH, desde principios de los ochenta se conocía la transmisión por la sangre del virus, pero no se dispuso de un test de detección hasta 1985. Ésta es la fecha comúnmente utilizada por los tribunales para hacer responder a la Administración³⁹.

El nuevo artículo 141.1 de la Ley 30/1992 fragmentó la unidad del derecho de la responsabilidad por producto, que se hacía depender, ahora, del estatuto público o privado del fabricante y, como tal, potencial responsable. Las diferencias no eran pocas: las administraciones públicas y sus dependientes no respondían en ningún caso por riesgos de desarrollo en contraposición a los supuestos de exclusión del artículo 6.3 de la Ley 22/1994 –ahora art. 140.3 del Real Decreto-Legislativo 1/2007–, el momento relevante para valorar el estado de los conocimientos científicos y técnicos se retrasa al momento de producción del daño frente a la de puesta en circulación del producto y, en su caso, la acción para reclamar responsabilidad patrimonial prescribe al año y no a los tres años (art. 141 Real Decreto-Legislativo 1/2007).

7.3 Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 10 de mayo de 2001 (*Henning Vedfeldt c. Århus Amtskommune*)

Sin embargo, dos años después de que entrara en vigor la Ley 4/1999, la unidad fue restaurada por una importante Sentencia del Tribunal Euro-

10.5.2006 (Ar. 5157; MP: Agustín Puente Prieto); 17.5.2006 (Ar. 3811; MP: Agustín Puente Prieto); 17.5.2006 (Ar. 3817; MP: Agustín Puente Prieto); 17.5.2006 (Ar. 4574; MP: Agustín Puente Prieto); 17.5.2006 (Ar. 3815; MP: Agustín Puente Prieto); 17.5.2006 (Ar. 5158; MP: Agustín Puente Prieto); 17.5.2006 (Ar. 3813; MP: Agustín Puente Prieto); 22.12.2006 (Ar. 9570; MP: Enrique Lecumberri Martf); 16.1.2007 (Ar. 1222; MP: Octavio Juan Herrero Pina); 18.1.2007 (Ar. 1233; MP: Margarita Robles Fernández); 27.3.2007 (Ar. 2891; MP: Margarita Robles Fernández); 18.4.2007 (Ar. 4263; MP: Agustín Puente Prieto); 23.5.2007 (Ar. 3808; MP: Agustín Puente Prieto); 13.7.2007 (JUR 2007\226290; MP: Margarita Robles Fernández)– o bien por falta de acreditación de la relación causal entre la actividad sanitaria y el contagio –SSTS, 3ª, 18.4.2005 (Ar. 5732; MP: Francisco González Navarro); 16.11.2005 (Ar. 9875; MP: Agustín Puente Prieto); 27.4.2006 (Ar. 4593; MP: Octavio Juan Herrero Pina); 17.5.2006 (Ar. 5159; MP: Agustín Puente Prieto); 17.5.2006 (Ar. 3812; MP: Agustín Puente Prieto); 17.7.2006 (Ar. 5164; MP: Margarita Robles Fernández); 14.3.2007 (Ar. 2289; MP: Octavio Juan Herrero Pina); 20.4.2007 (Ar. 4294; MP: Margarita Robles Fernández)–.

³⁹ Durante el lustro 2002-2007, el Tribunal Supremo ha condenado al menos en dos ocasiones a una administración sanitaria por contagios del VIH, que tuvieron lugar con posterioridad a la posibilidad de detección del virus [respectivamente, SSTS, 3ª, de 20.6.2003 (Ar. 6633; MP: Enrique Lecumberri Martf) y 4.5.2007 (JUR 2007\135914; MP: Agustín Puente Prieto)]. El resto de sentencias absuelven a la Administración atendiendo a que el estado de desarrollo de los conocimientos científicos y técnicos no permitía detectar la sangre contaminada (SSTS, 3ª, 25.1.2003 (Ar. 941; MP: Jesús Ernesto Peces Morate); 9.7.2003 (Ar. 5948; MP: Rodolfo Soto Vázquez); 31.5.2004 (Ar. 3895; MP: Francisco González Navarro); 15.11.2005 (Ar. 9510; MP: Margarita Robles Fernández); 10.5.2006 (Ar. 5157; MP: Agustín Puente Prieto); 13.6.2006 (Ar. 3469; MP: Octavio Juan Herrero Pina)].

peo de Justicia de 10 de mayo de 2001 (asunto C-203/99, *Henning Veddfald c. Århus Amtskommune*), que puso de manifiesto el absurdo práctico de una regulación de responsabilidad civil del fabricante, como la española, que trataría de modo diferente al fabricante mismo, según su estatuto fuera de derecho privado o de derecho público:

El riñón que se iba a transplantar al Sr. Veddfald quedó inservible tras ser tratado con una solución fabricada por la farmacia de un hospital público de Århus (Dinamarca). El Sr. Veddfald reclamó contra la Amtskommune (Administración provincial de Århus), propietaria y gestora del hospital, de titularidad y financiación públicas, y alegó las disposiciones de la ley n. 371 *om produktansvar*, de 7 de junio de 1989, que había transpuesto la Directiva al derecho danés. La reclamación fue desestimada por considerarse que el producto no había sido puesto en circulación y porque no había sido fabricado con finalidades económicas. El actor recurrió, primero, ante el *Vestre Landsret* y en apelación ante el *Højesteret*, que planteó cinco cuestiones prejudiciales: dos relativas a la puesta en circulación del producto y las causas de exoneración previstas en el artículo 7 de la Directiva, letras a y c, y tres relacionadas con el concepto de daño previsto en el artículo 9 de la Directiva. Respecto a la excepción de no puesta en circulación del producto [art. 7.a)], el Tribunal interpretó que un producto se encuentra en circulación cuando es utilizado en el marco de una prestación médica concreta; respecto a la excepción de falta de actividad con fines económicos o de actividad profesional [art. 7.c)], consideró que no cubre a las prestaciones médicas financiadas con fondos públicos y por las que el paciente no debe pagar contraprestación alguna.

En relación con las cuestiones relativas al concepto y alcance del daño, el Tribunal estableció que los Estados miembros no pueden limitar los tipos de daño a indemnizar previstos en el artículo 9 de la Directiva y que corresponde al juez nacional decidir en qué categoría –daño corporal o daño material– se encuentra la destrucción de un órgano que se va a transplantar.

Desde *Veddfald*, queda meridianamente claro que el estatuto o régimen jurídico del fabricante no puede decidir la aplicación de un régimen distinto al previsto por la Directiva y más perjudicial para el consumidor, en este caso, para el paciente: las víctimas podrán reclamar contra la administración pública si ésta o uno de sus dependientes actúa como fabricante de un medicamento defectuoso destinado al consumo humano⁴⁰.

⁴⁰ Véanse, al respecto, PRIETO MOLINERO, Ramiro José, cit., pp. 337 ss., y LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos de desarrollo. Un paso adelante en la definición del sistema», *Derecho y Salud*, vol. 8, núm. 2,

Desde un punto de vista jurídico, la irracionalidad práctica de sujetar idénticas constelaciones de casos a regímenes jurídicos de responsabilidad distintas –como sucedía tradicionalmente en el derecho español, en el que las víctimas de unos mismos accidentes han sido tratadas de forma distintas según el régimen jurídico, público o privado, del causante del accidente, ha sido, también, tradicionalmente puesta en tela de juicio por InDret en numerosos trabajos a los que cabe remitirse aquí⁴¹. Al menos desde 2001, las consideraciones anteriores son compartidas por el Tribunal Europeo de Justicia, circunstancia de la que el operador jurídico podrá tomar buena nota.

7.4 Otras disposiciones específicas sobre riesgos de desarrollo en derecho biosanitario y de la edificación

Además de la desmochada regla general del derecho administrativo español que acabamos de citar, algunas disposiciones específicas recurren al concepto de estado de los conocimientos para caracterizar, con terminología notablemente variada, los estándares de diligencia exigible en actividades relacionadas con, por ejemplo, el derecho biosanitario (avances de la ciencia, de la técnica o –lo que no es igual– los métodos y técnicas generalmente aceptados) o el de la edificación (estado de la técnica).

julio-diciembre 2000. Coinciden sobre el régimen jurídico, VICENTE DOMINGO, Elena/BELLO PAREDES, Santiago A., «La responsabilidad de las administraciones públicas por los riesgos de desarrollo en el ámbito sanitario, a la luz de la última jurisprudencia del TJCE», *Actualidad Civil*, 15, 8 al 14 de abril de 2002, p. 535 ss. Sin embargo, manifiestan (p. 544) que, con la STJCE citada, «[...] se quiebra [...] el principio de unificación del régimen jurídico regulador de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario» cuando la sentencia recuperó la unidad de régimen fragmentada por la Ley 4/1999. Queda pendiente por resolver la cuestión sobre el régimen de la prescripción de la acción.

⁴¹ SALVADOR CODERCH, Pablo/FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, «Causalidad y responsabilidad», *InDret* 1/2006; SALVADOR CODERCH, Pablo/RAMOS GONZÁLEZ, Sonia/LUNA YERGA, Álvaro, «Un ojo de la cara», *InDret* 3/2000 y 4/2000; GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual», *InDret* 2/2001; GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos/LUNA YERGA, Álvaro/RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, «Todos a una. Jurisdicción competente para condenas a la Administración Pública y a su compañía aseguradora», *InDret* 1/2004; GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos/LUQUE PARRA, Manuel/RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, «Accidentes de trabajo y responsabilidad civil», *InDret* 2/2000; LUQUE PARRA, Manuel/RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, «Accidente de trabajo, responsabilidad civil y competencia de jurisdicción», *InDret* 3/2002; SALVADOR CODERCH, Pablo/SEUBA TRORREBLANCA, Joan Carles/LUNA YERGA, Álvaro/RAMOS GONZÁLEZ, Sonia/RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, «Hepatitis y riesgos de desarrollo», *InDret* 1/2000; DURANY PICH, Salvador, «Padres y maestros», *InDret* 1/2000. En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Informe sobre la aplicación judicial de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (2002-2005)*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, septiembre 2005, pp. 150-151.

Así, varios artículos de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (*BOE* núm. 178, de 27.7.2006) se refieren a «los avances en el conocimiento científico» (art. 13), «de la ciencia» (arts. 17.9 y 33.9) o «de la técnica» (arts. 11.2 y 27.2) o a los «métodos y técnicas generalmente aceptados» (art. 64.3)⁴².

Y conforme al artículo 9 del Real Decreto 919/2006, de 28 julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 a 11:

«Se considerará que las instalaciones realizadas de conformidad con las prescripciones del presente Reglamento proporcionan las condiciones mínimas de seguridad que, de acuerdo con el estado de la técnica, son exigibles, a fin de preservar a las personas y los bienes, cuando se utilizan de acuerdo a su destino.»

8. TIPOS DE DEFECTO A LOS QUE PUEDEN AFECTAR LOS RIESGOS DE DESARROLLO

El artículo 140.1.e) del Real Decreto-Legislativo 1/2007 habla «del defecto» sin más, es decir, literalmente los incluye a todos y no limita el tipo de defecto –de fabricación, diseño y en la instrucciones y advertencias– al que puede afectar un riesgo de desarrollo.

⁴² Parecidamente, según el artículo 10.1.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: «El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: [...] Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención». El derecho biosanitario también recurre al estado de los conocimientos científicos para la determinación de pautas que deben seguirse para evaluar y, en su caso, autorizar algunas actividades de riesgo: a) Medicamentos veterinarios [anexo I al Real Decreto 109/1995, de 27 de enero, de Medicamentos Veterinarios (*BOE* núm. 53, de 3 de marzo de 1995) y anexo II al Real Decreto 767/1993, de 21 mayo, de Especialidades Farmacéuticas (*BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1993)]. b) Construcción de laboratorios farmacéuticos (art. 24 del Real Decreto 1564/1992, de 18 de diciembre, de desarrollo y regulación del régimen de autorización de los laboratorios farmacéuticos e importadores de medicamentos y la garantía de calidad en su fabricación industrial (*BOE* núm. 28, de 2 de febrero de 1993)]. c) Instalación de almacenes farmacéuticos y evaluación de las prácticas de distribución de medicamentos (arts. 11 y 19 del Real Decreto 2259/1994, de 25 de noviembre, de regulación de los almacenes farmacéuticos y la distribución al por mayor de medicamentos de uso humano y productos farmacéuticos (*BOE* núm. 12, de 14 de enero de 1995)). d) Productos fitosanitarios [art. 30 Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de Sanidad Vegetal (*BOE* núm. 279, de 21 de noviembre de 2002)]. e) Actividades de liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente [Anexo IV al Reglamento 178/2004, de 30 de enero, general para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, de 25 de abril de 2003, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente (*BOE* núm. 27, de 31 de enero de 2004)].

8.1 Defectos de fabricación

Para muchos procesos productivos, dados unos niveles de conocimiento científico y de desarrollo tecnológico, existen riesgos residuales ineliminables de defectos de fabricación («escapes» o «fugas»; «*Ausreißer*», en alemán): el fabricante conoce de la imposibilidad de eliminar el riesgo de defecto y alcanzar un riesgo cero⁴³ como no sea a costa de salir del mercado⁴⁴.

El Tribunal Supremo alemán, *Bundesgerichtshof*, en una muy citada Sentencia de 9 de mayo de 1995⁴⁵, excluyó la aplicabilidad de la excepción a los defectos de fabricación (*Fabrikationsfehler*) y en las instrucciones y advertencias (*Instruktionsfehler*). En el caso, un niño de nueve años había perdido la visión de su ojo izquierdo al estallarle una botella de agua mineral carbonada. La empresa fabricante demandada había alegado que el estado de la técnica le impedía mejorar su sistema de rellenado de botellas de vidrio retornables de forma que pudiera detectar envases con fracturas microscópicas y, por tanto, con riesgo de explotar. El Tribunal resolvió que la excepción de riesgos de desarrollo sólo cubría a los defectos de diseño (*Konstruktionsfehler*) y, además, que el riesgo de explosión de una botella era conocido pero inevitable (*Ausreißer*). Entonces, estimó el recurso contra la sentencia absolutoria de instancia y condenó a la fabricante a pagar una indemnización de daños y perjuicios.

Tal riesgo residual es de naturaleza abstracta —es decir, el fabricante no puede identificar mediante controles de calidad qué productos concretos se verán afectados—, es de orden de magnitud variable, pues puede afectar a una de cada diez mil unidades producidas, a una de cada millón, o a una de cada diez millones, su distribución de probabilidad es conocida, el producto es más beneficioso que costoso y lo único tecnológicamente imposible es eliminar el riesgo residual y, simultáneamente, continuar en el mercado como productor. Obviamente, la responsabilidad de producto nació precisamente para cubrir estos casos, en los cuales la excepción de riesgos de desarrollo no resulta oponible: el fabricante sabe del riesgo de defecto y lo único que no puede conseguir es identificar qué productos concretos se verán afectados.

⁴³ En el derecho de producto del *Common Law* norteamericano, se utiliza la expresión: *known but undiscoverable risks* para referir estos supuestos.

⁴⁴ KULLMANN, cit., p. 60; *MünchKomm*, §1, Rn 56; *Staudinger*, §1, Rn 118. En España, véase PRIETO MOLINERO, Ramiro José, *El riesgo de desarrollo*, cit, pp. 170 ss., quien se hace eco de la dificultad de reconocer la alegabilidad de la excepción en el caso de los defectos de fabricación, aunque incluye tal posibilidad al menos en los casos de hemoderivados infectados con virus de VIH.

⁴⁵ BGH, Urteil v. 9.5.1995 – VI ZR 158/94 – Mineralwasserflasche (*NJW* 1995, 2162).

Ciertamente, una interpretación extensiva de la regulación de la excepción de los riesgos de desarrollo daría pie a la tesis de su alegabilidad en este caso. En efecto, si se entiende que la expresión «no permitía apreciar la existencia del defecto» del artículo 140.1.e) del Real Decreto-Legislativo significa «no poder descubrir, ni en consecuencia, subsanar el defecto en la concreta unidad afectada», el fabricante podría oponer la excepción, pese a que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de la puesta en circulación permitiera conocer que alguno o algunos de los ejemplares de la serie eran, con toda probabilidad, defectuosos.

Mas si, por el contrario, se opta por una interpretación estricta de las cláusulas de exoneración de los artículos 7.e) de la Directiva y 140.1.e) del Real Decreto-Legislativo, el fabricante no conseguirá eludir su responsabilidad, pues la excepción se aplica a la imposibilidad de conocer el defecto y no al caso en el cual, conocida la existencia del defecto, no resulte posible además detectar su presencia en las unidades específicamente afectadas por aquél⁴⁶. Resulta claramente preferible esta última interpretación: piénsese que el fabricante que supiera cuáles son los productos concretos que resultan defectuosos, pero que, a sabiendas de ello, los comercializara, incurriría en dolo. La excepción de riesgos de desarrollo limita la responsabilidad objetiva del fabricante, pero en ningún caso excusa del dolo, cuya acción es irrenunciable, incluso en el derecho privado general (art. 1102 del Código Civil), como se encarga de recordar, acaso innecesariamente, el propio Real Decreto-Legislativo (art. 146).

A la exclusión, del ámbito de aplicación de la excepción, del dolo directo o eventual, se suma la de la negligencia grave o simple: negligencia se puede definir alternativamente como infracción de deberes de precaución establecidos por ley o reglamento, como infracción del estándar de la persona razonable o como creación o incremento irrazonables de riesgo, en nuestro caso, de riesgo de daños corporales o de daños a cosas distintas al propio producto y derivados de un defecto suyo, por hipótesis, de fabricación. Entonces, por mucho que el producto –inevitablemente defectuoso en tal o cual orden de magnitud– resulte socialmente más beneficioso que costoso, el conocimiento de su riesgo estadístico puede situar al fabricante en el supuesto de hecho de la regla de la negligencia si, en el caso, incumplió deberes exigibles de precaución *ex* artículo 1902 CC, cuya aplicabilidad presupone la legislación aquí comentada

⁴⁶ KULLMANN, cit., p. 61; *MünchKomm*, §1, Rn 56; *Staudinger*, §1, Rn 120.

(porque, por ejemplo, un diseño alternativo y viable habría obviado el defecto de fabricación o porque, al menos, cabía advertir sobre su eventualidad). La excepción de riesgos de desarrollo limita, una vez más, la responsabilidad objetiva, no la derivada de la culpa o negligencia del fabricante.

8.2 Defectos de diseño

Se discute si la excepción es aplicable a los defectos de diseño, pues —se ha escrito— la detección del defecto no dependería de los controles de calidad, más o menos avanzados, que se hubieran llevado a cabo durante el proceso de fabricación. Mas la objeción, así formulada, se ciñe a los defectos de fabricación mismos y, por lo tanto, no a los de diseño. Incide así en una petición de principio.

Si los conocimientos científicos y técnicos permiten conocer el potencial dañino del diseño, pero se ignora cómo idear y proyectar una alternativa más segura, deberá analizarse si el fabricante formuló o debería haber formulado las advertencias oportunas sobre los riesgos ineliminablemente asociados al uso del producto⁴⁷.

8.3 Defectos en las instrucciones y advertencias

En general, la aplicabilidad de la excepción a los defectos de información es pacífica. La razón está bien expresada en el *Comment m*) a la *section 2* del *Restatement (Third) of The Law Torts: Products Liability*: «por definición, no puede advertirse contra riesgos imprevisibles derivados de usos o consumos previsibles de un producto».

Con todo, algunos autores han propuesto hacer responder con fundamento en una falta de consentimiento informado a los fabricantes de ciertos medicamentos si no advirtieron al consumidor acerca de riesgos potenciales, pero no suficientemente sustanciados durante la fase de investigación y desarrollo⁴⁸.

⁴⁷ Como destacan HENDERSON/TWERSKI, cit., p. 186, aunque teóricamente puede presentarse un supuesto de riesgo desconocido en el momento de diseñar un producto, la inmensa mayoría de los casos de defecto de diseño se relacionan con fallos mecánicos, cuyos riesgos son raramente imprevisibles («[T]he overwhelming majority of design defect cases concern mechanical problems whose risks are rarely unforeseeable»). Luego, los supuestos de riesgos realmente desconocidos se resolverán de acuerdo con las líneas de decisión propias de los casos de defectos en las advertencias.

⁴⁸ BERGER, Margaret A. y TWERSKI, Aaron, «Uncertainty and Informed Choice: Unmasking Daubert», 104 *Michigan L. Rev.* 257 (2005). Véase *infra*.

8.4 Prueba

El artículo 140.1 establece una regla de exoneración de la responsabilidad cuyos requisitos deberá alegar y probar el fabricante. Así como la carga de la producción de la prueba de la existencia del defecto se atribuye, por aplicación de las reglas generales (art. 139), al actor, corresponderá al fabricante demandado alegar y probar la excepción de riesgos de desarrollo.

No se trata de probar que el proceso de diseño y fabricación se atuvo al estado de los conocimientos científicos y técnicos, pues si no lo hizo, está claro que el producto es defectuoso sin más: el objeto específico de la prueba en el artículo 140.1.e) es que el estado de la ciencia y de la técnica en el momento de la comercialización del producto no permitía conocer la existencia del defecto. Obviamente, lo anterior es difícil de probar y, por ello, resulta aconsejable preconstituir, en la medida de lo posible, la prueba y conservar los protocolos del proceso de investigación y desarrollo, así como los relativos a los procedimientos de fabricación y controles de calidad.

Ahora bien, a pesar de una respetable opinión en contra, no se trata de una inadmisibile prueba negativa sino que su objeto es el estado de los conocimientos y la definición de sus límites en un determinado momento histórico; se trata, en suma, de saber hasta dónde alcanzaban unos y otros en el momento de la comercialización del producto.

9. APLICACIÓN DE UN CRITERIO OBJETIVO PARA DETERMINAR EL ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS: EXISTENCIA Y DISPONIBILIDAD

La referencia legal al «estado de los conocimientos» supone que el defecto no es cognoscible, pero no simplemente que el fabricante del producto que resultó defectuoso no podía conocerlo. Así, el criterio es objetivo y, consecuentemente, no depende ni del conocimiento actual de ningún fabricante en concreto, ni de su dimensión cuantitativa (facturación, beneficios obtenidos) o cualitativa (posición relativa en el mercado, tipo de industria a la que pertenece –de alta o mediana tecnología, grado de especialización–): la imposibilidad de descubrir el defecto es un elemento del supuesto de hecho de la excepción. No se tienen en cuenta la infracción de tales o cuales deberes de precaución ni, mucho menos, la imposibilidad de formular un juicio de reproche y también es irrelevante la

circunstancia de que uno o, incluso, muchos fabricantes no hubieran reconocido el defecto si éste, dado el estado de la ciencia y la técnica, era efectivamente reconocible (criterio de la cognoscibilidad del defecto).

El reconocimiento de una distinción ulterior entre incognoscibilidad en abstracto y en concreto corresponde al Legislador, no al intérprete: aquél singularizará determinadas actividades a efectos de aplicarles un estándar de responsabilidad distinto al general de la Ley: así, el artículo 140.3 del Real Decreto-Legislativo 1/2007 establece que ciertas empresas (las relacionadas con la producción o importación de «medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano») se consideran intrínsecamente arriesgadas y, consiguientemente, excluye la excepción de riesgos de desarrollo. Del mismo modo que, históricamente, las actividades relacionadas con productos agrícolas y de la caza que eran objeto de procesos de «transformación» estuvieron excluidas del ámbito de aplicación de la Ley, pero, a partir de la Directiva 1999/34/CE⁴⁹ y de su consiguiente transposición al derecho español⁵⁰ pasaron a ser incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley. El argumento analógico (art. 3.1. CC) puede naturalmente aplicarse, pero siempre con respeto al aparato de distinciones creado por el Legislador. La analogía no autoriza al intérprete a quebrantar las distinciones básicas adoptadas por el Legislador.

Los conocimientos a que se refiere el artículo analizado se califican en él como existentes, pero no además como disponibles, en el sentido de «puestos libremente a la disposición» del fabricante, es decir, de utilizables por él en los procesos de fabricación del producto. Así, el hecho de que el producto de un competidor, fabricado gracias a una tecnología puntera, esté protegido por una patente, no permite al fabricante de que se trate utilizar una tecnología conocida para fabricar un producto sustitutivo por el simple hecho de que recurrir a la *lex artis* supondría en el caso vulnerar los derechos de propiedad industrial de su competidor. Parecidamente, ya hemos señalado que la inaccesibilidad a los más recientes conocimientos científicos y técnicos que deriva de la escasa dimensión del fabricante o de sus insuficientes posibilidades económicas no le exoneran si aplicó conocimientos superados y el producto manifestó un defecto perjudicial.

⁴⁹ Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, por la que se modifica la Directiva 85/374/CEE del Consejo 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 (DOL 141 de 4 de junio de 1999).

⁵⁰ Disposición Adicional 12.^a de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2000).

En cambio, resulta exonerado el fabricante que demuestra que los conocimientos de que se trata existían, pero no se habían hecho públicos en el marco de la comunidad científica o tecnológica, por ej., porque se mantuvieron en secreto por razones políticas o militares: ha de mediar, como señala la doctrina, una accesibilidad general por parte de la comunidad científica valorada en términos objetivos y así se exige que el fabricante tenga en cuenta el estado de los conocimientos que permiten apreciar el defecto, pero no que llegue más lejos del lugar que ha alcanzado la propia comunidad científica en cada momento. Por la misma razón, no se consideran accesibles los conocimientos publicados en una lengua o en el marco de una cultura que sean inaccesibles de momento a la comunidad científica. Se exige, así, la asequibilidad o, dicho de otro modo, la contrastabilidad del estado de los conocimientos por un empresario ideal típico: el estado de los conocimientos accesibles comprende los datos integrados en los circuitos de información de la comunidad científica en su conjunto y teniendo en cuenta la posibilidad real de que las informaciones circulen razonablemente.

10. LA POLÉMICA METACIENTÍFICA SOBRE LA BUENA CIENCIA Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO

Ciertamente, ni la Directiva ni la legislación española, que se refieren expresamente al «estado de los conocimientos científicos», asumen una filosofía de la ciencia específica –neoempirista⁵¹, historicista⁵² o sociologista⁵³, sintáctica⁵⁴ o semántica⁵⁵,

⁵¹ La síntesis clásica es NAGEL, Ernest, *The Structure of Science*, Hackett, Indianapolis, 1977 (1.ª ed.: Harcourt, New Cork, 1961).

⁵² La obra de referencia, originariamente publicada en 1962, es la del historiador de la ciencia THOMAS KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 3rd, edition, University of Chicago Press, Chicago, 1996.

⁵³ Clásicamente, MERTON, Robert K., *The Sociology of Science*, University of Chicago Press, Chicago, 1973. El posmodernismo, la reducción de la ciencia a simple construcción social, la exacerbación de la tesis, de origen kuhniano, de acuerdo con la cual, las teorías son incommensurables hicieron furor en los departamentos de ciencias sociales –salvo en economía–, derecho y humanidades en las décadas de los años setenta y ochenta del siglo pasado: véase, por ejemplo –aunque hoy resulta autoparódico– BARNES, Barry, *Scientific Knowledge and Sociological Theory*, Routledge, London, 1974. Más moderado en: BARNES, Barry/BLOOR, David/HENRY, John *Scientific Knowledge: A Sociological Analysis*, Chicago University Press, 1996.

⁵⁴ Paradigmáticamente: BRAIHWAITE, Richard B., *Scientific Explanation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1953 o HEMPEL, Carl. G., *Aspects of Scientific Explanation*, Free Press, New York, 1965.

⁵⁵ Iniciada por SUPPES, Patrick, «Some Remarks on Problems and Methods in the Philosophy of Science», *21 Philosophy of Science (1954)*, 242-248 (iniciador de la denominada Escuela de Stanford). Y bien sintetizada por SUPPE, Frederick, en *The Structure of Scientific Theories*, State University of New York Press, Albany, 1977. En Europa Conti-

inductivista⁵⁶ o deductivista⁵⁷, realista⁵⁸, naturalista⁵⁹ o anti-realista⁶⁰.

Pero sí asumen, natural y literalmente, que el objeto de la excepción viene sucesivamente circunscrito por conocimientos⁶¹ o saberes, primero, que, además, sean científicos⁶² (o técnicos, como veremos luego), pero no (o no sólo) de cualquier otra naturaleza. La diferencia específica del concepto de ciencia⁶³ consiste en que es un conocimiento estructurado en teorías, esto es, en conjuntos de hipótesis según las cuales particulares estados de cosas son satisfechos, en grados variables, por modelos que reflejan cierta similitud o unidad.

Los modelos son siempre simplificaciones de las regularidades de la naturaleza que pretenden describir y explicar. «Como estableció Aristóteles», escriben José A. Díez y C. Ulises Moulines, «la ciencia, toda *theoria*, busca lo general en lo particular, lo similar en lo diferente. Pero para ello es necesario abstraer las diferencias, pues sin abstracción no hay ya ciencia alguna, sino ni siquiera lenguaje»⁶⁴.

mental, véase STEGMÜLLER, Wolfgang, *The Structuralist View of Theories*, Springer, Berlín, 1979.

⁵⁶ CARNAP, Rudolf, *Logical Foundations of Probability*, University of Chicago Press, Chicago, 1950.

⁵⁷ POPPER, Karl, *The Logic of Scientific Discovery*, Hutchinson, London, 1958 (traducción revisada del original en alemán *Die Logik der Forschung*, 1935).

⁵⁸ LAUDAN, Larry, *Progress and its Problems*, University of California Press, Berkeley, 1977. Un argumento fuerte en favor del realismo fue formulado en 1978 por el filósofo PUTNAM, Hilary: a menos que uno adopte una interpretación realista, escribió, el sostenido y creciente éxito predictivo alcanzado en la historia de la ciencia sería «un milagro». El realismo filosófico exige tener simultáneamente en cuenta la verdad y la existencia de la realidad, pues, en un dominio científico dado, el éxito predictivo creciente refleja una aproximación cada vez más ajustada a la verdad. Véase su «What is Realism?» En LEPLIN, Jarrett (Ed.), *Scientific Realism*, University of California Press, Berkeley, 1984, 140-1.

⁵⁹ QUINE, Willard V. O., *From a Logical Point of View*, Cambridge University Press, Cambridge, Massachusetts, 1951; *Word and Object*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1961.

⁶⁰ Van FRASSEN, Bas, *The Scientific Image*, Oxford University Press, Oxford, 1980.

⁶¹ Acción y efecto de conocer o averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas (RAE, 1.ª acepción)

⁶² Pertenciente o relativo a la ciencia, es decir, conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales (RAE, 1.ª acepción). Obsérvese que el Diccionario parece asumir la concepción nomológico-deductiva de la filosofía de la ciencia, heredera del neopositivismo o neopirismo lógico (la denominada Concepción Clásica o heredada de la filosofía de la ciencia).

⁶³ SCHEFFLER, Israel, *Science and Subjectivity*, Bobbs-Merril, Indianapolis, 1976. LAUDAN, Larry, *Progress and its Problems*, cit. LOSEE, John, *A Historical Introduction to the Philosophy of Science*, Oxford, New York, University Press, Third ed., 1993 (1.ª ed.: 1972). ROSENBERG, Alex, *Philosophy of Science. A contemporary Introduction*, London and New York, Routledge, 2003 y, del mismo autor, su anterior *Philosophy of Social Science*, Clarendon Press, Oxford, 1988. En la literatura española es fundamental la síntesis de DIEZ, José A. y MOULINES, C., Ulises, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, Ariel, Barcelona, 1997.

⁶⁴ *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 26.

La ciencia, como actividad y como resultado, es distinta al arte, a la religión o, en general, a la cultura. «Guste o no guste», afirma Alex Rosenberg, «la única contribución de la civilización europea al resto del mundo puede ser la ciencia natural. Es, probablemente, lo único de entre todas las cosas desarrolladas en Europa que todas las demás sociedades, culturas, regiones, poblaciones y etnias que han sabido de ella, han adoptado de Europa»⁶⁵. Y, sigue diciendo, aunque no hay acuerdo en qué rasgos característicos de la cultura occidental están relacionados con la génesis y el desarrollo de la actividad científica, la relación existió y llevó a todo el resto del mundo a adoptar, en mayor o menor medida, esta tradición. La razón, concluye el autor mencionado, parece clara: «la ciencia cuenta con una historia muy larga de éxito predictivo continuado»⁶⁶.

La historia de la ciencia muestra, siguen indicando Díez y Moulines⁶⁷, cómo, a lo largo de su desarrollo, las hipótesis –y sus supuestos auxiliares– han podido sujetarse a distintos modos de contrastación que responden a un «patrón común». Es decir, las hipótesis son «afirmaciones que se someten a prueba» y acerca de las cuales «buscamos evidencia a favor o en contra». Y la «piedra de toque» de la evaluación de hipótesis es la predicción: si además de afirmar una hipótesis, queremos contrastarla, debemos estar en condiciones de «predecir en qué circunstancias empíricas se observará tal fenómeno». La contrastación permite detectar, mediante la observación y, con frecuencia, mediante la realización de un experimento, «datos» y exige que «los procedimientos para su recogida o detección no presupongan la verdad o falsedad de la hipótesis». La aceptación –siempre provisional– de los resultados de la contrastación dependerá de «la cantidad, calidad y variedad» de las que se hayan realizado y de otros factores –como la simplicidad, la unidad y la integración teórica– que no podemos desarrollar en esta sede⁶⁸.

⁶⁵ *Philosophy of Science. A contemporary Introduction*, London and New York, Routledge, 2003, p. 14. Para un panorama de la historia de la ciencia, véase GRIBBIN, John, *Science, A History (1543-2001)*, Allen Lane, London, 2002.

⁶⁶ «a long running record of continual predictive success», *ibid.*, p. 15. «Ninguna otra institución cultural de magnitud similar –la religión, el arte, las instituciones políticas– parecen haber tenido tal origen único en una cultura única». *Ibid.*

⁶⁷ *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, cap. 3, pp. 61 ss. Los episodios de la historia de la ciencia que recogen ambos autores son la mecánica aristotélica y sus problemas; el barómetro de Torricelli; la predicción por el astrónomo Halley de la órbita del cometa que lleva su nombre; la teoría del flogisto, de Stahl, contrastada y refutada por Lavoisier; el control de la fiebre puerperal por Semmelweis; las anomalías de la órbita de Urano y el descubrimiento de Neptuno por Leverrier; la sucesión de teorías ondulatoria y corpuscular de la luz; la teoría del éter como sistema de referencia; el ADN y el modelo de Watson y Crick; la extinción de los dinosaurios; la deriva continental, y, por último, la relatividad general. La moderna filosofía de la ciencia ha internalizado la historia de la ciencia y, con ella, la mejor aportación de Thomas Kuhn.

⁶⁸ Díez/Moulines, *Fundamentos*, cap. 3, pp. 61-90.

La crisis de identidad de la metaciencia como disciplina y, con ella, la pérdida de la confianza secular en los científicos y su cultura estalló en la década de los años sesenta del siglo pasado y se prolongó hasta finales de los ochenta. Sus raíces, con todo, eran anteriores.

Ya en 1950 el gran filósofo norteamericano, W. V. O. Quine había minado uno de los pilares del edificio metacientífico, al criticar los dos «dogmas» empiristas de la distinción entre enunciados analíticos (verdaderos por su propio significado) y sintéticos (verdaderos si corroborados empíricamente) y de reductibilidad de todos los enunciados sintéticos a enunciados de protocolo. Con ello puso de manifiesto que el conocimiento empírico podía servir de base a la justificación de diversas y contrapuestas teorías, es decir, que la empresa de la metaciencia dirigida a establecer criterios de evaluación de teorías estaba sujeta a una infradeterminación irremediable.

En la tradición filosófica del neoempirismo objeto de la célebre crítica de Quine, los enunciados analíticos son verdaderos en virtud del significado de sus términos y los sintéticos lo resultan en virtud de los hechos. Así, los primeros no añaden información alguna sobre la realidad, carecen de contenido empírico, son tautologías; los segundos, en cambio, cobran significado gracias a sus condiciones de verificación. El problema residía entonces en que las leyes científicas eran enunciados generales mientras que toda experiencia tiene carácter singular, de modo que la tarea de verificar una ley parecía harto difícil. El neoempirismo abordaba la cuestión mediante los denominados enunciados protocolares, que describen experiencias y cuya verificación consiste en la ocurrencia de la experiencia misma: todo enunciado sintético significativo puede reducirse lógicamente a enunciados de protocolo.

Quine puso de manifiesto que la idea conforme a la cual los enunciados analíticos pueden derivarse a partir de un enunciado lógicamente verdadero por el procedimiento de sustituir sinónimos por sinónimos (de la afirmación «Todos los solteros son solteros» puede obtenerse la de que «Todos los solteros son no casados») colapsa, pues no disponemos de una noción clara de sinonimia: en particular y aunque la extensión de los enunciados de que se trate se mantenga la misma, no podemos garantizar que su intención permanezca igual, es decir, que conserven su significado. Así, y en otro ejemplo famoso de QUINE, las expresiones «criaturas con corazón» y «criaturas con riñón» son verdaderas de los mismos objetos, pero no significan lo mismo.

Sin embargo, demolida la distinción, y admitida entonces la idea de que los enunciados analíticos de las ciencias formales (lógica y matemáticas) podían verse afectados por la crítica empírica, Quine creía pragmáticamente que, por lo normal, ocupaban un lugar más central en las teorías científicas que los tradicionales enunciados sintéticos, más periféricos y candidatos más serios a

ser descartados en la contrastación de una teoría. Pero, en cualquier caso las teorías, añadía, se evalúan como un todo (holismo), pues el contenido empírico pertenece a toda el conjunto de enunciados de la teoría y no sólo a una clase de ellos. El holismo quiniano demostró así el segundo dogma del empirismo, el reduccionismo, es decir, la tesis de la reductibilidad de los enunciados de la teoría a los enunciados protocolares: el análisis de las teorías debe ser global.

Luego, desde 1961, historicistas radicales, constructivistas sociales y filósofos posmodernos sostuvieron, con base en la obra de Thomas Kuhn, que las teorías científicas sucesivas son inconmensurables, en el sentido de que no podían ser evaluadas: los paradigmas sucesivos –por ejemplo, el de la química del flogisto al del oxígeno y la oxidación de Lavoisier– son tan radicalmente distintos entre sí que resultan inconmensurables, irreductibles el uno al otro.

Así, durante una generación, infradeterminación e inconmensurabilidad fueron la gran coartada del relativismo científico, el arma preferida de crítica a la ciencia, proveniente sobre todo de quienes, desde las ciencias sociales blandas, las ciencias normativas –como el derecho– y algunos modos de entender las humanidades, afirmaban que la ciencia era una actividad social y política como cualquier otra, sin ningún tipo de cualidad específica –ni, mucho menos, grado de excelencia– que permitiera situarla al margen de las luchas por el poder mismo⁶⁹ o que la hiciera acreedora de consideración especial o de trato privilegiado.

Mas, por otra parte, el rigor nominalista del holismo quiniano y la buena base histórica de la obra de Kuhn prestaron buenos servicios a la reflexión sobre la naturaleza de la actividad y el conocimiento científicos, que internalizó la mejor historia de la ciencia y cayó en la cuenta de que las redes de teorías son estructuras reticulares mucho más complejas de aquello que la Concepción Heredada –las tesis básicas sobre la ciencia, construidas antes y después de la Segunda Guerra Mundial– daba a entender.

La idea, en efecto, de que la ciencia y su historia no son, respectivamente, distintas a la moda y a la crónica de la sucesión de estilos, no se tiene en pie: el relativismo epistémico y la nivelación de la ciencia para situarla en el mismo plano que otras actividades cualitativas y críticas pronto pusieron de manifiesto que la crítica al

⁶⁹ Desde dentro la propia filosofía de la ciencia, la obra más radical fue probablemente la de FEYERABEND, Paul, *Against the Method*, Verso, Londres, 1975, cuyo lema era «Todo vale» –*Anything Goes*–. Desde fuera, quizás algunas de las más influyentes fueron las ya citadas de MERTON, Robert K., *The Sociology of Science*, publicada en 1973, y BLOOR, David, *Knowledge and Social Imagery*, publicada en 1975. Desde el feminismo, véase LONGINO, Helen, *Science as Social Knowledge: Values and Objectivity in Scientific Inquiry*, Princeton University Press, 1995.

cienti(fici)smo y el intento de destronar a la ciencia no podían impedir que la ciencia misma siguiera moviéndose: la tierra no es plana. Como ha sintetizado Rosenberg ⁷⁰, la defensa de la objetividad de la ciencia pasa por la de la racionalidad de sus cambios, tarea que exige, ciertamente, internalizar la historia de la ciencia y mostrar cómo una referencia puede servir de base a la contrastación realizada por miembros distintos de la comunidad científica, hombres y mujeres de distintas generaciones y movidos por intereses personales o de grupo también distintos, pero con un mismo nivel de rigor. En el cambio intrateórico, escriben Díez y Moulines ⁷¹, hay progreso «cuando las redes que componen una evolución teórica son cada vez más ramificadas y al mismo tiempo su dominio de aplicaciones exitosas cada vez mayor». En el interteórico, las relaciones de incorporación (de una teoría por la sucesiva) o de suplantación (de la antigua por la nueva) representan, respectivamente, cambios racionales, en el primer caso, porque «las leyes de la teoría incorporadora son a la vez más amplias y lógicamente más fuertes (tienen más consecuencias) que las leyes de la teoría incorporada» y, en el segundo, porque «la teoría suplantadora explica las anomalías de la teoría suplantada».

11. CONOCIMIENTO COMÚN, CORPUS DE DOCTRINAS PRÁCTICAS –DE NATURALEZA NORMATIVA–, PSEUDOCIENCIAS (CIENCIA BASURA) Y CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS

Así los «conocimientos científicos» a que se refieren la Directiva y el Real Decreto-Legislativo son cuerpos estructurados en redes de teorías o modelos que permiten explicar y predecir la realidad y que pueden ser contrastados repetida e independientemente por observadores o experimentadores distintos pero situados en condiciones análogas. La ciencia explica, predice y admite contrastación. Se distingue así del conocimiento ordinario (el «sentido común»), que es siempre aplicado y mayormente informal, aunque permita interactuar razonablemente en la vida social y, con frecuencia, defina nuestra propia identidad como miembros de la colectividad y al margen de la comunidad científica. El artículo comentado descarta que las regularidades generalmente conocidas y asequibles al gran público puedan, por sí solas, fundamentar la excepción alegada en su caso por el fabricante –aunque no excluye,

⁷⁰ *Philosophy of Science*, capítulo 7, pp. 157 ss.

⁷¹ *Fundamentos*, cit., p. 461.

por supuesto, a las verdades científicamente bien establecidas por el simple hecho de que sean del conocimiento común: la notoriedad no perjudica, antes bien, aligera la carga de la prueba—.

Tampoco bastan para fundamentar la excepción doctrinas metafísicas, refractarias a todo modo de contrastación empírica, ni prácticas sociales o cuerpos de normas o creencias —morales, ideológicas, sociales (*mores*), políticas, religiosas— sobre tal o cual estilo de vida ni, en particular, sobre la peligrosidad o existencia de defectos en tal o cual producto. Así, típicamente, muchas culturas privilegian el consumo de algunos productos al tiempo que excluyen o limitan severamente el de otros —sea la carne de determinados animales, el consumo de tal o cual alcaloide o el de alcohol destilado—. La ciencia puede, con el paso del tiempo, contribuir a incrementar nuestro conocimiento sobre los efectos individuales o sociales del acatamiento de tales reglas o tabúes o, recíprocamente, del consumo de los productos de que se trate, según su frecuencia y dosis, pero la pauta prohibitiva o limitativa, la regla en sí misma, que puede tener un fundamento cultural más que apreciable, cobra relevancia a efectos de la excepción únicamente si la ciencia da razón de los efectos benéficos de la decisión o pauta normativa, es decir, de los daños que se producirían en ausencia de prohibición o de limitación efectivamente aplicadas. Pero, mientras tanto, la simple existencia de una pauta de exclusión social —de un tabú— no permite desechar la aplicación de la excepción.

Otra cosa es la prueba o la sospecha fundada de fraude en el comportamiento de los fabricantes de la industria que, a sabiendas, conspirarían para ocultar al organismo regulador y a la comunidad su conocimiento incipiente sobre la más que probable existencia de riesgos en el producto que continúan produciendo y comercializando. En la historia de la responsabilidad de producto, tres casos importantes de daños masivos, probablemente incrementados por la inercia o mala fe de algunos de sus productores, han sido los relacionados con el tabaco⁷², el amianto⁷³ o el VIH⁷⁴.

⁷² RUIZ GARCÍA, Juan Antonio/SALVADOR CODERCH, Pablo, «El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil. Presupuestos económicos, epidemiológicos, culturales y legales», *InDret* 3/2002 e *InDret* 4/2002. En la década de los 50 del siglo pasado, científicos anglosajones empezaron a difundir estudios que acreditaban una relación estadísticamente significativa entre consumo de tabaco y determinados tipos de cáncer, si bien a finales de los años veinte y en la Alemania de Weimar, otros científicos habían publicado ya información estadística y epidemiológica al respecto (pp. 7 ss.).

⁷³ AZAGRA MALO, Albert, *La tragedia del amianto y el derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007. Aunque las referencias a los daños del amianto pueden remontarse a los años 20 y 30 del siglo XX, su reconocimiento por la comunidad científica se produjo en 1964 y 1965 con la publicación de dos estudios epidemiológicos dirigidos por SELIKOFF, Irving J., médico del *Mount Sinai School of Medicine* de Nueva York (pp. 33 y 34).

⁷⁴ SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y la Hepatitis*,

Ni, reflejamente, es suficiente el buen sentido de la razón práctica del Tribunal que valora, en su conjunto, la prueba presentada por las partes, admitida y practicada en el juicio para ser finalmente valorada por el Juzgador según los criterios de la sana crítica. El artículo analizado, como otros que se refieren específicamente al estado de los conocimientos científicos o tecnológicos, exigen un plus adicional a los saberes generales que se presuponen en el Tribunal y los específicos que caracterizan al conocimiento y aplicación del derecho, al oficio del jurista. De lo contrario, el legislador no se habría referido específicamente a la ciencia o a la tecnología.

Sin embargo, obsérvese bien, lo anterior no implica que el Tribunal haya de seguir el dictamen pericial de tal o cual científico o experto: en ningún caso establece el artículo comentado tasa alguna de pruebas o peritajes científicos (o tecnológicos), sino que se limita a señalar que el fabricante se exonerará si prueba que el defecto no era cognoscible, en el momento de la comercialización del producto, a la luz del estado de los conocimientos científicos: su constancia puede, ciertamente requerir un peritaje o varios, pero también puede ser notoria o resultar, por ejemplo, de la jurisprudencia anteriormente establecida para casos idénticos (por ejemplo, en los casos de contagio de enfermedades, causado por virus de Hepatitis C antes de la fecha –en torno a julio de 1989⁷⁵– que los tribunales vienen estableciendo como crucial a efectos del conocimiento de su existencia). Es decir, el fabricante debe alegar y tratar de probar los elementos del supuesto de hecho de la excepción, que luego el Juzgador valorará de acuerdo con las reglas generales. El artículo comentado obsta, en principio, a la inferencia directa y no fundada en los límites del estado de los conocimientos científicos de la concurrencia de la causa de exclusión, pero, como decimos, no tasa la prueba ni limita la libertad de su apreciación, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. No establece, en suma, ninguna prueba de peritos.

Aunque el artículo comentado se refiere al «estado» de los conocimientos, ello no ha de entenderse como si exigiera que se trate de conocimientos unánimes o mayoritariamente aceptados por la comunidad científica a modo de una pragmática *communis opinio*. No se excluyen, por tanto, opiniones minoritarias, revolucionarias o, incluso, excéntricas. El «estado», o «situación en que se encuentra (...) algo, y

Civitas, Madrid, 2002. Las primeras conjeturas sobre la sangre como medio de transmisión del VIH se realizaron en julio y diciembre de 1982, pero no alcanzaron consenso científico hasta 1984 (pp. 71 ss., p. 242, pp. 292 ss.).

⁷⁵ STS, 3.ª, 25 de noviembre de 2001 (Ar. 550; MP: Jesús Ernesto Peces Morate) y su progenie. Véase SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, cit., pp. 320 ss.

en especial cada uno de sus sucesivos modos de estar» (RAE, 1.^a acepción), no implica estabilidad –mucho menos predominio– sino que puede caracterizarse por mayor o menor grado de fluidez, por un ritmo acelerado de cambio, es decir, por la existencia de debate científico o controversia teórica sobre la cuestión de que se trate.

Ahora bien, ha de tratarse de conocimientos precisamente científicos y, por ello, quedan excluidas las pseudociencias ⁷⁶: rhabdomancia, cartomancia, astrología, parapsicología, psicoanálisis, etc. y otros conjuntos de pseudosaberes caracterizados negativamente por su falta de rigor metodológico, por lo laxo o *ad hoc* de sus hipótesis –respectivamente incontrastables o blindadas frente a cualquier intento de refutación–, o por su antinaturalismo radical ⁷⁷.

Así, no bastará para impedir la exoneración del fabricante, la prueba de que «alguien ya lo había dicho»: no toda profecía es predicción científicamente aceptable. Otra cosa supondría asumir como científica cualquier afirmación falazmente validada por la regla *Post hoc ergo propter hoc*.

Tampoco la mera especulación forma parte del estado de los conocimientos científicos y técnicos: en ciencia, ni es cierto que todo vale, ni que el primero en afirmar una consecuencia deba ser reconocido como descubridor. Más dudoso resulta, en cambio, si siempre puede descartarse la conjetura más o menos fundada que todavía no es calificable como hipótesis científica, pero que se formula como un elemento de un programa aceptable de investigación en el seno de la comunidad científica. Las conjeturas, en ese sentido, razonables –que circulan como propuestas de investigación sensatas para la comunidad científica– deben ser tenidas en cuenta por el fabricante de la misma manera que lo son en la comunidad en la que se generan. En cualquier caso, puede resultar útil complementar el grado de certeza científica de una información con la entidad del peligro a que dicha información apunta. Así, cuando el peligro presumido en un producto es verdaderamente grave, cabe exigir al fabricante que no excluya la consideración de opiniones aisladas o hipótesis no definitivamente contrastadas pero que posean una mínima fundamentación científica.

⁷⁶ Véase el análisis clásico –realizado desde la perspectiva de la Concepción Heredada y con un sesgo conceptualista– de BUNGE, Mario, *La Investigación Científica. Su Estrategia y su Filosofía*, 3.^a ed. española (trad.: Manuel Sacristán), Ariel, Esplugues de Llobregat, 1973 (1.^a ed. en inglés: 1967), pp. 54 ss.

⁷⁷ Una reflexión refrescante sobre la impostura intelectual del constructivismo social del postmodernismo puede verse en SOKAL, Alan/BRICMONT, Jean, *Fashionable Nonsense: Postmodern Intellectuals' Abuse of Science*, Picador, New York, 1998.

12. **CONOCIMIENTOS GENERALMENTE ACEPTADOS, OPINIONES MINORITARIAS Y LOS FACTORES DE DETERMINACIÓN DE LA BUENA CIENCIA EN *DAUBERT V. MERRELL DOW PHARMACEUTICALS, INC.*, 509 U.S. 579 (1993): DE LA TALIDOMIDA A BENDEC-TIN**

En los últimos quince años, un buen punto de referencia para abordar las cuestiones desarrolladas en este epígrafe viene constituido por el canon establecido por el Tribunal Supremo federal de los EE.UU. en *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993) y su progenie sobre la cuestión legal relativa a en qué casos y circunstancias un Tribunal puede aceptar o rechazar las proposiciones de prueba de peritos (testigos peritos, *expert witnesses*, en la terminología norteamericana) presentadas por las partes.

Es obvio que una respuesta estricta favorecerá a los imputados o demandados, mientras que otra más laxa hará lo propio con los acusadores, querellantes o demandantes.

La respuesta tradicionalmente aceptada, desde *Frye v. United States*, 293 F. 1013.C. Cir. 1923, un caso en el que se discutía la admisibilidad de la prueba obtenida por mediación de un polígrafo (detector de mentiras) en un proceso penal, era que el estado de los conocimientos venía dado por la aceptación generalizada de la tesis de que se trate en cada ámbito propio de conocimiento.

«Es difícil determinar cuándo un descubrimiento o principio científico cruza la frontera entre los estadios de lo experimental y lo demostrable. En algún lugar en esta zona de penumbra, habrá que reconocer la fuerza probatoria del principio y aunque los tribunales pueden recorrer mucho trecho a la hora de admitir el testimonio de expertos deducido de un principio o descubrimiento bien conocidos, debe quedar suficientemente establecido que las premisas de su deducción habían conseguido aceptación general en el campo al que pertenecen» (1014).

En el sistema legal norteamericano, en el cual el derecho de daños es básicamente derecho estatal y es decidido por jurados, *Frye* suponía que el Juez podía denegar la práctica de la prueba pericial propuesta por una parte y, por lo tanto, impedir que el jurado oyera al perito si consideraba que los fundamentos de la prueba no habían logrado aceptación general entre los expertos del correspondiente ámbito del conocimiento.

Pero en 1975, la Regla 702 *Federal Rules of Evidence* había establecido que las opiniones de expertos científicos o técnicos son admisibles como prueba si son relevantes y sirven de ayuda al Juez o al Jurado para establecer los hechos del caso:

«Cuando los conocimientos científicos, técnicos u otros especializados puedan servir al Jurado para entender las pruebas o establecer los hechos del caso, podrá tenerse en cuenta el testimonio de un perito experto por razón de conocimiento, habilidad, experiencia, formación o educación en el que exprese su opinión» («*If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise*»).

El entendimiento, más estricto o más amplio, de la expresión «científico» resultaba crucial para responder a la cuestión planteada e históricamente resuelta por *Frye*, que, como acabamos de ver, privilegiaba la cultura dominante, los saberes establecidos en cada campo de especialidad.

La duda estaba fundada, pues, al menos literalmente, la Regla 702 era más ambigua que el canon tradicionalista de *Frye*: la demarcación entre ciencia e impostura intelectual, entre conocimiento científico, por una parte, y especulación sin fundamento o conjetura interesada, por la otra, nunca ha coincidido con la que media entre las concepciones dominantes, saberes heredados y tradicionalmente aceptados y las teorías emergentes, minoritarias, o —como había escrito Kuhn— «revolucionarias»: la ortodoxia científica no cubre todo el campo del conocimiento científico, no explica sus cambios, ni, por tanto, sirve como canon de demarcación entre ciencia y pseudociencia.

En la práctica, el canon de *Frye*, de la aceptación general, fue puesto en tela de juicio con ocasión de un litigio que, históricamente, constituye el reverso del escándalo de la talidomida, con cuya narración iniciábamos este artículo. Se trata del caso del medicamento Bendectin (principios activos: doxylamina $-C_{17}H_{22}N_2O-$ y piridoxina o vitamina B $-C_8H_{11}NO_3-$), aprobado por la FDA en 1956 para el tratamiento de la náusea matinal del embarazo (*morning sickness*)⁷⁸.

En un giro más de una historia sarcástica⁷⁹, Bendectin había sido comercializado en los Estados Unidos por Richardson Merrell, Inc (luego Merrell Dow), sucesor legal del mismo laboratorio que trató —sin éxito— de conseguir la aprobación de la talidomida por la FDA. Sin embargo, Bendectin nunca fue un medicamento

⁷⁸ Para una discusión sobre el caso Bendectin, véase SANDERS, Joseph, *Bendectin on Trial: A Study of Mass Tort Litigation*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1998.

⁷⁹ Para lo que sigue, véanse STEPHENS/BRYNNER, *Dark Remedy*, pp. 197 ss. y JUDSON, Horace Freeland, *Anatomía del fraude científico*, Crítica, Barcelona, 2006, pp. 414 ss. [traducción, de David León, del original en inglés, *The Great Betrayal: Fraud in Science*, Harcourt, Orlando (Fl.) 2004].

epidemiológicamente problemático: entre 1957 y 1983 había sido consumido por más de treinta millones de mujeres norteamericanas sin haber causado problemas de malformaciones fetales.

Mas, desde finales de los años setenta, crecieron los temores de que el medicamento pudiera estar en la raíz de daños similares –aunque menores en escala– a los producidos por la talidomida y cuando, en 1978, una familia de Orlando, Florida, se puso en contacto con el Dr. William McBride –el mismo médico australiano que, en 1961, había hecho saltar las alarmas sobre la talidomida y que, gracias a ello, había alcanzado renombre mundial–, éste inició una campaña contra Bendectin que coadyuvó a aumentar los numerosos pleitos contra el laboratorio que lo comercializaba, hasta que, en 1983, Merrell-Dow retiró voluntariamente el producto del mercado. Pero los procesos ya iniciados continuaban y demandantes y el laboratorio demandado acudían, en defensa de sus encontradas tesis, a testigos peritos de las más diversas procedencias, formaciones y calidades.

McBride era médico, no investigador, y aunque prestó testimonio como experto en muchos de los casos sobre Bendectin, acabó por sustanciarse la prueba de que su opinión contraria al medicamento no estaba fundamentada en resultados obtenidos por el equipo de investigación que dirigía. Entonces McBride fue expedientado por fraude e inhabilitado para ejercer la medicina en su país natal⁸⁰.

El ambiente enrarecido que rodeó al caso Bendectin sugiere la actitud de la cautela con que deben abordarse los análisis de *Daubert*, la Sentencia que resolvió la cuestión de los pleitos pendientes y provocó la consiguiente reforma de la *Rule 702* de las *Federal Rules of Evidence*, a la que en seguida habremos de referirnos.

En *Daubert*, los demandantes, dos niños pequeños nacidos con malformaciones graves y sus padres, alegaban que los daños se debían a que las madres de aquéllos habían consumido Bendectin durante el embarazo. El laboratorio demandado negaba la causalidad y, en primera instancia, el Tribunal de Distrito, vistos los peritajes presentados por ambas partes, aplicó el canon de *Frye*, resolvió que las tesis de los demandantes no cumplían con el requisito de la aceptación general y rechazó su reclamación. La resolución fue confirmada en apelación y los demandantes recurrieron ante el Tribunal Supremo federal, que aceptó el caso.

⁸⁰ Años después, en 1998, la sanción fue parcialmente levantada y se le volvió a permitir ejercer como médico aunque no como investigador, condición que, tal y como se señala en el texto, en realidad nunca había tenido: su información sobre la talidomida derivaba –correctamente– de su experiencia como médico que la había recetado, pero no como epidemiólogo.

Ambas partes acompañaron a sus alegatos varios escritos de apoyo (*briefs of amici curiae*) suscritos por científicos prestigiosos de especialidades distintas. De entre ellos destacan dos: *Bayer y otros*, por los demandantes⁸¹; y *Bloembergen y otros*, por los demandados⁸², fácilmente recuperables en la red, opuestos en apariencia, pero característicamente coincidentes en (des)centrar el *thema decidendi* en un debate académico sobre metaciencia:

Por los demandantes encabezaba el escrito Ronald BAYER, Columbia, un especialista en Ciencias Sociomédicas con numerosas publicaciones sobre la catástrofe del SIDA⁸³. El escrito tira por elevación a favor de una visión historicista y sociologista de la ciencia –en línea con las tesis de Thomas Kuhn (1922-1996), entonces muy influyentes– y en contra de limitar la calificación de buena ciencia a la que ha alcanzado un consenso generalizado y ha sido difundida por publicaciones prestigiosas sujetas a control por pares (*peer review*). El nuevo conocimiento no suele conseguirse por acumulación sino por auténticas revoluciones que triturar la antigua ortodoxia:

«Como científicos, médicos, historiadores de la ciencia y sociólogos, miembros de la “comunidad científica”, [...] discrepamos de la premisa, adoptada por la Sentencia recurrida, según la cual la única “ciencia buena” es la “aceptada generalmente” y publicada en revistas sujetas a control por pares [*peer review*]; e igualmente, rechazamos la idea de que el análisis científico y las conclusiones que podrían divergir de aquello que el Tribunal considera como el “consenso” publicado sean tan poco fiables como para resultar absolutamente indignas de consideración. La calidad de una línea de investigación científica o de una opinión depende de la solidez de sus premisas y de la profundidad y coherencia de su razonamiento, no de que hayan aparecido publicadas en una revista concreta o de su popularidad entre otros científicos. Incluso en el caso de que fuera posible determinar la existencia y naturaleza de un “consenso” [...], demasiado a menudo los puntos de vista dominantes y la sabiduría convencional han acabado en el desván de la historia de la ciencia. Si el propósito de las *Federal Rules of Evidence* es permitir al jurado adoptar la decisión más informada posible [...] sería un grave error exigir que, para resultar admisible, todo análisis científico hubiera de estar apoyado por consenso y publicado de un modo determinado.»

⁸¹ *Brief of Amici Curiae Ronald Bayer et al. in support of petitioners.*

⁸² *Brief of Amici Curiae Nicolaas Bloembergen et al. in support of defendants.*

⁸³ Además de Bayer, suscribían el escrito Stephen Jay Gould, Harvard, un prestigioso teórico de la evolución, Gerald Holton, Harvard, físico; Everett Mendelsohn, Harvard, historiador de la ciencia; Dorothy Mekin, NYU, socióloga; David Rosner, historiador, Kathleen Joy Propert, bioestadística, así como el epidemiólogo Peter F. Infante, y especialistas en medicina medioambiental e industrial, como Philip Landrigan, Robert Morris, Herbert Needleman y William Nicholson.

«En primer lugar, el Tribunal asume que la ciencia siempre progresa por acumulación continuada de verdades irrefutables y objetivas, gradualmente incorporadas a un consenso reflejado por la literatura científica. Pero esto es incorrecto. “Una nueva teoría, por muy específico que sea su alcance, raramente o nunca es solo incremento del conocimiento precedente. Su asimilación exige la reconstrucción de la teoría anterior y la reevaluación de los hechos anteriores, es decir, un proceso intrínsecamente revolucionario.” [...] En palabras del filósofo español José Ortega y Gasset, “el que descubre una nueva verdad científica, tuvo antes que triturar casi todo lo que había aprendido, y llega a esa nueva verdad con las manos sangrientas por haber yugulado innumerables lugares comunes”. *La rebelión de las masas*, Cap. XIV (1930)».

«[...] la exclusión como testimonio científico de aquello que el demandado califica como “herejía” es antitética con la búsqueda de la verdad. Los adelantos de la ciencia frecuentemente se originan en algo que alguna vez muchos denunciaron por su falta de ortodoxia.»

«[...] La publicación de un estudio en una revista sujeta a control por pares no implica que el trabajo sea generalmente aceptado, ni siquiera que sea correcto. Y recíprocamente, el hecho de que un estudio no haya sido todavía publicado en una revista sujeta a control por pares no significa que el trabajo y cualquier opinión que se base en él resulten poco fiables y que no puedan servir para ayudar a resolver cuestiones de hecho.»

Por los demandados, se producía una refleja huida de la cuestión concreta hacia la abstracción y la filosofía de la ciencia. Sintomáticamente, no encabezaba el alegato un epidemiólogo, sino un físico distinguido, Nicolaas Bloembergen, Harvard, premio Nobel de física (1986). Seguían otros cinco Nobel, de física, de nuevo, (Arno A. Penzias), de química (Dudley R. Herschbach, Jerome Karle, William N. Lipscomb) y hasta de economía (Wassily Leontieff), además de algunos especialistas médicos⁸⁴ y físicos⁸⁵.

Así, también en esta ocasión, el debate estaba claramente centrado más en la discusión metacientífica sobre los rasgos de la buena ciencia y los modos correctos de su desarrollo –su metodología– que en la aplicación de la Regla 702 a los hechos del caso concreto. Preocupaba además la cuestión de las limitaciones cognitivas de los jurados, de la gente corriente, a la hora de distinguir entre conocimiento científico y retórica científica dirigida a impresionar y captar al jurado. Presuponía así una brecha insalvable entre

⁸⁴ Erminio Costa, especialista en neurociencias, John B. Little, radiobiólogo, Donald B. Louria, especialista en medicina preventiva, Dimitrios Thichopoulos, epidemiólogo, y A. Alan Moghissi y Brooke T. Mossman, patólogos.

⁸⁵ Arthur Langer y Robert Nolan, especialistas en ciencias medioambientales, Richard S. Lindzen, meteorólogo, A. Frederick Spilhaus, geofísico, Richard Wilson, especialista en cambio climático, Frederick Seitz, presidente emérito de The Rockefeller University.

la capacidad de apreciación de la buena ciencia de la comunidad científica, por un lado, y de la comunidad en general, algo que, en los años siguientes iba a generar bastante controversia. Y si el escrito primeramente reseñado arrancaba de una posición muy particular –el historicismo kuhniano–, el alegato de Bloembergen por los demandados es un canto al racionalismo crítico de la filosofía de la ciencia de Karl Popper (1902-1994) y a la autosuficiencia de las comunidades científicas a la hora de demarcar las fronteras de la buena ciencia:

«[...] El impacto y la influencia de la retórica científica pueden fácilmente captar y confundir a un jurado. El testimonio de una opinión basada en técnicas científicas o en una metodología que no son generalmente aceptadas no es fiablemente válido. El testimonio debe estar fundamentado en hechos o datos razonablemente aportados por expertos en el campo de que se trate.»

«[...] Hay una diferencia fundamental entre la presentación de prueba para establecer la “verdad” en ciencia, por un lado, y hacer lo propio en un proceso legal, por el otro. En este último, la prueba se encamina a alcanzar una conclusión concreta. Dado el sesgo que ello implica, la propensión a ser selectivo es muy fuerte. Y a menudo, los experimentos realizados están relacionados con vistas al caso en litigio o han sido llevados a cabo con la idea de un litigio potencial. Por el contrario, las revistas científicas están típicamente centradas en el progreso en un campo particular y en conseguirlo con una metodología correcta. La revista no influye sobre el sentido de las conclusiones.»

«[...] La “ortodoxia” científica debe ser contrastada en el laboratorio, en los seminarios, en los pasillos de los congresos científicos y en las páginas de las revistas, pero no en la sala de vistas de un tribunal. Ronald Bayer, *et al.* utilizan la expresión “buena ciencia” [Bayer Br. at 3 and *passim*]. “Buena ciencia” es ciencia bien hecha, no necesariamente ciencia que produce los resultados deseados. Es imposible predeterminar qué resultados serán correctos. En este sentido, buena ciencia es ciencia que se sujeta al escrutinio del control por pares, no sólo en el proceso de publicación, sino también después, cuando la comunidad científica examina los datos publicados, los resultados obtenidos, la teoría y entonces trata de reproducir datos y resultados.»

«[...] Como Sir Karl Popper [...] señaló, la empresa de la ciencia empieza con un método deductivo para derivar hipótesis luego contrastadas mediante observación o experimentación. *Karl R. Popper, The Logic of Scientific Discovery*, 32 (1959). Para que una teoría pueda calificarse como “científica”, debe establecerse qué hipótesis son susceptibles de ser falseadas mediante la observación o la experimentación y los datos obtenidos con la contrastación deben poder ser reproducidos. *Id.* at 40-41, 46. Una hipótesis puede ser falseada o rechazada, pero no puede, en última instancia, ser verificada, pues el conocimiento siempre es incompleto. [...] La reproducibilidad [...] exige que otros científicos puedan comprobar la corrección de las observaciones o predicciones de una hipó-

tesis. Los experimentos científicos siempre deben ser, por supuesto, reproducibles»⁸⁶.

«[...] La cuestión en este caso es simplemente si la ley debería imponer responsabilidad sobre la base de un testimonio que establece una conclusión sobre una materia científica pero que se basa en una metodología y en unos principios que no están generalmente aceptados por otros científicos en el momento en que el testimonio de que se trata es prestado. Un tribunal no puede proceder con un principio distinto, pues si admite conclusiones basadas en una metodología y en unos principios que hoy no están aceptados por la comunidad científica, pero que pueden llegar a estarlo en el futuro, el Tribunal está actuando bajo el dominio de la especulación. Hoy no se puede decir qué resultará aceptado dentro de 50, 10 años o, incluso, dentro de tan sólo uno. Como el proceso debe terminar, pero la ciencia va a continuar sin descanso, los estándares de los discursos respectivos deben ser distintos.»

«[...] Los demandantes, en esencia, querrían que el Tribunal admitiera el testimonio de cualquier individuo que estuviera en posesión de credenciales formales, pero sin consideración a si la investigación y análisis llevados a cabo por el experto de quien se trate se conforman o no con las normas científicas. Un Tribunal –este Tribunal– debe estar a las salvaguardas procesales para evitar que sean presentadas conclusiones injustificadas, por muy atractivas que puedan resultar, a un jurado de legos, cuando en realidad no son el resultado de una investigación científica llevada a cabo de buena fe.»

«[...] Cuando el testimonio preparado es prestado por alguien que es presentado como un experto, pero la sustancia del testimonio nunca ha sido publicada con anterioridad ni contrastada por la comunidad científica, se niega a la parte que intenta discutir semejante testimonio la oportunidad de mostrar que los métodos seguidos en su preparación han sido ampliamente criticados o rechazados por la comunidad científica, o que las teorías aplicadas o las conclusiones alcanzadas han sido rechazadas o falseadas por otros científicos. Aunque el proceso de publicación y de control por

⁸⁶ «In deciding which expert testimony to admit and which to reject, the court must strike a balance between the risk of rejecting potentially relevant “good science” and admitting “bad science”. The problem is that non-scientists, whether judges or jurors, often cannot distinguish between “good science” and “bad science”. The expertise provided by the peer review process of experts in a field evaluating proposed theories and the procedures used to arrive at them is of great assistance in providing judges with a benchmark.

There is superficial appeal to the argument in the Bayer brief that because “truth” in science often changes, the courts should not look to “generally accepted” principles as a standard for admissibility of expert testimony, but the Bayer *amici* are wrong in suggesting that research in the laboratory is the same as presentation of testimony in court. Bayer, *et al.* state some correct fundamental principles and then subtly extend them beyond their realm of applicability. Most important is the notion that in seeking the truth, one must thoroughly examine unorthodox ideas. We agree: in science one must never dismiss a conclusion that is arrived at through sound research techniques simply because it is in disagreement with conclusions that were previously generally accepted. The search for an explanation that reconciles such differences is often the spur to scientific inquiry. However, the Bayer *amici* seem to be arguing on this basis that unorthodox results should therefore, *per se*, be acceptable in the courtroom. This is a stretch to absurdity.»

pares no “garantizan” la “corrección” de las conclusiones o de las opiniones defendidas por el experto, ofrecen por lo menos alguna seguridad significativa de que otros científicos del mismo campo han tenido la oportunidad de examinar y contrastar los métodos del experto, de considerar si son correctos o equivocados y de refutarlos si eran incorrectos.»

En *Daubert*, el magistrado Harry Blackmun redactó la ponencia de la mayoría que anuló la Sentencia del tribunal federal de apelación y le devolvió el caso para que lo resolviera de acuerdo con los factores normativos de decisión que la mayoría establecía. Para empezar, señalaba, en la Regla 702, la «aceptación general» de una tesis no es condición necesaria de admisibilidad del testimonio del perito que la sustenta:

«El juez de primera instancia debe determinar si el experto prestará testimonio sobre (1) conocimiento científico que (2) sirva de ayuda al jurado para comprender o determinar un hecho relevante en el caso. Ello requiere una evaluación preliminar sobre si el razonamiento o metodología subyacentes son científicamente válidos y atinentes a los hechos [...]» Confiamos en la capacidad de los jueces federales para llevar a cabo este control. Como hay muchos factores que podrán ser tenidos en consideración, no pretendemos establecer una lista o un criterio de los admisibles, pero algunas observaciones generales resultan apropiadas:

[...] «La metodología científica se basa hoy en la formulación de hipótesis y en su contrastación con el objeto de comprobar si resultan falsadas»⁸⁷.

[...] «Otra consideración pertinente es si la teoría o técnica han sido sometidas a control por pares y publicadas. Aunque la publicación (que es un elemento del control por pares) no es condición de admisibilidad, [...] la sumisión al escrutinio de la comunidad científica es un componente de la “buena ciencia”, en parte porque incrementa la probabilidad de que fallos sustanciales en la metodología sean detectados.»

[...] «Adicionalmente [...] el tribunal deberá considerar la tasa de error conocida o potencial.»

[...] «Finalmente, la “aceptación general” sigue teniendo peso en la decisión que habrá de adoptarse.»

La mayoría de *Daubert* cambió así la jurisprudencia: la «aceptación general» dejaba de ser la piedra de toque de la buena ciencia para pasar a constituir un elemento más a considerar en su evalua-

⁸⁷ El Tribunal Supremo citaba aquí expresamente a GREEN, E. & NESSON, C., *Problems, Cases, and Materials on Evidence* 649 1983: «tal es la metodología de la ciencia por contraposición a otros campos de investigación». HEMPEL, C., *Philosophy of Natural Science* (1966), 49: «los enunciados que conforman una explicación científica deben poder ser objeto de contrastación empírica»; POPPER, K., *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, 37 (5th ed. 1989): «el criterio del estatuto científico de una teoría es su falsabilidad, refutabilidad o contrastabilidad».

ción, pero no el único ni siquiera el dominante, sino sólo uno entre otros. Por el otro, rechazaba aceptar un laxo «Todo vale» y se acogía muy explícitamente a la metodología clásica de la ciencia expresada por la denominada «Concepción Heredada», con la corrección, también explícita, del racionalismo crítico popperiano, indudablemente una opción *risqué* para un tribunal de justicia. Si la resolución puede parecer centrada entre dos extremos, también puede verse como un intento de sustituir la vaguedad de la tesis tradicional de la aceptación general por el acogimiento de la metodología neopositivista de la ciencia y los estándares pragmáticos de la evaluación por pares y publicación en revistas de prestigio en cada especialidad.

El marchamo de la buena ciencia seguía hasta cierto punto dependiendo de la posición dominante públicamente asumida en cada sector de la comunidad científica y, desde luego, quedaba antes en sus manos y en las del juez que admitía o rechazaba tal o cual testimonio que en las del jurado. La acusación de elitismo no se haría, como veremos, esperar.

Sin embargo, el Tribunal hizo frente a las aprensiones manifestadas por las partes en el proceso y, particularmente, las contenidas en los dos escritos de *amici curiae* antes citados para tratar de justificar una posición intermedia entre ambos:

– A la preocupación, manifestada por los demandados, de que el abandono del estándar de la «aceptación general» diera lugar a una «entrada gratis» con la confusión consiguiente de los jurados ante «afirmaciones absurdas e irracionalmente pseudocientíficas», contestó el Tribunal tildándola de excesivamente pesimista sobre la capacidad de los jurados y del sistema procesal: «un careo vigoroso, la presentación de pruebas contrarias y una instrucción cuidadosa sobre la distribución de la carga de la prueba» son, señaló, medios suficientes y apropiados para discutir pruebas débiles pero admisibles. Además, siempre queda la posibilidad de que el Juez, vista la claridad de la ley aplicable, se niegue a dejar el caso en manos del jurado y lo resuelva directamente.

– Y a la aprensión, expresada por los demandantes –y, más en particular, por el escrito de Bayer–, de que el refuerzo del poder de control del Juez podría llevar a la asfixia de la heterodoxia y de la creatividad en beneficio de una ortodoxia represora y en detrimento de la búsqueda de la verdad, contestó el Tribunal que aunque el debate abierto es parte esencial del análisis científico y legal, «hay diferencias importantes entre la búsqueda de la verdad en la sala de vistas de un tribunal y la que tiene lugar en un laboratorio: las conclusiones científicas están sujetas a revisión perpetua. El derecho,

en cambio, debe resolver disputas de forma definitiva y pronta». Ciertamente, en la práctica, la función de guardián atribuida al Juez podría impedir ocasionalmente que un jurado supiera de innovaciones o puntos de vista de verdadero interés, pero tal es «el equilibrio alcanzado por las *Rules of Evidence*, diseñadas para la resolución de disputas concretas y no para la búsqueda exhaustiva de una comprensión cósmica».

El entonces presidente del Tribunal, William Rehnquist, redactó un voto particular, al que se adhirió el magistrado John Paul Stevens, en el cual manifestaba las dudas que le suscitaba la generalidad de los criterios explicitados en *Daubert*: ¿eran aplicables sólo a la ciencia, también a la técnica y a otros saberes prácticos?, pero, sobre todo, expresaba su perplejidad como juez ante la diferencia esencial entre los debates sobre cuestiones legales que suele caracterizar a la mayor parte de los procesos judiciales y la discusión sobre la esencia de la buena ciencia, situada por las partes y sus *amici curiae* en un filosófico plano metacientífico, plano al que, además, el Tribunal se había dejado indebidamente llevar:

[...] «Los distintos escritos presentados en este caso se diferencian claramente de los escritos típicos en la circunstancia de que no tratan de casos resueltos o de la interpretación de la ley [...] sino que lo hacen sobre definiciones de conocimiento científico, método científico, validez científica y control por pares, en resumen, sobre cuestiones muy alejadas de la formación y experiencia de los jueces. Ello no quiere decir que tales materiales no sean útiles o incluso necesarios para decidir cómo aplicar la Regla 702, pero lo insólito de la materia objeto de nuestra decisión debería llevarnos a proceder con gran cautela a la hora de decidir más de lo que tenemos que resolver, pues podríamos acabar abarcando más de lo que podemos aferrar.»

Rehnquist, un magistrado pragmático y conservador que dominó el Tribunal durante muchos años, confesaba con sincera humildad su ignorancia sobre las disputas de los filósofos y, en particular, sobre la filosofía falsacionista de Sir Karl Popper:

[...] «Nadie me ganará en confianza en los Jueces federales, pero me siento absolutamente perdido a la hora de entender qué se quiere decir cuando se afirma que el estatus científico de una teoría depende de su “falsabilidad”, y sospecho que algunos de aquéllos también lo estarán.»

[...] «No dudo que la Regla 702 confía a los Jueces responsabilidades como guardián para decidir cuestiones sobre la admisibilidad del testimonio de un experto. Pero no creo que les imponga la obligación o les confiera la autoridad para actuar como científicos aficionados.»

Estas críticas son acertadas. A la vieja intuición de que la función de los Tribunales de Justicia es resolver casos de acuerdo con la ley y el derecho suma la de que la filosofía falsacionista de Popper fue –como él mismo se habría encargado de recordarnos– un hito más en una búsqueda sin término, pero ninguna piedra de toque sobre la bondad de la ciencia. Naturalmente, nadie discute hoy que, desde un punto de vista cualitativo, la aceptabilidad de una ley científica o de toda una teoría dependen de la cantidad, calidad, dureza y variedad de los tests a que se ven sujetas⁸⁸, pero la tesis de que las hipótesis científicas son falsables –de que pueden sujetarse a un universal y decisivo *modus tollens*– no es, estrictamente hablando, correcta, pues nada se deriva de una ley general por sí sola: la contrastación de cualquier hipótesis requiere la adopción de asunciones auxiliares, es decir, de afirmaciones adicionales sobre las condiciones bajo las cuales la hipótesis misma será contrastada⁸⁹, no es, por así decirlo, simple deducción⁹⁰.

Y, cuando, en el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, el Juez Kozinski, –otro prestigioso juez federal– hubo de aplicar disciplinadamente la batería de consideraciones sobre la buena ciencia establecida por *Daubert*, no dejó de reflejar expresamente las aprensiones de Rehnquist y la huida del caso que representaba la discusión básica asumida por el Tribunal Supremo:

«Aunque [los jueces federales] carecemos de una educación estrictamente científica y no podemos compararnos con los testigos cuyo testimonio vamos a evaluar, es nuestra responsabilidad determinar si el testimonio proveniente de estos testigos propuestos alcanza la consideración de “conocimiento científico”, constituye “buena ciencia” y “deriva de la aplicación del método científico”».

«La tarea es aún más desalentadora cuando la disputa concierne cuestiones que están en el filo de la investigación científica, donde el hecho confina con la teoría y la certeza deviene probabilidad [...]»

⁸⁸ Véase, por ejemplo, LOSEE, *A Historical Introduction to Philosophy of Science*, cit., p. 179.

⁸⁹ Es la crítica habitual al deductivismo de Popper: véase, por todos, ROSENBERG, *Philosophy of Science*, cit., p. 113.

⁹⁰ Además, y como explican DÍEZ y MOULINES, *Fundamentos*, cit., pp. 432-434, el falsacionismo ingenuo es inaceptable de hecho y de derecho: de hecho, porque la historia muestra que no siempre se abandona una teoría tras una o más contrastaciones desfavorables; las anomalías empíricas plagan las teorías, pero no son necesariamente letales. Y de derecho, porque los denominados datos empíricos a los que acudimos para la contrastación nunca son neutrales, sino que –como el propio Popper había reconocido– están teóricamente «cargados», presuponen conceptos teóricos y lo que hay, en el fondo, es un «conflicto entre hipótesis teóricas». Como concluyen los autores citados, «Popper tiene razón al decir que cuando las cosas van mal algo hay que hacer, pero no la tiene al decir que lo que hay que hacer es cambiar de teoría». No siempre ha sido así.

«Nuestra responsabilidad es entonces, si no hemos malentendido al Tribunal Supremo, resolver disputas entre científicos respetados y dotados de buenas credenciales en áreas de su propia especialidad, en las cuales no existe consenso acerca de qué es “buena ciencia” y, ocasionalmente, inadmitir su testimonio porque no deriva de la aplicación del “método científico”. Conscientes de nuestra posición en la jerarquía del sistema judicial federal, tomamos aire profundamente y abordamos esta embriagadora tarea»⁹¹.

Entonces y descendiendo al caso concreto para aplicar las consideraciones de *Daubert*, el Tribunal de apelación señaló:

[...] «Después de haber examinado cuidadosamente los testimonios de los expertos presentados por una y otra parte [...] concluimos que ninguno de los expertos en cuestión ha basado su testimonio en investigaciones independientes o previas a este litigio.»

[...] «El derecho de daños californiano [aplicable al caso] no sólo exige que Bendectin incrementara la probabilidad de daño, sino que lo hiciera de tal modo que resultara más probable causarlo efectivamente que no causarlo. En términos estadísticos, esto significa que los demandantes prueben no sólo que la ingestión de Bendectin incrementara de algún modo la probabilidad de malformaciones fetales, sino que lo hiciera en más del doble, pues únicamente entonces podría decirse que resulta más probable que Bendectin sea la causa de los daños que lo contrario. Dado que la tasa de daños en los miembros del cuerpo es de uno por cada mil niños nacidos, los demandantes deben probar que, entre los niños cuyas madres consumieron Bendectin, la incidencia de tales defectos fue superior a dos por mil.»

13. SECUELAS DE DAUBERT: MODIFICACIÓN DE LA REGLA 702 DE LAS FEDERAL RULES OF EVIDENCE

En los años que siguieron, el Tribunal revalidó *Daubert* en dos ocasiones⁹² y, en esta década, hizo lo propio el Tribunal de Apelaciones del 11.º Circuito federal, en *Rider v. Sandoz Pharmaceutical Corp.* [295 F.3d 1194 (11th Cir. 2002)], donde se discutió si Parlo-del, un medicamento indicado para interrumpir la lactancia materna (principio activo: bromocriptina, un alcaloide), incrementaba

⁹¹ *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 34 F.3d 1311 (9th Cir. 1995); citado por HENDERSON/TWERSKI, *Products Liability: Problems and Process*, 5th ed. Aspen, New York, 2004, pp. 121-122.

⁹² *General Elec. Co. v. Joiner* [522 U.S. 136 (1997)], un caso en el cual el demandante alegaba que su exposición a bifenilos policlorinados (PCB's) le había provocado cáncer de pulmón; y *Kumho Tire Co. v. Carmichael* [526 U.S. 137 (1999)], caso en el que los actores argumentaban que el accidente de circulación que habían sufrido se debió al reventón de un neumático defectuoso.

las probabilidades de un derrame cerebral. El Tribunal, aplicando *Daubert*, resolvió que la reclamación no estaba suficientemente fundada, pues no había conseguido superar el análisis multifactorial que aquella sentencia establecía: 1) si la teoría alegada por los demandantes ha sido o no contrastada; 2) si ha sido sujeta a control por pares; 3) si se conoce la tasa de error real o potencial, y 4) si la teoría aplicada o la metodología empleada son generalmente aceptadas por la comunidad científica⁹³.

Por su parte, el legislador federal llevó a la ley los estándares establecidos en *Daubert* y modificó en 2000 la Regla 702 de las *Federal Rules of Evidence*:

«Cuando los conocimientos científicos, técnicos u otros especializados puedan servir al Jurado para entender las pruebas o establecer los hechos del caso, podrá tenerse en cuenta el testimonio de un perito experto por razón de conocimiento, habilidad, experiencia, formación o educación en el que exprese su opinión si (1) el testimonio está suficientemente fundado en hechos o datos fiables, (2) el testimonio es producto de principios y métodos fiables y (3) el testigo aplica los principios y métodos a los hechos del caso de forma fiable» (*«If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is sufficiently based upon reliable facts or data. (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case»*).

14. EVALUACIÓN Y CONCLUSIONES

En el sistema judicial norteamericano, *Daubert*, en la jurisdicción federal y en la última década del siglo pasado ha jugado, con la prueba de la causalidad, un papel semejante al que interpretaría *State Farm v. Campbell*⁹⁴, en aquella jurisdicción y en las estatales en la década inicial de este siglo con las indemnizaciones puniti-

⁹³ Obsérvese que la Sentencia omite una de las consideraciones de *Daubert*: la existencia o el mantenimiento de controles o estándares, pero que quizás puede entenderse subsumido en las expresamente citadas.

⁹⁴ *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell* [538 U.S. 408 (2003)]. El Tribunal Supremo Federal declaró inconstitucional un veredicto que condenaba a una aseguradora a satisfacer una indemnización por daños punitivos de 145.000.000 \$ y resolvió que, como regla de principio, una indemnización punitiva no puede superar el importe que resulte de multiplicar la indemnización compensatoria por 10. Véase, para un resumen de la sentencia y sus antecedentes, SALVADOR CODERCH, Pablo/AZAGRA MALO, Albert, «Juan Ramón Romo v. Ford Motor Co.: Indemnización sancionatoria a la baja», *Indret* 1/2004.

vas: ambas sentencias han reducido el poder de los jurados, sea ya y en el primer caso (limitadamente a la jurisdicción federal)⁹⁵ la de determinar la causalidad a partir de la opinión indiscriminada de un presunto experto, sea ya y en el segundo (en el derecho federal y estatal) la de dictar un veredicto sobre daños punitivos por varias docenas o centenares de veces del importe de los daños compensatorios.

Ello y la variada recepción de la trilogía de *Daubert* en las jurisdicciones estatales explican que la literatura y la abogacía más próximas a los demandantes potenciales tiendan a criticar ambos precedentes, pues uno y otro habrían reforzado la posición de los demandados, muchas veces compañías mercantiles, a la hora de defender sus respectivas posiciones en un pleito de derecho de daños, particularmente en los casos de daños potencialmente masivos causados por medicamentos o productos químicos (*toxic torts*)⁹⁶.

En la literatura secundaria reciente más crítica que ha analizado la Sentencia comentada y su grado de acierto a la hora de ofrecer al Juez indicaciones normativas sobre la buena ciencia, destaca un artículo publicado en 2005 por los profesores Margaret A. Berger, una distinguida especialista en derecho procesal sobre la prueba, y Aaron Twerski, uno de los escritores más reputados sobre responsabilidad del fabricante y antiguo coponente del último *Restatement* sobre la materia⁹⁷. Parten en él de la consideración obvia de que *Daubert* ha alzado un obstáculo en el camino de los demandantes que alegan haber sufrido daños por el uso o consumo de tal o cual producto, usualmente un medicamento –de hecho, los casos Bendectin y Parlodel constituyen las dos referencias del artículo– y sobre cuya potencial toxicidad no hay constancia en la comunidad científica. En tal caso, señalan los autores, difícilmente prevalecerían los demandantes en un juicio sobre defecto de producto. Salvo en un punto, con todo: la incertidumbre sobre la toxicidad, la imposibilidad actual de la ciencia de dar respuesta a todas las preguntas no elimina la incertidumbre misma, ni –por tanto– la conveniencia de informar a los consumidores sobre el hecho mismo de la incertidumbre:

«Defendemos», escriben Berger y Twerski, «que ha llegado la hora de que los tribunales reconozcan el derecho de los pacientes a prestar su consentimiento informado sobre los riesgos asociados al

⁹⁵ En los distintos Estados, la recepción de *Daubert* ha sido desigual. Véase BERNSTEIN, David E./JACKSON, Jeffrey D., «The Daubert Trilogy in the Status», 44 *Jurimetrics J.* 351 (2004): 22 siguen la regla, pero solo 7 incluyen sus extensiones posteriores; 5 jurisdicciones más aplican *Daubert* como regla orientativa.

⁹⁶ Véase la síntesis reciente que ofrece CUPP, Richard L., Jr., «Believing in Products Liability: Reflections on Daubert, Doctrinal Evolution, and David Owen's Products Liability Law», 40 *U.C. Davis L. Rev.* 511 (2006). Para la literatura anterior, en HENDERSON, James A./TWERSKI, AARON D., *Products Liability*, cit., p. 123.

⁹⁷ BERGER, Margaret A. y TWERSKI, Aaron, «Uncertainty and Informed Choice: Unmasking Daubert», 104 *Michigan L. Rev.* 257 (2005).

consumo de un medicamento que no requeriría a los demandantes probar que el agente tóxico fue la causa del daño sufrido por el demandante»⁹⁸.

La tesis, que los autores limitan de momento a medicamentos no terapéuticos (*lifestyle drugs*)⁹⁹ propone un paso más en la línea, ya defendida anteriormente por la propia Margaret BERGER y otros autores, según la cual, la incertidumbre científica bloquea la causalidad –y limita por tanto su apreciación por los jurados–, pero no la obligación de advertir y prevenir: los fabricantes, en general, y los laboratorios farmacéuticos, en particular, deberían informar al público sobre los riesgos potenciales de un producto, aunque ello no pudiera sustentarse científicamente, como exige *Daubert*¹⁰⁰. El remedio propuesto sería la indemnización por daños morales derivados de la privación de la posibilidad de decidir informadamente sobre el consumo del producto.

Berger y Twerski afirman que, en ocasiones, los análisis de seguridad y toxicidad realizados por el fabricante y por la agencia reguladora no permiten afirmar una relación causa-efecto entre el consumo del producto de que se trata y la producción de tales o cuales daños, pero que ello es así por las limitaciones propias del proceso de investigación y desarrollo que no deja lugar para hacerlo todo: para excluir, por falta de dimensión de los ensayos, efectos adversos extraordinariamente raros, para tener en cuenta posibles otras sustancias que algunos consumidores podrían llegar a usar además del producto analizado, para conocer –hoy– efectos relacionados con la dotación genética de algunos pacientes, etc. La doctrina propuesta serviría, en su opinión, para restaurar el equilibrio roto por *Daubert*.

A favor de *Daubert*, en cambio, se ha puesto de manifiesto que el intento del Tribunal Supremo federal en resaltar la distinción entre buena ciencia y pseudociencia –o, como es más frecuente escribir hoy, ciencia basura (*junk science*)– ha ejercido una influencia benéfica sobre el sistema legal, en tanto en cuanto ha llamado la atención sobre la necesidad de exigir credenciales fiables a los expertos presentados por las partes respondiendo además al desiderátum natural de cualquier ciudadano –es decir, de cualquier miembro potencial de un jurado– quien, idealmente, ansía gestionar sus asuntos o adoptar decisiones que le conciernen tras infor-

⁹⁸ *Ibid.*, p. 259.

⁹⁹ «[I]ts purpose is to avoid discomfort or to improve lifestyle» (*Ibid.*, p. 259); «[W]hen a drug is prescribed not for therapeutic purposes, but rather, for aesthetic or palliative relief» (*Ibid.*, p. 288). La categoría es más amplia que las sustancias que, en derecho español, son productos de higiene personal y cosméticos [art. 8 m) y n) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios].

¹⁰⁰ BERGER, Margaret A., «Eliminating General Causation: Notes Toward a New Theory of Justice and Toxic Torts», 97 *Columbia L. Rev.* 2117 (1997). También, PORAT, Ariel/STEIN, Alex, «Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable», 18 *Cardozo L. Rev.* 1891 (1997); y LI FELDMAN, Heidi, «Science and Uncertainty in Mass Exposure Litigation», 74 *Texas L. Rev.* 1 (1995).

marse por boca del mejor profesional en lugar de tener que hacerlo después de oír a cualquiera que se autoerige como tal. La función de *Daubert* es primariamente didáctica.

En la literatura secundaria, este punto de vista ha sido resaltado por Edward Cheng y Albert Yoon, en un artículo recientemente publicado en el que se pone de manifiesto que los resultados prácticos de la aplicación de *Daubert* no discrepan sustancialmente de los obtenidos con el viejo estándar de *Frye*. La diferencia radica en el énfasis, puesto ahora en la buena ciencia, en lugar de en aquella que resultaba generalmente aceptada ¹⁰¹.

Parecidamente, David Bernstein ha sostenido que la litigación de Bendectin en los años setenta y ochenta del siglo pasado configuró un ejemplo típico de manipulación de la sensibilidad de los pacientes por grupos de intereses que pretendían llenar las salas de vista de los tribunales con ciencia basura ¹⁰²; la propuesta de BERGER/TWERSKI, señala, amplía injustificadamente los errores potenciales de decisión derivados de la alegación de daños puramente emocionales que además carecen de base causal.

En conclusión, el esfuerzo realizado desde *Daubert* en pro de filtrar y mejorar la evidencia científica –y, en general, la calidad de los peritajes– ha merecido la pena, es positivo y, sobre todo, una vez descartado el criterio de la aceptación generalizada anteriormente aplicado, caen por su base las críticas contra el nuevo conjunto de estándares –por lo demás, muy flexibles– a los que se censuraría de permanecer anclados en la ortodoxia, en detrimento de tesis minoritarias, de teorías emergentes o, incluso, de hipótesis osadas. No es así. Buena ciencia no es equivalente a saber absoluto o imperfectible, como no lo es a saberes establecidos o dominantes. Bajo *Daubert* no hay lugar a desconsiderar los sesgos derivados de los intereses particulares de las comunidades científicas y de expertos; antes bien, está claro que los más no tienen por qué ser los mejores, que la suma de autoridades no es un factor de decisión, como en cambio lo era en *Frye*. Los criterios de *Daubert* y la misma idea de que no constituyen un *numerus clausus* permiten al Juez evaluar la propuesta de testimonio científico (o técnico) y excluir «ciencia basura» de las salas de vista.

Por último, una acotación importante a la hora de valorar la evaluación normativa que supone *Daubert* debe partir de la constatación de que, nuestro sistema jurídico –en el derecho español– no existe la dicotomía de funciones entre un Juez y un Jurado, entre la

¹⁰¹ CHENG, Edward K. y YOON, Albert, «Does Frye or Daubert Matter? A Study of Scientific Admissibility Standards», 91 *Va. L. Rev.* 471 (2005).

¹⁰² BERNSTEIN, David F., «Learning the Wrong Lessons from “An American Tragedy»: A Critique of the Berger-Twerski Informed Choice Proposal”, 104 *Mich. L. Rev.* 1961 (2006).

decisión sobre el derecho aplicable y la que tiene como objeto los hechos y, concretamente, la causalidad. En nuestro derecho, ambas funciones corresponden a un Juez de carrera, típicamente, al Juez de Primera Instancia y, por ello, las aprensiones manifestadas desde la perspectiva del sistema procesal norteamericano y de la prevalencia del juicio de jurados no tienen lugar aquí: el intento, en nuestra cultura, de forzar al alza la calidad de los peritajes científicos y tecnológicos, la ambición por atraer al caso a la buena ciencia en lugar de limitarse a la ortodoxia —a las concepciones científicas dominantes— o, acaso peor aún, a la ciencia basura no es ajeno a la regulación de la excepción de riesgos de desarrollo: el mejor sentido de ambas expresiones —«*state of art*» o «estado de los conocimientos científicos»— coincide con la búsqueda de la excelencia, no con la detentación del poder en la academia o en los laboratorios ni con la pseudociencia.

15. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AZAGRA MALO, A. (2007), *La tragedia del amianto y el derecho español*, Atelier, Barcelona.
- BARNES, B. (1974), *Scientific Knowledge and Sociological Theory*, Routledge, London.
- BARNES, B./BLOOR, D./HENRY, J. (1996), *Scientific Knowledge: A Sociological Analysis*, Chicago University Press, Chicago.
- BERGER, M. A. (1997) «Eliminating General Causation: Notes Toward a New Theory of Justice and Toxic Torts», 97 *Columbia L. Rev.* 2117.
- BERGER, M. A./TWERSKI, A. (2005), «Uncertainty and Informed Choice: Unmasking Daubert», 104 *Michigan L. Rev.* 257.
- BERNSTEIN, D. E. (2006), «Learning the Wrong Lessons from “An American Tragedy”: A Critique of the Berger-Twerski Informed Choice Proposal», 104 *Mich. L. Rev.* 1961.
- BERNSTEIN, D. E./JACKSON, J. D. (2004), «The Daubert Trilogy in the Status», 44 *Jurimetrics J.* 351.
- BRAIHWAITTE, R. B. (1953), *Scientific Explanation*, Cambridge University Press, Cambridge.
- BUNGE, M., *La Investigación Científica. Su Estrategia y su Filosofía*, 3.ª ed. española (trad.: Manuel Sacristán), Ariel, Esplugues de Llobregat, 1973 (1.ª ed. en inglés: 1967).
- CARNAP, R. (1950), *Logical Foundations of Probability*, University of Chicago Press, Chicago.
- CHENG, E. K./YOON, A. (2005), «Does Frye or Daubert Matter? A Study of Scientific Admissibility Standards», 91 *Va. L. Rev.* 471.
- CUPP, R. L. Jr. (2006), «Believing in Products Liability: Reflections on Daubert, Doctrinal Evolution, and David Owen’s Products Liability Law», 40 *U.C. Davis L. Rev.* 511.
- DIEZ, J. A./MOULINES, C. U. (1997), *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, Ariel, Barcelona.

- DURANY PICH, S., «Padres y maestros», *InDret* 1/2000.
- FELDMAN, H. L. (1995), «Science and Uncertainty in Mass Exposure Litigation», *74 Texas L. Rev.* 1.
- FEYERABEND, P. (1975), *Against the Method*, Verso, Londres.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual», *InDret* 2/2001.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C./LUNA YERGA, Á./RAMOS GONZÁLEZ, S., «Todos a una. Jurisdicción competente para condenas a la Administración Pública y a su compañía aseguradora», *InDret* 1/2004.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C./LUQUE PARRA, M./RUIZ GARCÍA, J. A., «Accidentes de trabajo y responsabilidad civil», *InDret* 2/2000.
- GRIBBIN, J. (2002), *Science, A History (1543-2001)*, Allen Lane, London.
- HEMPEL, C. G. (1965), *Aspects of Scientific Explanation*, Free Press, New York.
- HENDERSON, J. A./TWERSKI, A. D. (2004), *Products Liability. Problems and Process*, 5.ª ed., Aspen Publishers, New York.
- JUDSON, H. F. (2004), *Anatomía del fraude científico*, Crítica, Barcelona, 2006 [traducción de David León, del original en inglés, *The Great Betrayal: Fraud in Science*, Harcourt, Orlando (Fl.)].
- KUHN, T. (1996), *The Structure of Scientific Revolutions*, 3rd edition, University of Chicago Press, Chicago.
- KULLMANN, H. J. (2004), *Produkthaftungsgesetz. Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ProdHaftG). Kommentar*, 4.ª ed., Erich Schmidt Verlag, Berlin.
- LAUDAN, L. (1977), *Progress and its Problems*, University of California Press, Berkeley.
- LONGINO, H. (1995), *Science as Social Knowledge: Values and Objectivity in Scientific Inquiry*, Princeton University Press.
- LÓPEZ MENUDO, F., «Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos de desarrollo. Un paso adelante en la definición del sistema», *Derecho y Salud*, Vol. 8, núm. 2, julio-diciembre 2000.
- LOSEE, J., *A Historical Introduction to the Philosophy of Science*, 3rd edition, University Press, Oxford, New York, 1993 (1.ª ed.: 1972).
- LUQUE PARRA, M./RUIZ GARCÍA, J. A., «Accidente de trabajo, responsabilidad civil y competencia de jurisdicción», *InDret* 3/2002.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., *Informe sobre la aplicación judicial de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (2002-2005)*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, septiembre 2005.
- MCBRIDE, W., «Thalidomide and congenital abnormalities [letter]», *The Lancet* 1961; 2: 1358.
- MERTON, R. K. (1973), *The Sociology of Science*, University of Chicago Press, Chicago.
- MILDRED, M., «The development risks defence», en FAIRGRIEVE, Duncan, *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 167-191.
- NAGEL, E., *The Structure of Science*, Hackett, Indianapolis, 1977 (1ª ed.: Harcourt, New York, 1961).
- OESCHLER, J., «§1 ProdHaftG» en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 826-829; Produkthaftungsgesetz*, Edición revisada, De Gruyter, Berlin/New York, 2003.
- OWEN, D. (2005), *Products Liability Law*, Thomson-West, St. Paul (Min).

- PARRA LUCÁN, M. Á., «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», en REGLERO CAMPOS, L. Fernando, del *Tratado de responsabilidad Civil*, 3.^a edición, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2006, capítulo XIII, pp. 1425 ss.
- POPPER, K., *The Logic of Scientific Discovery*, Hutchinson, London, 1958 (traducción revisada del original en alemán *Die Logik der Forschung*, 1935).
- PORAT, A./STEIN, A. (1997), «Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable», 18 *Cardozo L. Rev.* 1891.
- PRIETO MOLINERO, R. J. (2005), *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Dykinson, Madrid.
- PUTNAM, H. (1984), «What is Realism?» En LEPLIN, Jarrett (Ed.), *Scientific Realism*, University of California Press, Berkeley.
- QUINE, W. V. O. (1951), *From a Logical Point of View*, Cambridge University Press, Cambridge, Massachusetts.
- *Word and Object*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1961.
- RAMOS GONZÁLEZ, S. (2004), *Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones*, Thomson-Civitas, Madrid.
- ROSEN, M. (1979), *The Sunday Times Thalidomide Case: Contempt of Court and the freedom of the Press*, Writers' & Scholars' Educ. Trust, Londres.
- ROSENBERG, A. (2003), *Philosophy of Science. A contemporary Introduction*, London and New York, Routledge.
- *Philosophy of Social Science*, Clarendon Press, Oxford, 1988.
- RUIZ GARCÍA, J. A./SALVADOR CODERCH, P., «El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil. Presupuestos económicos, epidemiológicos, culturales y legales», *InDret* 3/2002 e *InDret* 4/2002.
- SALVADOR CODERCH, P./AZAGRA MALO, A., «Juan Ramón Romo v. Ford Motor Co.: Indemnización sancionatoria a la baja», *InDret* 1/2004.
- SALVADOR CODERCH, P./FERNÁNDEZ CRENDE, A., «Causalidad y responsabilidad», *InDret* 1/2006.
- SALVADOR CODERCH, P./RAMOS GONZÁLEZ, S./LUNA YERGA, Á., «Un ojo de la cara», *InDret* 3/2000 y 4/2000.
- SALVADOR CODERCH, P./SEUBA TORREBLANCA, J. C./LUNA YERGA, Á./RAMOS GONZÁLEZ, S./RUIZ GARCÍA, J. A., «Hepatitis y riesgos de desarrollo», *InDret* 1/2000.
- SALVADOR CODERCH, P./SOLÉ FELIU, J. (1999), *Brujos y aprendices: Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.
- SANDERS, J. (1998), *Bendectin on Trial: A Study of Mass Tort Litigation*, University of Michigan Press, Ann Arbor.
- SCHEFFLER, I. (1976), *Science and Subjectivity*, Bobbs-Merril, Indianapolis.
- SEUBA TORREBLANCA, J. C. (2002), *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y la Hepatitis*, Civitas, Madrid.
- «Hepatitis C», *InDret* 1/2000.
- «Las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 25 de abril de 2002 sobre la Directiva 85/374, de productos defectuosos: una directiva imperativa, no de mínimos», *InDret* 3/2002.
- SOKAL, A./BRICMONT, J. (1998), *Fashionable Nonsense: Postmodern Intellectuals Abuse of Science*, Picador, New York.
- SOLÉ FELIU, J. (1997), *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- STAPLETON, J. (1994), *Product Liability*, Butterworth, London.
- STEGMÜLLER, W. (1979), *The Structuralist View of Theories*, Springer, Berlin.
- STEPHENS, T. /BRYNNER, R. (2001), *Dark Remedy. The Impact of Thalidomide and Its Revival as a Vital Medicine*, Perseus, Cambridge, Massachusetts.
- SUPPES, P. (1954), «Some Remarks on Problems and Methods in the Philosophy of Science», *21 Philosophy of Science*.
- SUPPE, F. (1977), *The Structure of Scientific Theories*, State University of New York Press, Albany.
- VAN DAM, C. (2006), *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford.
- VAN FRASSEN, B. (1980), *The Scientific Image*, Oxford University Press, Oxford.
- VICENTE DOMINGO, E./BELLO PAREDES, S. A., «La responsabilidad de las administraciones públicas por los riesgos de desarrollo en el ámbito sanitario, a la luz de la última jurisprudencia del TJCE», *Actualidad Civil*, 15, 8 al 14 de abril de 2002, pp. 535 ss.
- WAGNER (2004), «Kommentierung des Produkthaftungsgesetzes», en ULMER, Peter (Redakteur), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht · Besonderer Teil*, 4. Auflage, C.H. Beck, München.
- WERTHEIMER, E., «The Biter Bit: Unknowable Dangers, The Third Restatement, and the Reinstatement of Liability Without Fault», *Villanova University School of Law Working Paper Series 17/2005* (<http://law.bepress.com/villanovawps/papers/art27>).

La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar*

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

La figura tradicionalmente conocida como «delegación de la facultad de mejorar», recogida en la versión original del artículo 831 del CC, presentó desde su incorporación al texto codificado un atractivo para la literatura jurídica muy alejado de su efectiva importancia práctica. Ni el parco tenor literal primero, ni la modificación producida en 1981 destinada a incrementar su uso, han podido superar lo que para algunos respondía a la falta de tradición y arraigo y para otros era el resultado de los abundantes problemas prácticos ocasionados por una institución extraña al sistema sucesorio del CC. La farragosa y reglamentista versión dimanante de la Ley 41/2003 semeja un nuevo intento de dar un impulso a una institución cuya bondad han acreditado sobradamente algunos ordenamientos «forales» (hoy autonómicos) que contienen instituciones parecidas. Sin duda, su forzado encaje en una ley destinada a cumplir unos fines que sólo indirectamente coinciden con la figura que nos ocupa, la ausencia de un abordaje medianamente completo de la reforma del régimen sucesorio del Código, cuya obsolescencia la doctrina viene denunciando desde hace décadas, y la defectuosa técnica legislativa de que adolece la nueva y compleja redacción siguen invitando al intérprete a buscar las mil y una aristas de la fiducia sucesoria recogida en el precepto. Que el nuevo texto vaya a servir además para cumplir los deseables fines que probablemente estaban en la mente del legislador es mucho más discutible

* El presente trabajo se enmarca dentro de la ejecución de los Proyectos de Investigación, «Derecho de sucesiones en Europea y libertad de testar: situación sustantiva, unificación conflictual y posición de los Derechos civiles autonómicos» (Ref. SEJ2007-65950/JUR), subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia y el FEDER, y «A nova Lei 2/2006 de dereito civil de Galicia no actual proceso europeo de unificación do dereito de sucesións: implicacións para a emigración galega» (Cod. PGIDIT6CS-C20201PR), subvencionado por la Consellería de Innovación e Industria de la Xunta de Galicia.

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Antecedentes históricos*.—III. *Naturaleza*.—IV. *Requisitos*: 1. De la delegación: A) Formales. B) Subjetivos. C) Objetivos. 2. Del ejercicio de la facultad: A) Capacidad. B) Aceptación del encargo. C) Formales. D) Revocabilidad. E) Objetivos. F) Temporales. G) ¿Es un presupuesto la subsistencia del vínculo matrimonial en el momento del fallecimiento del comitente? H) Extinción.—V. *Contenido de la facultad delegada*: 1. Amplitud del encargo. 2. Mejorar. 3. Realizar adjudicaciones, atribuciones o particiones. 4. Otras posibles facultades. 5. Límites: A) Las legítimas. B) Las disposiciones del causante.—VI. *Facultad de administración de los bienes y situación interina de la herencia*.—VII. *La atribución de la posesión de los bienes específicos y determinados atribuidos por el supérstite*.—VIII. *Epílogo*.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad introduce, como es sabido, reformas de cierta importancia en el Derecho de sucesiones del CC¹. Una de las más relevantes es, sin duda, la que deriva de la nueva redacción del artículo 831 del CC, sede de la tradicionalmente llamada «delegación de la facultad de mejorar» presente desde la publicación de la versión original del Código.

El precepto, que ya había sufrido una primera reforma en 1981, pasa ahora a tener una extensión² y una enjundia que, con toda probabilidad, exceden en mucho de su importancia práctica pues, como es de sobra conocido por muchas veces denunciado, en ninguna de sus versiones anteriores se mostró como una institución de gran uso en los territorios de Derecho común y apenas ha tenido repercusión en la jurisprudencia³.

La primera curiosidad que cabe advertir sobre la nueva versión de la figura clásica se desprende ya de la Exposición de Motivos

¹ Reformas que, como en otras ocasiones, merecen para TORRES GARCÍA, T. el calificativo de «reiteradas y especialmente fragmentarias» («Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio», *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 9-34, espec. p. 10), así como «erráticas», caracterizadas además por la ausencia de una visión de conjunto («Legítima y legitimarios y libertad de testar (Síntesis de un sistema)», *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 173-227, espec. p. 174.

² La modificación ha producido la hipertrofia del artículo, en palabras de FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 CC», *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, BELLO JANEIRO, D. (coord.), Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2005, pp. 117-141, espec. p. 118.

³ Un análisis de las sentencias en las que se cita el artículo hasta la fecha de publicación de la obra es realizado por SECO CARO, E., *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo. Estudio sobre el artículo 831 del CC español*, Bosch, Barcelona, 1960, pp. 101 ss. Desde entonces las citas jurisprudenciales del precepto han sido siempre incidentales.

de la ley que, abiertamente, estima que la reforma del artículo 831 del CC obedece al objeto de «introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad»⁴, cuando lo cierto es que el tenor del artículo se limita a dar nuevo contenido a la tradicional fiducia sucesoria, sin que la finalidad expresada en el preámbulo aparezca de ningún modo reflejada en el texto legal. Percatándose de ello, algunos autores que han comentado esta última reforma del artículo 831 tratan de explicar la incoherencia entre la Exposición de Motivos y la norma jurídica. Así, para Roca Guillamón a las funciones tradicionales de la figura consistentes en defender la posición del cónyuge viudo, mantener en vida de éste la paz familiar y, en ocasiones, reequilibrar la posición patrimonial de los hijos, se reconoce una función añadida, la de servir de instrumento de protección del discapacitado, que en nada implica el cumplimiento de los otros objetivos⁵ aunque, como dice, por ejemplo, Florensa, esto no representa ninguna novedad, puesto que ya con la redacción anterior tal finalidad podía ser perfectamente cumplida⁶. Este último autor apunta una interesante perspectiva de comprensión del precepto cuando señala que el discapacitado que se pretende favorecer con la figura puede ser, precisamente, el cónyuge supérstite destinatario de la fiducia, la cual le puede garantizar una mejor atención en la última etapa de su vida al ser quien va a determinar el destino de parte de la herencia de su cónyuge difunto⁷. Por su parte Pereña, tras señalar que en ningún momento la norma menciona a los discapacitados o a los incapacitados, aventura que quizás lo que pretende el legislador es revitalizar una figura de escasa aplicación⁸. Para

⁴ Añade la Exposición de Motivos «[...] De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad [...]».

⁵ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar. (Notas al art. 831 del Código Civil-Ley 41/2003)», *Libro Homenaje al Pr. Manuel Albaladejo García*, t. II, Colegio de Registradores/Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4279-4301, espec. pp. 4283-4284.

⁶ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 120. De hecho, con la redacción original del precepto SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 115, recogía, entre las finalidades del artículo lo siguiente: «Una ulterior justificación puede tener base, si se considera que la distribución desigual puede corregir las diferencias de fortuna o de otras circunstancias entre los diversos hijos, en la labor humanitaria y equitativa que supondrá la mejora a los hijos más necesitados»; este mismo autor en la p. 140 de la obra citada mencionaba la posibilidad de que la atribución de bienes se haga a favor de los incapacitados, si los hay.

⁷ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 119.

⁸ PEREÑA VICENTE, M., «El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado», *La Ley*, 2004, D-41, pp. 1828-1835, espec. p. 1832. En similar sentido,

López Beltrán de Heredia, después de indicar que la reforma se produce «sin beneficio cierto para el incapaz», añade que el precepto puede ser utilizado por cualquier pareja con descendencia común, tenga o no algún descendiente incapacitado y se puede utilizar tanto para favorecer al incapaz, como para desfavorecerlo, como para dejarlo como hubiera estado si tal norma no hubiese existido o no hubiese sido modificada, indicando que, probablemente, con la última reforma se ha intentado, además, potenciar el artículo 831 CC⁹. Sin embargo, en opinión de López Frías, la nueva redacción del precepto puede significar un medio real de protección para el incapaz¹⁰.

Lo cierto es, que al igual que ocurrió con la modificación del 831 en 1981, tampoco la que se produce en el 2003 parece tener conexión directa con el resto de la ley pues, tanto entonces como ahora, los objetivos primigenios de las reformas poco o nada tenían que ver con la ampliación de la facultad de cometer en el cónyuge la distribución de la herencia entre los hijos¹¹, ampliación que en realidad constituye el objetivo directo de la reforma, como incluso se deduce de la Exposición de Motivos¹² y que han llevado a considerar «de dudosa oportunidad» la reforma¹³.

ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831 del Código Civil según redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados*, Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 2005, pp. 157-169, espec. p. 157.

⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831 del Código Civil», *ADC*, 2005, pp. 1115-1152, espec. pp. 1116-117.

¹⁰ LÓPEZ FRÍAS, M. J., «La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil», *Protección del patrimonio familiar*, F. J. Sánchez Calero/R. García Pérez, coord., Valencia Tirant lo Blanch, 2006, pp. 39-73, espec. p. 47.

¹¹ Hasta el punto que DELGADO ECHEVERRÍA, J. ha llegado a decir que las reformas del artículo 831 tienen algún aspecto misterioso, cuestionando a continuación su sentido («Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro...*, cit., pp. 13-171, espec. p. 95). Por su parte para GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales artículos 831 y 1056.2.º del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas», *RJN*, 2005, núm. 55, pp. 121-136, espec. 129, la nueva regulación «[...] ha bebido de las fuentes que invitaban a una concesión generosa de facultades al cónyuge fiduciario» (trabajo publicado también en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Murcia, 2004, pp. 2021-2029).

¹² Hasta el punto que para algunos, tras la modificación de 2003, el precepto permite que los cónyuges en sus respectivos testamentos se atribuyan la facultad de disponer de sus bienes, de modo que –con independencia de la naturaleza privativa o ganancial de los mismos– se consideren los patrimonios como un todo unitario a efectos sucesorios, llegando así a la satisfacción de los intereses de todos los implicados y, a la par, logrando la conservación de los patrimonios familiares (GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales artículos 831 y 1056.2.º del Código Civil...», cit., pp. 135-136). Sin embargo, hay quien estima que la ampliación de facultades es solo aparente, pues las que se introducen expresamente ya existían en el mismo artículo desde el siglo XIX (RODRÍGUEZ-YNUESTO VALCARCE, A., «La reforma del artículo 831 del Código Civil por la Ley 41/2003. La delegación de la facultad de mejorar», *RJN*, 2005, núm. 55, pp. 169-208, espec. p. 182).

¹³ Díez-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones*, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 435.

Desde un punto de vista estrictamente formal el artículo 831 ha pasado a ser un farragoso entramado de normas ordenadas en seis números que pretendidamente recogen las soluciones a los problemas que la doctrina había planteado con el texto anterior, tomando partido en la respuesta a cuestiones discutidas¹⁴. Como decisión de técnica legislativa no creo que haya sido la mejor opción pues, por más párrafos que se incluyan, la regulación expresa de la institución que nos ocupa siempre será incompleta, debiendo interpretarse e integrarse en relación con todo el sistema sucesorio del CC.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Desde su introducción en el CC, el artículo 831 se presenta a sí mismo como una excepción a la prohibición de la delegación de la facultad de mejorar que se contempla en el precedente artículo 830, el cual a su vez constituye para la literatura jurídica española una expresión concreta, al menos parcial, de lo dispuesto en el artículo 670 del CC cuando establece en su párrafo primero que el testamento «*es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario*»¹⁵.

En su redacción original, tomada directamente del artículo 663 del Proyecto de Código civil de 1851, el artículo 831 decía así:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda, que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, lo bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.»

¹⁴ De «deficiente y engorrosa redacción en línea y estilo reglamentista» la califica la nueva redacción, RAMS ALBESA, J., en la revisión y puesta al día de *Elementos de Derecho civil, V, Sucesiones*, J. L. Lacruz y otros, Madrid, Dykinson, 2007, p. 346. Una sucinta referencia de las diferencias normativas expresas más destacadas entre la anterior y la vigente versión del artículo 831 en FUENTESECA, C., «Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Murcia, 2004, pp. 1743-1762, espec. p. 1759.

¹⁵ DE LACOSTE, J., *La mejora*, trad. de la ed. francesa por L. García Guijarro, Hijos de Reus, Madrid, 1913, p. 241, aprecia que si la mejora se hace por testamento el artículo 670 debe bastar; pero las mejoras testamentarias se hacen también por actos *inter vivos* y este último modo de mejorar es el que cae dentro del artículo 830 cuando prohíbe conferir a cualquiera esta facultad de mejorar, puesto que tal derecho es esencial y exclusivo de la persona que da los bienes.

Desde su aparición la doctrina se preguntó si la norma hundía sus raíces en el Derecho castellano o bien había sido tomada de otras fuentes. Al respecto y a pesar de que en la Ley XXXI de Toro se permitía, como excepción a la prohibición general de designación de bienes sobre los que habría de recaer la mejora contenida en la Ley XIX, que esa designación fuese delegada con tal de que los poderes conferidos a un tercero resultasen claros y terminantemente especificados¹⁶, lo cierto es que la razón de su introducción en el texto del Proyecto de García Goyena y a través de él en el Código, más parece responder al deseo de aproximarse a las legislaciones forales, donde eran habituales este tipo de delegaciones, cuyo fin, saludado además como favorable, era el reforzamiento de la posición de viudo y, consiguientemente, el mantenimiento de la paz familiar, concepción avalada por el dato de que sólo se recoge la delegación *inter vivos*¹⁷. Es común repetir las palabras de García Goyena que en sus Concordancias al mentado artículo 663 decía¹⁸:

«En casi todos los contratos o capitulaciones matrimoniales de las provincias de Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente, en el caso de haber muerto intestado su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio, dando a uno más o menos que a otro. Esta facultad era de suma importancia, atendida la legislación foral, por la que venía a ser casi nominal la legítima de los hijos.

Sin embargo, los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaría.

¹⁶ Las limitaciones y cautelas que introducía la ley transcrita al poder testatorio, plantearon numerosas dudas en relación con su alcance; *vid.* ÁLVAREZ DE POSADILLA, J., *Comentarios a las leyes de Toro*, 3.ª imp., Madrid, 1826, pp. 192-197; LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, 3.ª ed., t. I, Madrid, 1853, pp. 564-573. En la doctrina moderna, una panorámica de las distintas posiciones sustentadas por los estudiosos y comentaristas de las Leyes de Toro, NÚÑEZ IGLESIAS, A., *El testamento por comisario*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 1991, pp. 244 ss.

¹⁷ Señala SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 80 «La delegación contenida en el artículo 663 no se estima como posibilidad de cometer la testamentificación del causante, sino como acto de distribución desigual que podía realizar el cónyuge viudo. Indudablemente la Comisión aparece obsesionada con el clima del derecho foral de donde se toma el artículo. Sólo se piensa en la disposición por actos *inter vivos* del caudal familiar». Este mismo autor pone de relieve en pp. 101-103 que la STS de 31 de junio de 1899 recoge el de mantener la sumisión de los hijos y el prestigio de la autoridad paterna como «espíritu o razón filosófica» del artículo 831.

¹⁸ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, 1852, pp. 107-108. La inspiración foral del precepto ocasionó las críticas a la figura entre los juristas contemporáneos y posteriores al Proyecto isabelino, que recoge NÚÑEZ IGLESIAS, A., cit., pp. 311 ss.

El amor de padre o madre, el más puro e intenso de los buenos afectos, merece bien esta distinción.

Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismos felices resultados.»

El Anteproyecto de Código civil de 1888 primero¹⁹, y la versión definitiva del Código de 1889 después, recogen la figura en términos muy similares a los sustentados en el Proyecto de 1851, con redacción casi idéntica y también en sede de mejoras²⁰. Ha de tenerse en cuenta que los requisitos para la aplicación del precepto eran muy rigurosos, pues 1) era preciso que la delegación se pactase precisamente en capitulaciones (escasamente utilizadas en buena parte de los territorios de Derecho común), 2) que el delegante muriese intestado, 3) que el viudo permaneciese en ese estado 4) que los hijos mejorados fuesen comunes 5) que se respetasen las legítimas y las mejoras hechas por el delegante. Por todo ello no era de extrañar que apenas tuviese la figura aplicación práctica, quizás con la excepción de Galicia²¹ y Asturias²², donde ya tenía tradición antes de la promulgación del Código civil y fue utilizada para conseguir la transmisión indivisa del patrimonio familiar²³.

¹⁹ En el artículo 816, subsistencia que llama la atención a NÚÑEZ IGLESIAS, A., cit., p. 315, una vez que como señala este autor, el fin perseguido por aquél –conceder la delegación de la mejora a cambio de la supresión de las especialidades forales implicadas en la atribución de facultades dispositivas a tercero– se había abandonado ya en 1888 y las instituciones forales iban a ser respetadas.

²⁰ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., pp. 87-88, quien sin embargo pone de relieve que el sentido y el valor del 831 es diverso del que tenía su homólogo en el Proyecto de 1851 ya que, legislándose para las regiones de derecho común podía haberse suprimido, pues ya no tiene el carácter de compromiso antes señalado porque el sistema de legítima foral se respeta. Este mismo autor pone de manifiesto que la doctrina castellana no juzga con criterio favorable el artículo y en otro momento posterior señala que sistemáticamente sería más exacto situarlo en otro lugar (p. 96 y nota 9, p. 112 y nota 35). Recientemente RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. IV. *Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 155-204, espec., p. 175 estima que el precepto debiera haber estado ubicado entre los que regulan la partición por el mismo testador, como ocurre con el 1056, que lo es en aras del interés familiar.

²¹ Como pusiera de manifiesto en su día DE FUENMAYOR, A., «Derecho civil de Galicia», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1950, pp. 256-265, aunque este mismo autor también señala que el desconocimiento en la práctica gallega de las capitulaciones encauzó por otras vías la delegación de la facultad de mejorar, algunas de las cuales fueron admitidas por el Tribunal Supremo. *Vid.* también sobre la delegación de facultad de mejorar en Galicia, antes y después del Código Civil, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo/S. Díaz Alabart (dir.), t. XXXII, vol. 2.º, pp. 1088 ss.

²² ALPAÑÉS, E., «La delegación de la facultad de mejorar», *RGLJ*, 1953, pp. 273-331, espec. p. 274.

²³ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 64; SANZ URANGA, F., «La nueva importancia del artículo 831 del Código Civil», *RDN*, abril-junio 1976, pp. 379-399, espec. p. 381 apuntó a mayores de las zonas descritas, que en algunas comarcas rurales de Guipúzcoa, al amparo del artículo 831 en combinación con el artículo 1056, la familia campesina conseguía organizarse en régimen análogo al de la familia vizcaína, donde existía poder testato-

La reforma de 1981 del precepto suprimió la necesidad de que el cónyuge otorgante de la delegación hubiese de morir intestado, autorizando que la delegación pudiese concederse no sólo en capitulaciones –modificables tras el matrimonio a partir de 1975²⁴–, sino también en testamento, y poniendo un plazo, que antes no estaba expreso, para cumplir el encargo. Su tenor literal era el siguiente:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que, muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante.

Si no se hubiese señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o en su caso, desde la emancipación de los hijos comunes.»

A pesar de que la nueva regulación favorecía teóricamente el uso de la fiducia, ampliando sus posibilidades, siguió siendo una institución poco conocida por los destinatarios y escasamente utilizada en la práctica²⁵, lo que ha impedido la elaboración de un cuerpo jurisprudencial sólido y estable que permita que la figura tenga unos perfiles lo suficientemente nítidos como para hacer aconsejable su utilización²⁶.

La redacción vigente del artículo 831 procede, como se ha dicho, de la Ley 41/2003²⁷, en cuyo contexto no deja de ser una norma «anómala»²⁸ y «extravagante» pues, como ya se ha anticipado, su tenor literal no la liga en ningún momento con la protección de las personas con discapacidad y su finalidad más parece

rio y ninguna legítima individual. Por su parte Díez GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831 del Código civil», *RDN*, 1982, pp. 405-424, espec. p. 408, dice que estos supuestos de Guipúzcoa, Asturias y Galicia tienen en realidad poco que ver con el uso del artículo 831.

²⁴ Analiza el precepto a raíz de la modificación del CC operada en 1975, GARRIDO DE PALMA, V. M., «Visión notarial del artículo 831 del Código Civil», *Libro Homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre*, vol. III, Junta de Decanos de Colegios Notariales, 1976, pp. 365-392.

²⁵ Según SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código civil», *Academia Sevillana del Notariado*, 2006, pp. 263-279, espec. p. 266, el poco empleo de la institución obedece, por un lado, a la falta de tradición y, por otro, a los graves problemas que planteaba, no todos resueltos en la última reforma. No obstante, RIVAS MARTÍNEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, t. II, vol. 1.º, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, estima que a partir de 1981, si bien no cumplió las expectativas creadas, tuvo cierta aplicación, aunque no especialmente numerosa.

²⁶ Lo que, como ya se ha dicho, no ha venido sucediendo desde su introducción en el Código, como ya señalaba, Díez GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., pp. 409-410.

²⁷ La norma se corresponde exactamente con la prevista en el Proyecto de Ley que en este punto no sufrió modificación alguna en su tramitación parlamentaria.

²⁸ DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa. II. Sobre el artículo 831 del Código Civil», *ADC*, 1965, pp. 877-909, espec. p. 877.

relacionarse con la ampliación de facultades del favorecido con la delegación que con la teórica finalidad general de la ley en la que se inserta.

III. NATURALEZA

Como señala Bermejo Pumar el proceso escrutador del origen de la delegación de la facultad de distribuir y mejorar invita a la invocación de más de una procedencia, remitiéndose básicamente al poder testatorio, por un lado, y a los derechos sucesorios del viudo, por otro²⁹. En efecto, un gran número de autores estima que en el artículo 831 del CC integra un supuesto de fiducia sucesoria o poder testatorio, con antecedentes en la tradición histórica castellana³⁰.

Ya con la novísima versión, entiende Roca Guillamón que la naturaleza de fiducia sucesoria es la que mejor se adapta a la figura, como se comprueba –dice el autor citado– advirtiendo que sólo cuando ha fallecido el cónyuge delegante puede hacerse uso de la facultad, naturaleza que a su juicio se potencia hoy cuando, suprimida la posibilidad de hacerlo en capitulaciones, ha quedado el testamento como único vehículo a través del cual canalizar la delegación³¹.

Sin embargo, los comentarios de García Goyena al artículo 663 del Proyecto de 1851 lo vinculan más con los derechos del viudo y con el deseo de fortalecer su posición³², llegando incluso a considerarse un verdadero privilegio³³ y hasta un beneficio sucesorio³⁴ destinado a cumplir en definitiva una función de cohesión familiar. Esta perspectiva incluso con la versión más reciente de 2003 sigue siendo la acogida por una parte de nuestra doctrina³⁵, aunque se

²⁹ BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831 del Código Civil. Su compatibilidad en el sistema de las mejoras sucesorias. (La mejora a favor del cónyuge)*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2001, p. 17.

³⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 455).

³¹ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4285.

³² GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, cit., p. 107. Como señala BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 42, «La delegación de la facultad de mejorar puede configurarse no como un mero ejecutor de la voluntad de otro, sino como una facultad que integra la posición jurídica del cónyuge viudo en la sucesión del premuerto».

³³ DE LACOSTE, J., *La mejora...*, cit., p. 246.

³⁴ BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 49.

³⁵ FLORENSA I TOMÁS, C., «La facultad de mejorar...», cit., p. 118.

haya abandonado ya la exclusividad de la familia matrimonial como destinataria de la norma.

La mayor parte de nuestra literatura jurídica califica el artículo 831 del CC como norma excepcional³⁶, al estimar que contradice de modo más o menos directo varios preceptos del Código, como los artículos 1271.2, 658, 670, 824, 830 o 1057 del CC³⁷. De ser este el criterio aceptado, habría de descartarse su posible aplicación analógica (arg. art. 4.2 CC) pero no, como a veces se ha dicho³⁸, a mi juicio de manera equivocada, su interpretación extensiva, puesto que como en cualquier otra norma lo que ha de buscarse es su sentido correcto, sea éste más o menos amplio que la letra con la que se expresa³⁹.

En su configuración original que sólo permitía la fiducia realizada en capitulaciones, tanto los comentaristas del Código como la jurisprudencia consideraban que el 831 configuraba un tipo de pacto sucesorio que constituía una excepción a la prohibición de celebrar contratos sobre una herencia futura contenida en el artículo 1271.2 del CC⁴⁰. Con todo, esta naturaleza contractual, que nunca fue unánimemente aceptada por nuestra doctrina⁴¹ queda arrumbada con la reforma de 2003.

³⁶ Antes de la reforma del 2003, entre otros, DÍEZ GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., p. 414, con el texto vigente, ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4280. En contra de la calificación como excepcional, argumentado su carácter especial, BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., *passim*.

³⁷ También estimaban algunos autores que, siendo recíproca la delegación, se exceptuaba la prohibición del testamento mancomunado contenida en el artículo 669 (así, CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil*, t. III. *Derecho de Sucesiones*, ed. revisada por A. de Cossío/A. Gullón, Madrid, 1959, p. 253), lo que no se explicaba en su día SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 96, nota 10. No obstante, recientemente, pero haciendo alusión a la situación antigua, RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», p. 163, lo considera «extraordinaria excepción al artículo 669».

³⁸ Desde MORELL Y TERRY, «Mejoras», *RGLJ*, t. 83, 1893, pp. 259-288, espec., p. 274. También, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 233. Entre los más recientes, v. gr. BLASCO GASCÓ, F., *Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. A. M. López/V. L. Montés/E. Roca, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 340.

³⁹ *Vid.* más ampliamente sobre la interpretación y aplicación de las normas y sus límites, GARCÍA RUBIO, M. P., *Introducción al Derecho civil*, Cálamo, Barcelona, 2002, pp. 146-147 y 165.

⁴⁰ El artículo 831 es citado, con carácter incidental, como excepción al artículo 1271.2.º en las SSTs de 17 de febrero de 1914 y 1 de abril de 1914. También en la STS de 23 de mayo de 1970, *AranzadiWestlaw*, RJ 1970/3756 (Ponente, Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca). Niega que lo sea, MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, t. VI, 6.ª ed., Reus, Madrid, 1932, pp. 442-443, para quien en realidad este pacto no confiere derecho alguno sobre la herencia futura, y sólo concede determinadas facultades para distribuir en su día los bienes del fallecido entre los que son sus herederos con arreglo a la ley, por lo que no cae en la prohibición del 1271.

⁴¹ Para LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, op. cit., p. 385, no había aquí pacto sucesorio al no quedar limitado el poder de disposición *mortis causa*. En la misma línea se sitúan DÍEZ GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., p. 419 y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de sucesiones...*, t. II, cit., p. 247, para quien la delegación de la facultad de mejorar es una institución sucesoria, pero no de disposición, sino de distribución o división. Defiende que se trata de un supuesto de sucesión contractual *per relationem*, MIQUEL

También se considera el precepto como una excepción al artículo 670⁴², al contradecir el principio del personalismo al menos en su vertiente material, entendiendo por tal el que impide que determinadas decisiones se reenvíen a una voluntad ajena al negocio sucesorio, autorizando a otra persona para que, generalmente después de la muerte del causante, pueda designar sucesor, establecer la porción o bien en que la sucesión ha de tener lugar o decidir sobre la eficacia de las disposiciones del causante⁴³. No supone, sin embargo, quiebra alguna al personalismo formal⁴⁴, pues el facultado por el 831 no está testando por otro, no está actuando en nombre ajeno, sino disponiendo de bienes ajenos, pero actuando en nombre propio⁴⁵.

Consideran que es una excepción al artículo 1057.1 CC quienes, siguiendo la postura de Seco Caro, estiman que el viudo es un contador-partidor especial⁴⁶, puesto que el precepto citado exige que la facultad de hacer la partición se confiera a cualquier persona

GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1984, p. 1317. Entre las aportaciones más recientes, defiende el carácter de pacto sucesorio cuando la delegación se formaliza en capitulaciones matrimoniales, CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades del contador-partidor testamentario*, Madrid, 1999, pp. 94 ss e HIDALGO GARCÍA, S., «Algunas consideraciones acerca de la naturaleza y funcionamiento de la mejora», *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García, op.cit.*, pp. 217-241, espec., p. 229; por el contrario, niegan la naturaleza de pacto sucesorio, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código civil*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1999, pp. 74-75; BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., pp. 139 ss.

⁴² De conformidad con el cual «*El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.*»

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.» El artículo 831 es específicamente considerado como una excepción al artículo 670 en la STS de 20 de marzo de 1967, *AranzadiWestlaw, RJ 1967\1665* (Ponente, Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca) y por la generalidad de la doctrina (*vid. ad. ex.* ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, t. II, Barcelona, Bosch, 1991, p. 228).

⁴³ En palabras de ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Designación de sucesor a través de tercero*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 18. No obstante para esta autora el 831 sólo es una excepción al 670 cuando la delegación se hacía en testamento; cuando era realizada en capitulaciones el precepto excepcionado sería el 658 (*ibid.* pp. 99 ss.). Tras la reforma de 2003 la exclusividad del vehículo testamentario significa, aún con esta tesis, que el 831 es una excepción al 670.

⁴⁴ En el mismo sentido del texto, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1122.

⁴⁵ Ya SECO CARO, E., *Partición...*, cit. pp. 118-119, consideraba que el artículo 831 no excepcionaba el párrafo primero del artículo 670, sino su párrafo segundo, pues en aquél se conceden al comisario las facultades necesarias para que atribuya el patrimonio a los sucesores según su criterio, o sea para que señale las cuotas hereditarias.

⁴⁶ SECO CARO, E., *Partición...*, cit. pp. 119-120. Ya con la versión actual, MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «El cónyuge viudo como contador-partidor en el Derecho sucesorio español. (Art. 831 del Código Civil)», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 2007, pp. 181-192. En contra, con la versión anterior, BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 229.

que no sea uno de los coherederos, lo que con carácter general excluye al cónyuge viudo⁴⁷.

En este contexto la literatura jurídica considera de forma bastante habitual que se trata de una norma extraña al sistema del CC⁴⁸, recordando con cierta reiteración su inspiración en las instituciones forales. Al respecto ha tenido bastante fortuna en la doctrina la apreciación realizada en su día por Garrido de Palma⁴⁹ según la cual se deberían resolver los problemas, lagunas, oscuridades, deficiencias o insuficiencias, interpretando el 831 y, en su caso, integrándolo, por medio de la inducción de los principios generales que se extraen y que sirven de fundamento a dichas instituciones forales. A pesar del buen juicio que esta opinión ha merecido a otros destacados especialistas⁵⁰, permítaseme decir que en el contexto actual en absoluto los problemas de interpretación e integración de un precepto que forma parte del ordenamiento jurídico estatal pueden ser resueltos a la luz de otro ordenamiento jurídico, aunque éste sea el de las Comunidades Autónomas. El Derecho de éstas puede ser traído a colación para ayudarnos en la comprensión del artículo 831 del CC de varias maneras. Pudo estar, y de hecho estuvo, en el origen del precepto, y en tal sentido forma parte de sus antecedentes históricos lo que sí es un criterio interpretativo de conformidad con el artículo 3.1 del CC; ahora bien, en este caso la apelación indirecta a las fiducias sucesorias de los Derechos forales se hace también en su configuración histórica y en ningún caso a las notas que después del Código hayan ido adquiriendo hasta llegar al momento actual. Es cierto que el mayor desarrollo normativo de estas fiducias ha posibilitado la resolución expresa de problemas que van a plantearse de modo muy similar en el precepto del Código Civil; en tales casos las soluciones de los ordenamientos civiles autonómicos serán muy útiles a modo de comparación o contraste de planteamiento y solución posible de problemas⁵¹, pero nunca como instrumento de

⁴⁷ Para CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades del contador-partidor... op.cit.*, pp. 96-97, el 831 supone «la derogación parcial de la norma de inaptitud para la práctica de la partición que el artículo 1057.1 CC sanciona, al permitir su realización por un sujeto, el cónyuge viudo, eventualmente heredero y en todo caso interesado en su resultado por razón de su cuota legitimaria».

⁴⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2055, y ya con la redacción actual la considerada un «cuerpo extraño», RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 346; RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 164.

⁴⁹ GARRIDO DE PALMA, V. M., «Visión notarial del artículo 831 del Código civil, *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. III, pp. 364-392, espec. pp. 373 y 392.

⁵⁰ Es el caso de VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil...*, cit., p. 2055. En contra DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales...», cit., p. 905.

⁵¹ Tal vez a ello se refiere cuando dice que los preceptos del Derecho Foral pueden servir «para tomar ideas que pueden ayudarnos a resolver lagunas» pero que no cabe acu-

interpretación de la norma estatal ni mucho menos como fuente directa de integración de las lagunas que pueda tener. El recurso a los principios informadores de uno de esos ordenamientos no está previsto en nuestro sistema de fuentes, salvo en el caso de que tales principios coincidan con los del Derecho sucesorio del CC, en cuyo caso se apelará a éstos y no a aquellos. La llamada a cualquiera de esos ordenamientos autonómicos a título de Derecho supletorio es sencillamente inconstitucional: el artículo 149.3 de la CE considera que el Derecho del Estado es supletorio del de las Comunidades Autónomas, pero en ningún momento contempla la situación inversa⁵².

IV. REQUISITOS

1. De la delegación

A) Formales

Según se desprende del texto legal en la redacción de 2003 que ha seguido los consejos de alguna doctrina anterior, la delegación de las facultades previstas en el artículo 831 ha de hacerse, necesaria y exclusivamente, en testamento⁵³. De este modo la delegación rompe definitivamente con el carácter pactado que tenía en la redacción original del precepto donde se imponía la forma capitular⁵⁴ lo cual, con frecuencia, significaba la reciprocidad del encargo⁵⁵. Ahora la comisión se configura como un acto claramente unilateral y esencialmente revocable⁵⁶. En efecto, la forma testamentaria implica, por un lado, que sólo la muerte del comitente da

dir a los principios generales que inspiran tales preceptos, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1121.

⁵² GARCÍA RUBIO, M. P., «Plurilegislación, supletoriedad y Derecho civil», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Murcia, 2004, pp. 1939-1953, espec. pp. 1940 ss.

⁵³ Ya lo había dicho A. Fuenmayor, cuyo criterio recoge SECO CARO, E., *Partición...*, cit. p. 135; posteriormente también se hace eco Díez GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., p. 412.

⁵⁴ Si bien, como hemos dicho, a juicio de LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos...*, cit., p. 456, ello no significaba que la fiducia realizada en capítulos tuviera un carácter de sucesión contractual en sentido estricto, pues no suponía una transmisión vinculante de la facultad de distribuir y mejorar, por cuanto el delegante conservaba su poder de disposición.

⁵⁵ Incluso parte de la literatura jurídica estimaba que la delegación realizada en capitulaciones debía ser necesariamente recíproca, lo que la mayoría negaba (al respecto, VELÁZQUEZ VIOQUE, S., *La mejora en el Código civil español*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 53).

⁵⁶ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 165. Este mismo autor plantea la duda sobre el destino de la facultad conferida al amparo de la legislación anterior

eficacia definitiva a la delegación y por otro, que el mismo puede dejar sin efecto el encargo en cualquier momento, bien otorgando un testamento posterior revocatorio del precedente donde delegaba las facultades⁵⁷, revocación que puede ser directa si retira explícitamente el encargo, o indirecta, si dispone *mortis causa* con asignación de todos sus bienes o si realiza actos de disposición *inter vivos* que dejen vacía de contenido la fiducia⁵⁸. La limitación a la forma testamentaria implica también, en la actual redacción, que la única posibilidad de atribución recíproca de la facultad de mejorar es que cada uno de los interesados lo haga a favor del otro en su respectivo testamento, recordando, eso sí, la libre revocabilidad de ambas disposiciones⁵⁹.

En este punto no deja de causar cierta sorpresa la decisión de eliminar el carácter paccionado a la institución, y ello por varias razones. La primera, porque en aquellas zonas donde el artículo 831 se ha utilizado históricamente con alguna intensidad, el vehículo de la delegación ha sido, precisamente, el capitular⁶⁰. La segunda, porque se da una cierta contradicción entre el espíritu de ampliación de sus posibilidades que anima la nueva regulación de la delegación de la facultad de mejorar, y la supresión de una de las dos formas de delegación, tanto más cuanto con el instrumento ahora vedado se podían alcanzar resultados similares a los obtenidos con el testamento⁶¹. La tercera, porque en los tiempos actuales la literatura jurídica referida al Derecho de Sucesiones del Código civil se muestra cada vez más proclive a introducir una mayor permisividad en la aceptación de los pactos sucesorios⁶², calificación cuando menos próxima a la figura ahora vedada. Fren-

mediante capitulaciones, que según su parecer, de acuerdo con las normas de Derecho transitorio, surtirá efectos.

⁵⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos...*, cit., p. 456, en relación con la versión de 1981, cuando la delegación se realizaba en testamento. La exclusividad de la forma testamentaria deja sin sentido la discusión que había dividido a la doctrina en relación con la versión del 831 procedente de la reforma de 1981, sobre los efectos de unas capitulaciones posteriores al testamento en el que se delegaba la facultad, contradictorias con ésta, (*vid.*, por todos, BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., pp. 172 ss.).

⁵⁸ Pues como dice TORRES GARCÍA, T., «Disposiciones testamentarias...», cit., p. 26, el eje de la revocación es la voluntad del testador.

⁵⁹ ESPINOSA INFANTE, J. M., *Derecho de Sucesiones. Contestaciones al programa de oposiciones de Notarías*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 171.

⁶⁰ La supresión del vehículo de las capitulaciones es considerada lamentable por RIVAS MARTÍNEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 492. También la crítica RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., p. 191, para quien la delegación en capitulaciones responde mejor al espíritu de la figura, que es la concordia de voluntades dentro de la pareja para buscar el bien común de los hijos.

⁶¹ A resultados idénticos, cuando no mejores se refiere RIVAS MARTÍNEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 492.

⁶² *Vid.* entre otros, SÁNCHEZ ARISTI, R., «Propuesta para una reforma del Código civil en materia de pactos sucesorios», *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, cit., pp. 477-541, *passim*.

te a todo ello pocos argumentos favorables a la supresión pueden utilizarse. No parece que la extensión de la figura a las parejas no casadas con hijos comunes, quienes no pueden celebrar capitulaciones, sea argumento bastante para negar este vehículo a los casados⁶³. Ni siquiera la búsqueda de la absoluta revocabilidad de la delegación, puesto que incluso la pactada en capitulaciones matrimoniales puede ser dejada sin efecto si el propio delegante lo desea, ya que conserva intacta la facultad de disposición sobre sus propios bienes. No debe extrañar pues que algún autor mantenga, aún después de la última redacción, que en cierta medida sigue siendo posible delegar la facultad de mejorar en capitulaciones; así para Rams resulta lícito cometer el encargo en capítulos en los que se incluye la promesa de mejorar, pues la letra del nuevo artículo 831 silencia la cuestión, pero no la niega y, además, la reforma tampoco ha derogado los artículos relativos a la mejora acordada en capítulos⁶⁴. Aun reconociendo las buenas intenciones de esta argumentación, estimo que el texto de la norma parece excluir cualquier vehículo que no sea el testamentario.

El acto que cumpla con los requisitos y exigencias de las formas testamentarias será un testamento en sentido material, aún cuando contenga como previsión única la delegación de la facultad de mejorar y distribuir prevista en el artículo 831⁶⁵.

B) *Subjetivos*

El delegante puede ser cualquier persona quien, después de 1981 podía fallecer testado o intestado si bien, tras la última reforma del precepto, ha de tener capacidad para testar al ser ésta la única forma válida de hacer la delegación. Puede tratarse de un discapacitado en el sentido del artículo 2.2 de la Ley 41/2003⁶⁶, y hasta de un incapacitado, quien puede testar en momentos de lucidez en las condiciones previstas en el artículo 665 del CC.

⁶³ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 124 encuentra la razón de ser de la eliminación en la previsión del 831.6, pero no lo considera justificado para el caso de que efectivamente se trate de cónyuges; también baraja como posible este argumento, RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 347; asimismo lo baraja, LÓPEZ FRÍAS, M. J., cit., pp. 50-51, quien añade además como razón la inexistente costumbre de capitular en el Derecho común y el problema que representaba la revocación o modificación de la facultad contenida en capítulos.

⁶⁴ RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 347.

⁶⁵ En el mismo sentido, ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Designación de sucesor...*, cit., p. 104, nota 77 y p. 131; BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 207.

⁶⁶ Conforme al cual «A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento».

Hasta la reforma de 2003 la facultad que tratamos sólo podía delegarse al cónyuge sobreviviente⁶⁷, siendo preciso además que el matrimonio subsistiera al fallecer el autor de la delegación. La nueva redacción permite que la facultad se otorgue al cónyuge o a la persona que comparta con el causante descendencia común aunque nunca hubieran estado casados⁶⁸. A pesar de que algunos de los autores que han comentado el nuevo precepto parecen equiparar la referencia del artículo 831.6 con la institución de la pareja de hecho o convivencia *more uxorio*⁶⁹, no se trata de realidades equivalentes pues, cualquiera que sea la inteligencia de esta última institución en sus diferentes denominaciones doctrinales y legales, lo cierto es que en todas ellas se exige la convivencia, lo cual no sucede con la expresión del aludido número seis del artículo. En efecto, este precepto para nada reclama que los sujetos con descendencia común que pueden protagonizar nuestra figura hayan convivido juntos; como señalan algunos autores, simplemente han de existir los hijos comunes y la confianza en lo que el otro progenitor decida, aunque no exista pareja⁷⁰.

Es más, puestos a analizar el texto legal debe observarse que el número seis del precepto menciona a las personas (no casadas entre sí) que tengan, no hijos comunes, sino «descendencia común», lo que literalmente autorizaría la delegación hecha, por ejemplo, por el abuelo materno a favor del padre de sus nietos, con quien no está casado y con quien comparte descendencia común. No creo que esta sea la voluntad del legislador, que simplemente trata de equiparar a todos los efectos la posición de su viudo y de los hijos nacidos de esa unión matrimonial con la del núcleo familiar compuesto por la persona con quien tuvo hijos sin contraer matrimonio y esos

⁶⁷ Si bien el concedente de la facultad no tenía por qué estar casado con el delegado en el momento en el que se la confería al otro; es más, en la versión original del precepto normalmente no lo estaría, al ser las capitulaciones de otorgamiento prenupcial. No obstante también cabían otras interpretaciones, como la que entendía que la atribución de la facultad se podía hacer en las capitulaciones del hijo a quien se hace la donación por razón de matrimonio (*vid.* la doctrina recogida por BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 146). Además la doctrina ya se había planteado la posible extensión a las parejas no casadas, al menos desde la reforma de 1981 (*vid.* MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios...*, cit. p. 1312).

⁶⁸ Siguiendo el criterio que sustentó en su día Díez Gómez, A., «El nuevo artículo 831...», cit., p. 415.

⁶⁹ Así, por ejemplo, Díez-Picazo, L./Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil...*, cit., p. 435; Robles Perea, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 157; López Beltrán de Heredia, C., «El artículo 831...», cit., p. 1152; Rueda Esteban, L., «La fiducia sucesoria...», cit., pp. 167-168 y p. 200, quien además considera la equiparación con el viudo muy perturbadora en la interpretación del precepto.

⁷⁰ Rivas Martínez, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 487; Pereña Vicente, M., «El derecho sucesorio...», cit., p. 1832; Espinosa Infante, J. M., *Derecho civil...*, cit., p. 171.

mismos hijos. Fuera de esos supuestos, no cabe la delegación⁷¹. De la naturaleza de la facultad conferida se deduce, sobremanera, el carácter personalísimo de la delegación⁷².

En este nuevo escenario no se debe dejar escapar que, tratándose de una delegación entre cónyuges, las facultades del autorizado provenientes del artículo 831 se añaden a los derechos sucesorios del cónyuge –al menos, su legítima–, con los cuales suele actuar en forma sinérgica⁷³. En caso de que el facultado hubiese sido pareja de hecho del otorgante habría que ver si le corresponden o no derechos sucesorios en la herencia del primero los cuales, a pesar de lo que se establezca en cualquiera de las leyes de pareja existentes en el Estado español, vendrán determinados por la vecindad civil del causante que, por hipótesis, es la común, pues si no fuese así tampoco sería de aplicación el reiterado artículo 831. Esto significa a día de hoy que los derechos sucesorios legales del otro miembro de pareja son inexistentes, al igual que sucede cuando se trate simplemente del otro progenitor de la descendencia común; en ambos casos, si el causante no los ha designado como sucesores voluntarios, ninguna sinergia será posible⁷⁴.

Desde la perspectiva de los sujetos favorecidos por la delegación, el nuevo tenor del precepto al aludir a «hijos y descendientes comunes» como destinatarios de la eventual distribución y/o mejora resuelve una polémica histórica en relación con la posibilidad de mejorar al nieto en vida del padre o madre⁷⁵. Las versiones de 1889 y 1981 sólo hablaban de «hijos comunes» lo cual provocaba que la doctrina discrepase respecto a la posibilidad de entender incluidos también en el ámbito subjetivo de la delegación a otros descendien-

⁷¹ No puede delegarse a favor de otras personas ni del propio mejorado, por ejemplo, la facultad que el artículo 829 confiere al testador de señalar la cosa cierta en que haya de pagarse, porque todos los actos en que se desenvuelve la testamentificación son personalísimos por su naturaleza (*vid.* ya la STS 16 de junio de 1902, *Colección Legislativa de España, Jurisprudencia civil*, t. XI, vol. I, enero-junio 1902, pp. 980-991).

⁷² RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», *cit.*, p. 165.

⁷³ Es frecuente que el consejo notarial acompañe la delegación de facultades del 831 con el usufructo universal del viudo, con las cautelas impuestas por imperativo legal en el Código Civil. No obstante, ambas instituciones, usufructo universal y delegación de la facultad de mejorar no aparecen necesariamente unidos, como parecía suceder en el artículo 159.2 de la LDC Galicia de 1995 (*vid.*, sin embargo, otra interpretación en PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «Comentarios...», *cit.*, p. 1105) o, salvo disposición en contrario del testador, en el artículo 105 LDCFP Vasco.

⁷⁴ Como tampoco lo será, si el delegado conserva las facultades dimanantes del artículo 831, en caso de nulidad, divorcio o separación de los cónyuges (todas las dudas quedan despejadas respecto de los derechos sucesorios del cónyuge separado después de la Ley 15/2005).

⁷⁵ *Vid.* en ÁLVAREZ MORENO, M. T., *La mejora en favor de los nietos*, Edisofer, Madrid, 2003, p. 18 y ALBALADEJO GARCÍA, M., *La mejora*, Madrid, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, p.116, las interesantes razones fiscales para mejorar al nieto en vida del padre.

tes no legitimarios⁷⁶, polémica que hoy parece considerarse totalmente superada por la admisión expresa de esta posibilidad. Sin embargo, merece reflejo la opinión minoritaria según la cual si el causante no ha instituido heredero o legatario al nieto en cuestión, no puede el fiduciario mejorarlo, ya que la facultad delegada no incluye la posibilidad de instituir, sino únicamente la de mejorar y partir⁷⁷.

Es de notar que si a partir de la entrada en vigor del nuevo tenor del artículo 831 se mantiene que el destinatario de la delegación puede mejorar a los nietos comunes aún cuando viva el hijo de delegante y delegado, con mayor razón podrá realizar este tipo de mejora el causante de la sucesión.

Puesto que ninguna cortapisa se establece al respecto, los hijos podrán ser tanto biológicos como adoptivos. También los concebidos e incluso, según algunos, los no concebidos⁷⁸. Si alguno de ellos estuviese incapacitado se aplicarán las normas generales sobre representación legal⁷⁹, las cuales en la mayor parte de los casos convertirán en representante precisamente al facultado por el 831.

Dice Albaladejo que, tratándose de hijos podrán ser favorecidos por el delegado incluso si éstos han incurrido en indignidad o desheredación⁸⁰. Ahora bien, en el caso de la desheredación la afirmación del autor citado debe ser, cuando menos, matizada, pues de conformidad con el artículo 849 del CC *«La desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa en que se*

⁷⁶ Vid. las distintas opiniones al respecto, en las versiones de 1889 y 1981, en BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., pp. 160 ss.

⁷⁷ En tal sentido, SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 272, para quien si el testador no instituyó heredero o legatario en su testamento al nieto no legítimo, no puede el cónyuge fiduciario otorgarle beneficio en una sucesión a la que no es llamado por el causante, salvo que sin llamamiento directo, el testador contempla la posibilidad de que el fiduciario beneficie al nieto no llamado. También, en sentido similar MINGORANCE GONSÁLVIZ, C., «El cónyuge viudo...», cit., p. 190.

⁷⁸ ÁLVAREZ MORENO, M. T., *La mejora...*, cit., pp. 92-93 y ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 93, ambos siguiendo el criterio de VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 427. La primera dice literalmente «¿Podría el causante encomendar al cónyuge, en virtud del artículo 831 que mejorase a su libre arbitrio a los nietos, bien a los existentes en el momento del fallecimiento del causante, o bien a aquellos, incluidos los nacidos con posterioridad a su muerte, que viviesen (o estuviesen concebidos) cuando el cónyuge viudo ejercite la facultad de mejorar y distribuir?. la primera opción tiene una clara respuesta afirmativa... En este último caso, de testar afirmativamente, es evidente que resultan beneficiados con la mejora quienes no existían aún ni tenían capacidad para suceder al cónyuge premuerto. Consideramos que efectivamente el cónyuge viudo puede mejorar a nietos que procedan de esa descendencia común aunque hayan nacido después de la muerte del causante, siempre que hayan nacido (o estén concebidos) cuando el cónyuge ejercita su facultad de mejorar y distribuir los bienes del causante, complementando la voluntad sucesoria manifestada por éste».

⁷⁹ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 164.

⁸⁰ ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 92.

funde»; supongamos que, efectivamente, uno de los hijos comunes ha incurrido en causa de desheredación: entonces, si el causante no la ha hecho valer, la causa no produce efecto alguno, pues no creo que el facultado por el 831 pueda –en su propio testamento– desheredar a un hijo común respecto de la herencia del premuerto⁸¹; por el contrario, si el causante había hecho valer en testamento la causa de desheredación y en el mismo acto o en otro posterior encomienda la fiducia, salvando siempre que sea otra la voluntad del testador, el descendiente común ha de entenderse desheredado y nada podrá hacer en contrario el facultado, ya que en este caso la disposición testamentaria de desheredación constituye uno de los límites infranqueables de las facultades delegadas, según lo establecido por el propio precepto. Por su parte, si alguno de los descendientes comunes se hallaba incurrido en causa de indignidad y el causante lo había rehabilitado por cualquiera de las vías previstas en el artículo 757, pocas dudas caben sobre la posibilidad de que el facultado por el 831 lo incluya en el círculo de favorecidos; muchas más suscita la posibilidad, que no creo que exista, de que sea el otro progenitor, facultado en virtud del 831, el que pueda rehabilitar al indigno, no solo porque el mencionado 757 se refiere exclusivamente al testador (*rectius* difunto), sino también porque la remisión de la pena privada que significa la rehabilitación constituye una declaración de voluntad personalísima y no delegable.

Con anterioridad a 2003 la doctrina discrepaba sobre la posibilidad de ejercicio de la facultad delegada cuando coexistían hijos comunes e hijos no comunes, bien fuesen estos últimos hijos del concedente, bien del autorizado⁸². Ahora estimo, con la mayoría de la doctrina, que la respuesta positiva está claramente recogida en el número cuatro del precepto, a pesar de que algunos autores no lo vean así, o incluso entiendan que existe una cierta contradicción entre este número cuatro y el número uno del propio artículo 831 que se limita a los hijos comunes⁸³. Lo cierto es que en el primer párrafo del artículo 831.4 se mencionan las legítimas que favorecen a quien no sea descendiente común como límite de las

⁸¹ Además de que, más allá de las causas de indignidad que pueden dar también lugar a la desheredación, las específicas de ésta en relación con los hijos y descendientes suponen una conducta reprobable precisamente en relación con el que deshereda, lo que de permitir que el facultado por el 831 pudiese desheredar respecto de la herencia del premuerto supondría que la negación de alimentos o el maltrato al padre superviviente supondría la pérdida de la herencia del premuerto.

⁸² En realidad, como señala VELÁZQUEZ VIOQUE, S., *La mejora...*, cit., p. 59, si son hijos del viudo/viuda no existe ningún problema, ya que no tienen derecho a la sucesión que tratamos; el obstáculo –hoy superado– se presenta cuando los hijos no comunes lo son del cónyuge premuerto, ya sean de un matrimonio anterior, extramatrimoniales o adoptados sólo por el premuerto.

⁸³ Así lo entiende RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 348.

facultades del delegante; es verdad que esta legítima pudiera ser la del viudo o viuda del comitente, resultado de un sucesivo matrimonio o del único matrimonio del causante, pero en todo caso con quien no ha tenido descendencia, lo que seguiría situándonos en un escenario en el que no concurren descendientes comunes y no comunes. Sin embargo, el segundo párrafo de ese mismo artículo 831.4 ya no deja dudas sobre esa eventual concurrencia, pues ya se menciona expresamente el caso de preterición no intencional del descendiente que no lo sea del supérstite –mejor sería decir del fiduciario o delegado, pues ya se ha visto que el cónyuge supérstite puede ser otro–.

No cabe duda que la concurrencia de descendencia común del delegante y delegado con quienes lo sean sólo del primero puede, desde el punto de vista práctico, complicar el supuesto⁸⁴. En todo caso y aún cuando resulte obvio decirlo, la coexistencia de hijos comunes y no comunes no impide el ejercicio de la delegación, pero no cabe hacerlo sino a favor de los que sean comunes.

En cualquier caso debe subrayarse que los favorecidos con la delegación son sucesores del testador que otorgó la facultad y no del titular de la facultad delegada, aun cuando ésta, como se verá posteriormente, pueda significar que se sucede exclusivamente en bienes del supérstite⁸⁵. Los bienes y derechos recibidos por el favorecido lo son por sucesión *mortis causa* del delegante, quien además podrá en su caso predeterminar el título sucesorio, de suerte que los efectos de la adquisición patrimonial se han de retrotraer al momento de apertura de su sucesión.

Todo lo dicho implica que, aun cuando esos sucesores no recibían su parte en la herencia del delegante directamente del causante, la delegación *ex* artículo 831 impide *ex ante* la preterición de los descendientes comunes⁸⁶.

⁸⁴ Así, por ejemplo, ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4298, plantea la situación que puede darse cuando el causante ha estado casado y tiene hijos de ese matrimonio; posteriormente –incluso sin disolución matrimonial– tiene hijos con otra persona con la que no se ha casado y en la que, puesto que ahora se permite, delega las facultades previstas en el artículo 831 para que las ejercite en relación a los hijos de ambos; estas facultades pueden estar referidas a bienes que acaso se encuentren en su patrimonio conyugal, en cuya distribución no puede, obviamente, entrar el fiduciario, conviviente supérstite, por lo que únicamente podrá aquél ejercitar las facultades que le fueron conferidas cuando tales bienes le hayan sido adjudicados a esos hijos en la herencia de su padre.

⁸⁵ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4288; FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 120.

⁸⁶ Como recuerda, HIDALGO GARCÍA, S., «Algunas consideraciones...», cit., p. 226. Preterición que sí se producirá si, posteriormente, el fiduciario no menciona en el acto de ejecución de la fiducia a uno de esos descendientes comunes, como señala en relación al derecho aragonés DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, 2.ª ed. Actualizada por A. de la Esperanza Martínez-Radio, Madrid, La ley, 1999, p. 291.

C) *Objetivos*

En la versión original la forma capitular evocaba que la delegación hacía referencia exclusiva a los bienes comunes, evocación que ya desapareció totalmente con la reforma de 1981 que admitía la forma testamentaria de la fiducia⁸⁷. Actualmente el causante otorga una facultad que puede estar referida no sólo a sus propios bienes –todos o algunos, si limita las facultades a éstos y salvadas siempre las legítimas– sino incluso a los bienes de la sociedad conyugal (bienes comunes en el caso de parejas no casadas con descendencia común). Es más, según se notará posteriormente, el ejercicio de la delegación puede terminar por implicar incluso a bienes propios del titular de las facultades (art. 831.3 *in fine*).

2. Del ejercicio de la facultad

A) *Capacidad*

Aunque no se diga expresamente, el favorecido con las más amplias facultades derivadas del artículo 831 CC tiene que tener capacidad para disponer, pues está ejercitando una facultad de disposición de bienes de otro. Sin embargo, como ya se apuntaba precedentemente, nada impide que se trate de un discapacitado en el sentido del artículo 2 de la Ley 41/2003.

Tradicionalmente se venía diciendo que en los supuestos de indignidad⁸⁸ o desheredación justa del viudo, se extinguía la fiducia⁸⁹, lo que significaba que la pérdida de la condición de sucesor por parte del cónyuge a modo de sanción privada, implicaba también la pérdida de la confianza que estaba en la base del encargo. Sin embargo, con la redacción vigente del precepto ha de revisarse este criterio, puesto que la indignidad es una categoría pensada para los sucesores y no para los ejecutores de la voluntad del causante, ni para los que tienen concedida la facultad de mejorar⁹⁰, y ahora no cabe olvidar que puede ser favorecido con la fiducia quien no es sucesor del causante ni, por supuesto, legitimario, sino simplemente padre o madre de todos o algunos de los hijos del causan-

⁸⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos...*, cit., p. 456.

⁸⁸ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., pp. 144 y 208.

⁸⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 411; ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., pp. 71-72; BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 178; también lo considera así con la versión actual, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1124.

⁹⁰ Como acertadamente señala RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 192.

te. No obstante, el carácter siempre reprobable de las causas de indignidad y de desheredación y la quiebra de la confianza en el sujeto que incurre en ellas hacen pensar que, tanto si es sucesor del delegante, como si no lo es, el favorecido con la delegación pierde sus facultades si incurre en cualquiera de los supuestos del artículo 756⁹¹, salvo que el propio causante lo hubiera rehabilitado en los términos previstos en el artículo 757 del CC, aunque reconozco que el tenor literal del artículo 743 del CC no se cohonesta bien con lo dicho cuando el delegado no es sucesor del delegante⁹². En el caso de la desheredación la situación es todavía más complicada, puesto que para que juegue como tal el incurso en ella ha de ser un legitimario. A día de hoy en el sistema del CC ésta es la situación del viudo, pero no la del progenitor de hijos comunes con el causante cuando no está casado con éste o está separado⁹³, o divorciado, o el matrimonio ha sido declarado nulo. No tendría sentido pensar que de incurrir en alguna de las reprobables conductas del artículo 855 el viudo desheredado en testamento quedaría apartado de la fiducia, mientras que con idénticas conductas, el progenitor no viudo mantendría intactas las facultades derivadas del artículo 831 puesto que no podría ser técnicamente desheredado. En realidad estamos ante un ejercicio puramente intelectual pues, con toda probabilidad, el causante conocedor de que el padre de sus hijos, cónyuge o no, incurre en alguna de las causas previstas en el artículo 855 no utilizará en su favor las posibilidades del artículo 831 o revocará las ya otorgadas. Con todo, sirve para poner de relieve los muchos problemas que puede acarrear introducir novedades aisladas en un precepto como el reiterado 831, destinadas inexorablemente a chocar con el conjunto del sistema.

B) *Aceptación del encargo*

Cuando la delegación se realizaba en capitulaciones matrimoniales el consentimiento de quien iba a ser comisionado por el causante se producía en el mismo momento de la delegación. Actualmente la situación ha cambiado, porque ahora la comisión de facultades es resultado de un acto unilateral del comitente –un testamento– en el que no concurre la voluntad del comisionado. Por

⁹¹ Repárese especialmente en el nuevo núm. 7.º del artículo 756 del CC, introducido precisamente por la Ley 41/2003, y que en lo que ahora nos atañe afecta al sucesor que hubiera negado alimentos al delegante discapacitado. Con la nueva redacción mantienen idéntica opinión en relación con el cónyuge favorecido, ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 161, y RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., pp. 171 y 192.

⁹² «... o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código.»

⁹³ Lo que queda claro tras la modificación de los artículos 834 y 945 por Ley 15/2005.

ello parece adecuado considerar que para que la delegación de facultades produzca sus efectos ha de concurrir la aceptación del sobreviviente, quien ha de mostrarse dispuesto a realizar el encargo⁹⁴. No resulta sensato estimar que nos hallamos ante un acto debido cuya no realización pueda ocasionar algún tipo de sanción para el facultado, pues éste siempre tiene la posibilidad de no realizar el encargo, bien dejando transcurrir el plazo voluntario o legal que tenga para ejecutarlo, bien no efectuándolo en su testamento cuando ésta fuera la vía oportuna⁹⁵.

Por consiguiente, es precisa la aceptación por parte del facultado, si bien no ha de revestir forma solemne alguna. De hecho muchas veces su voluntad de aceptar la comisión será meramente tácita, derivada precisamente del hecho concluyente de cumplir el encargo. Parece, no obstante, que una declaración solemne de rechazo de la comisión debería ocasionar la extinción de la delegación⁹⁶.

C) *Formales*

Pocas dudas caben ya con la nueva redacción sobre el hecho de que la facultad delegada puede ejercitarse tanto en testamento como en un acto *inter vivos*. Aunque con opiniones contrarias⁹⁷, buena parte de la doctrina admitía ya la doble posibilidad con la redacción anterior del precepto⁹⁸. Es de destacar ahora, como novedad expresa de la redacción de 2003, que la facultad delegada de distribución o mejora se pueda ejercitar en el propio testamento del favorecido con la delegación, testamento que, en mi opinión, puede revestir cualquier forma legítima⁹⁹. A juicio de algún autor esta previsión expresa de utilización del vehículo testamentario

⁹⁴ La posibilidad teórica de una delegación unilateral era prevista, con la versión original del precepto, por SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 113, quien en tal hipótesis señalaba «... delegación que posteriormente podría aceptar o no aceptar el viudo».

⁹⁵ Por la voluntariedad del encargo para el viudo se pronuncia también RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 193.

⁹⁶ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 208, admite la posibilidad de renuncia del delegado, con fundamento en el entonces vigente artículo 4.2 del CC, si bien estima que ha de revestir forma auténtica. La renuncia es contemplada también por MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, cit., p. 450.

⁹⁷ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., pp. 96-97.

⁹⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 411; ALBALA-DEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 83; quien hace interesantes reflexiones sobre las posibilidades que ofrece el ejercicio de la facultad en testamento, al permitir resolver hasta los momentos finales si se merece la mejora y por quién, o si es oportuna y para quién. Parece que este tipo de consideraciones están en la mente del legislador de 2003, y se plasman en la Exposición de motivos cuando vincula la fiducia con la protección de los discapacitados.

⁹⁹ En contra, RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 187, para quien el testamento donde se ejercita la fiducia ha de ser necesariamente notarial.

supone una aproximación a la figura histórica castellana del testamento por comisario, si bien aquí no se está testando por el fallecido como se entendía en el Derecho histórico de Castilla, sino ejecutando una disposición testamentaria de otro¹⁰⁰. Desde luego, lo que se pone de manifiesto con la previsión es la posibilidad de que el comisionado culmine el proceso sucesorio del comitente al mismo tiempo y en el mismo acto que ordena su propia sucesión¹⁰¹.

La previsión del segundo párrafo del artículo 831.1 dice literalmente «*Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento [...]*», lo cual permite resolver hasta el último momento el destino de la facultad delegada. En principio, como dice Roca Guillamón, la mención debe ser interpretada en el sentido de que no porque se le haya conferido necesariamente ha de utilizar ese instrumento para hacer la distribución de bienes o mejoras, pues los términos literales son de facultad y no de imposición¹⁰²; sin embargo, nada impide que el otorgante de la fiducia limite su ejecución a la utilización del vehículo testamentario, supuesto en el que al sobreviviente le estará vedada cualquier otra posibilidad¹⁰³. Con todo, es probable que el ejercicio testamentario de la facultad delegada sea el más frecuente en el caso de que la institución pretenda conseguir la función de protección de los descendientes discapacitados, pues en la mayoría de las ocasiones dicha protección será garantizada por el ascendiente supérstite mientras viva, quien tratará de asegurarla tras su muerte a través de los poderes delegados.

Como ya se ha apuntado, la vía testamentaria para el ejercicio del encargo permite al comisionado la disposición conjunta del patrimonio del causante y de su propio patrimonio, lo que en ocasiones puede plantear problemas de interpretación del testamento del fiduciario. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando el comisionado se limite a hacer una disposición general respecto de los hijos comunes, sin distinguir entre los bienes del causante y los suyos propios, lo cual hoy es perfectamente posible, tanto si se imputa a

¹⁰⁰ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 166; ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4288, quien estima que la referencia al testamento por comisario lo es en el sentido que la institución tiene en la Ley 3/1992, del Derecho civil Foral del País Vasco.

¹⁰¹ Para ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, t. II, cit., p. 248, se trataría de una especie de testamento mancomunado.

¹⁰² ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4289. Para ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 19, aún no autorizado a hacerla en testamento puede (el facultado) hacerla en éste y valdrá la hecha en testamento si éste entrara en vigor en el plazo establecido y, si no se señaló, uno, en los dos años.

¹⁰³ Previsión que configura como condición, ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4289.

ambas herencias, como únicamente a la del premuerto. El decidir cuándo se hará una u otra asignación es una cuestión que va a depender del sentido atribuido a las disposiciones testamentarias del propio fiduciario.

El párrafo segundo del artículo 831.1 permite ahora que las mejoras, atribuciones o adjudicaciones puedan realizarse «*en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos*», lo que parece suponer el rechazo de la concepción estricta según la cual el ejercicio de las facultades delegadas sólo puede hacerse en la partición, sustentada en su día por Seco Caro¹⁰⁴ y que buena parte de nuestra doctrina rechazaba ya con anterioridad a 2003. El ejercicio *inter vivos* supondrá, entre otras, la posibilidad de hacer atribuciones en concepto de mejora con entrega inmediata de bienes, supuesto en el que será aplicable el 827 del CC.

La referencia a la realización en un solo acto parece estar pensando en que la facultad se ejercite por vía testamentaria, mientras que la referencia a varios¹⁰⁵ estaría más bien prevista para el ejercicio progresivo *inter vivos*. En el primer caso es muy probable que el testamento del facultado disponga conjuntamente de su propia herencia y de la del delegante en los términos del 831, pudiendo limitarse, respecto de los hijos comunes, a hacer una disposición general que, como se ha dicho ya, puede suscitar dudas respecto a la imputación a una u otra sucesión. En este supuesto, ya planteado por la doctrina anterior a la reforma de 2003, habrá de interpretarse el testamento del delegado, acudiendo a todos los medios disponibles, incluidos los llamados extrínsecos. Puede mantenerse, como regla general, que un testamento otorgado por el fiduciario después de la delegación y en circunstancias que llevarían a afirmar que el testador conocía el encargo, permite suponer que se refiere a la sucesión de los dos; en cambio, es imposible interpretar que un testamento otorgado por el fiduciario antes de la delegación sea un modo de ejercitar ésta¹⁰⁶, por lo que habrá de entenderse excluida la sucesión del prefallecido.

D) *Revocabilidad*

En principio, como corresponde a la naturaleza del vehículo utilizado, si el supérstite ejercita la facultad delegada en testamento

¹⁰⁴ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., *passim*.

¹⁰⁵ Con buen criterio señala RODRÍGUEZ-YNNESTO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., p. 192, que la referencia a que sean «simultáneos o sucesivos» no aporta nada, por lo que es totalmente superfluo.

¹⁰⁶ En palabras de DíEZ GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., p. 418.

la decisión será revocable¹⁰⁷, pudiendo cambiarla en testamentos posteriores. Aunque ya con las versiones anteriores había autores que opinaban lo contrario, al estimar que se trataba de un supuesto similar al del reconocimiento del hijo hecho en testamento que no se podrá revocar¹⁰⁸, no parece que existan razones suficientes para estimar excepcionado en este caso el principio general de revocabilidad de las disposiciones testamentarias. Ningún fundamento tiene su consideración como supuesto de testamento por tercero, que se perfeccionaría irrevocablemente desde su realización ya que, como se ha dicho, no es ésta la figura acogida en la norma.

Si las facultades se ejercitan en un acto *inter vivos* difícilmente puede considerarse una donación puesto que, como regla, se atribuirán bienes del difunto que, tal y como se ha anticipado, se recibirán por título sucesorio¹⁰⁹. Incluso en el caso de que el facultado satisfaga suficientemente las legítimas o las disposiciones del causante con sus propios bienes (art. 831.3, párrafo tercero *in fine*) está pagando algo que debe y por lo tanto falta en la actuación del delegado la nota de gratuidad imprescindible para que pueda hablarse de donación.

El acto atributivo, en principio unilateral, precisará, sin embargo, para su plena eficacia de la aceptación de los favorecidos (arg. 831.1, párrafo tercero *in fine*). Se trataría entonces de un pacto sucesorio en el sentido amplio del término, puesto que es un pacto o contrato referido a una sucesión, pero no a una herencia o sucesión futura puesto que se refiere a una, la del otorgante de la delegación, que ya está abierta; por lo tanto, no entraría en la prohibición del artículo 1271.2 del CC, ni en otras concordantes con ésta, como la contenida en el artículo 816 del CC¹¹⁰.

Tratándose de una decisión pactada de naturaleza particional habrá de ser irrevocable¹¹¹. Así, Garrido de Palma considera que si el fiduciario con los herederos distribuye, reparte y transmite a los mismos los bienes del difunto (incluso bienes propios), la donación-partición (*sic*) efectuada es firme e irrevocable¹¹². Sin embar-

¹⁰⁷ ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 87; ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 166; RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 186; SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 276.

¹⁰⁸ ALPAÑÉS, E., «La delegación de la facultad...», cit., pp. 303-304.

¹⁰⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, op. cit., p. 457.

¹¹⁰ De suerte que, como señala BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 141, el cónyuge facultado, abierta la sucesión, podría llegar a acuerdos tales como «mejoro a mi nieto, tu hijo, si renuncia a la legítima que te corresponde en la sucesión del causante o al complemento de ella».

¹¹¹ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 186.

¹¹² GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales...», cit., p. 130, quien además considera un refuerzo de su tesis el retoque que la Ley 7/2003 ha dado al artículo 1271 del CC, añadiendo a su redacción «... y otras disposiciones particulares».

go, como ya se dijo y negando la idoneidad de cualquier referencia a la donación, por aplicación del artículo 827, tratándose de una mejora será revocable aunque se haya hecho con entrega de bienes, a menos que se haya hecho en capitulaciones matrimoniales o por contrato sucesorio celebrado con un tercero, en los mismos términos en los que lo sería si la mejora la hubiera hecho el propio causante¹¹³.

E) *Objetivos*

Las mejoras, adjudicaciones o atribuciones hechas por quien ejercita las facultades delegadas pueden hacerse, según se desprende del 831.1 del CC tanto en bienes específicos y determinados, como en cuota. En el primer caso y como novedad expresa a la que ya he aludido varias veces, el texto legal permite que los bienes objeto de la atribución o mejora hechas por el supérstite sean no sólo del causante, sino también de la sociedad conyugal no liquidada o, incluso, bienes pertenecientes exclusivamente a quien ejercita las facultades (argumento art. 831.3, párrafo tercero *in fine*). Que pueda tratarse de bienes comunes, significa, en palabras de RUEDA Esteban «[...] una conmixtión de patrimonios que responde a un interés del legislador en que se haga la partición del patrimonio familiar de una forma sincronizada y ordenada»¹¹⁴. En definitiva viene a significar la consideración del patrimonio de ambos cónyuges como un todo unitario a efectos sucesorios, vieja aspiración en nuestra literatura jurídica y que supone, a mi entender, el paso adelante más significativo de la nueva regulación. Sobremanera se consagra la posibilidad de una atribución o mejora en cosa ajena como vehículo de satisfacción de un derecho sucesorio. Teniendo en cuenta su carácter excepcional, Albaladejo ha estimado preferible excluir, al menos como regla, que quien tiene delegada la facultad de mejorar pueda hacerlo con bienes no hereditarios si el concedente no lo ha especificado así¹¹⁵, opinión que no se puede compartir, pues lo cierto es que el tenor del precepto no establece ningún tipo de cortapisa a una u otra modalidad de pago.

Cuando en el ejercicio de sus funciones el fiduciario dispone de bienes del causante está ejercitando una facultad de disposición

¹¹³ ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 19; ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4292.

¹¹⁴ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 186; añade además el autor citado que ello supone la modernización de la finalidad familiar de la antigua norma, de procurar el mantenimiento de la autoridad del viudo o viuda para lograr el acierto en la elección.

¹¹⁵ ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 10.

sobre patrimonio ajeno; pero, como se ha dicho y reitero, puede asimismo disponer de bienes comunes y también de bienes de su exclusiva propiedad.

F) *Temporales*

Siguiendo la estela de la versión de 1981 que, a diferencia de la original, estableció un plazo subsidiario de un año para el ejercicio de la facultad por el viudo, se dispone ahora en el segundo párrafo del 831.1 lo siguiente:

«[...] Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.»

Por consiguiente, el ejercicio de la fiducia contenida en el precepto está sometido a un plazo legal o voluntario, que representa el lapso de tiempo en el que debe ejercerse la delegación y cuyo transcurso implica la extinción de la fiducia¹¹⁶. Si el causante confiere (en el propio testamento o en otro posterior compatible¹¹⁷) la facultad para ser ejercida en un determinado plazo, a éste habrá de atenerse el comisionado y si se ha conferido para ser ejercida en testamento el facultado dispondrá de toda su vida para ejecutar la comisión. No resuelve expresamente el texto de la norma si el hecho de que el delegante señale como plazo toda la vida del testador ha de considerarse equivalente a la atribución de la posibilidad de usar el testamento como instrumento de ejercicio de la fiducia, lo que siguiendo el criterio de Seda Herмосín parece lo más adecuado¹¹⁸. En cualquier otro caso el comisionado habrá de cumplir el encargo dentro del plazo legal de dos años.

La fijación de un plazo legal que jugase en defecto de voluntad contraria del causante o del supuesto en el que la facultad conferida le permita ejercitarla en el propio testamento del autorizado fue reclamada como imprescindible por parte de la doctrina a fin de no alargar indefinidamente la situación de interinidad de la sucesión

¹¹⁶ HERRADA ROMERO, R. I., «Algunas consideraciones sobre el plazo ex artículo 831 del Código Civil», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Murcia, 2004 (aunque el trabajo está escrito con anterioridad a la reforma de 2003), pp. 2483-2503, espec. p. 2484.

¹¹⁷ Por ejemplo, uno que se limite a establecer el plazo, lo que no revocaría el testamento anterior, aun cuando el delegante no prevea expresamente la subsistencia de aquel en el que dispone la fiducia, tal y como señala HERRADA ROMERO, R. I., «Algunas consideraciones...», cit., p. 2489.

¹¹⁸ SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 277, por supuesto, salvo prohibición expresa del comitente del uso del vehículo testamentario.

del comitente ¹¹⁹, razón por la que se introdujo en 1981, si bien el término de un año fue considerado, en general, muy corto ¹²⁰. No obstante, precisamente en relación con la introducción de este plazo legal subsidiario, en 1981, algún autor lo calificó de perturbador e inútil ¹²¹.

La última reforma del 831 del CC conserva el plazo legal subsidiario aunque, como se ha dicho, ahora se amplía de uno a dos años. Si bien algunos autores han estimado que sigue siendo insuficiente, sobre todo para atender al nuevo objetivo de la ley de protección de las personas con discapacidad ¹²², otros recuerdan que deben conciliarse los intereses en juego y no alargar el plazo en exceso; los intereses son los del cónyuge fiduciario que necesita tiempo para pensar, organizar y disponer, y los de los llamados a la herencia que necesitan concretar su expectativa hereditaria ¹²³.

En relación con el día inicial del cómputo del plazo legal se han planteado varias cuestiones, algunas ya procedentes de la versión de 1981. Como en el texto previgente, el precedente de la última reforma distingue entre la situación en caso de que entre los hijos comunes haya menores o no los haya, pues mientras en esta segunda situación los dos años se computan desde la fecha de apertura de la sucesión, en el primero se hace desde la emancipación del último de los hijos comunes, parece que a fin de que el destinatario del encargo no se vea obligado a elegir antes de tener una cabal noticia de las condiciones y cualidades de cada uno de ellos ¹²⁴. A este respecto, la doctrina anterior a 2003 entendía que aquí la referencia a los hijos ha de interpretarse en sentido propio, sin incluir a los nietos, lo cual, de hacerse, alargaría la situación interina de modo excesivo ¹²⁵; lo mismo puede ser mantenido tras la reforma.

¹¹⁹ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 197. La doctrina anterior a 1981 discutió la idoneidad de aplicar o no al fiduciario el plazo legal subsidiario de un año que el CC contempla para el ejercicio del albaceazgo; *vid.* las diferentes opiniones en HERRADA ROMERO, R. I., «Algunas consideraciones...», cit., pp. 2486-2487.

¹²⁰ CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades...*, cit., pp. 110-111, quien también critica el establecimiento de un *dies a quo* que prescinde del efectivo conocimiento por el cónyuge viudo del hecho de su nombramiento y, en último término, el propio establecimiento de un plazo subsidiario.

¹²¹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios...*, cit., p. 1317.

¹²² FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 137; ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 167; LÓPEZ FRÍAS, M. J., cit., pp. 67-68.

¹²³ SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., pp. 277-278, aunque estima que tal vez hubiese sido más adecuado un plazo un poco más largo, de tres a cinco años.

¹²⁴ Esa es la opinión de RIVAS MARTÍNEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 494. Para RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 348, el establecimiento de un *dies a quo* dependiente de la emancipación de los menores significa que la norma presume que la concesión de la fiducia obedece a la presencia de menores.

¹²⁵ Para la versión anterior, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios...*, cit., p. 1318; ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 88; HERRADA ROMERO, R. I., «Algunas consideraciones...», cit., p. 2501.

Sobremanoera, en relación a ésta algunos autores se han planteado el problema del día inicial del cómputo precisamente cuando, existiendo hijos comunes menores, el último de ellos sea incapacitado e, incluso, por la índole de la incapacidad, no haya emancipación posible. Para Florensa la respuesta a esta situación puede ser doble: o bien se prescinde del menor incapacitado y se atiende al último hijo común susceptible de emancipación, o se acude al otro momento previsto en la ley, es decir, a la apertura de la sucesión ¹²⁶. Por su parte, Espejo, además de criticar la falta de previsión de la norma, estima que la referencia a la emancipación permite también una doble inteligencia, según se entienda como referida a la problemática de los hijos menores, o al problema específico de los discapacitados que estuviesen incapacitados –supongo que estimando que emancipación podría significar también fin de la incapacidad– interpretación esta última que probablemente prolongaría las facultades fiduciarias durante toda la vida del incapacitado ¹²⁷.

El plazo se ha venido configurando como de caducidad, de suerte que transcurrido el mismo no se pueden ejercer válidamente las facultades y éstas habrán de considerarse extinguidas ¹²⁸.

G) *¿Es un presupuesto la subsistencia del vínculo matrimonial en el momento del fallecimiento del comitente?*

Ya se ha señalado más arriba que tanto en su versión original, como en la procedente de la reforma de 1981, se solía decir que la facultad delegada sólo podía ser ejercitada por el cónyuge sobreviviente si el matrimonio subsistía al fallecer el delegante ¹²⁹. La mejor doctrina deducía tal exigencia de los antecedentes del precepto y de la propia letra del mismo –la facultad se confiere al sobreviviente «muriendo el cónyuge otorgante» ¹³⁰– de suerte que

¹²⁶ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 138.

¹²⁷ Razón por la que la rechaza ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El gravamen de la legítima. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *RJN*, enero-marzo, 2005, pp. 113-159, p. 151, quien termina por estimar que la emancipación a la que se refiere la norma es la motivada por el cumplimiento de la mayoría de edad, aunque ello no conlleve la salida de la patria potestad por la previa existencia de incapacitación del descendiente.

¹²⁸ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 167.

¹²⁹ En contra, MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, cit., p. 444, para quien con la versión original del precepto las facultades delegadas no se pierden en principio por la nulidad del matrimonio ni por la separación de los bienes de la sociedad conyugal en caso de divorcio, aunque en p. 449 matiza que sí se extingue en caso de divorcio por culpa del cónyuge que sobrevive.

¹³⁰ ZURILLA CARIÑANA, M. A., *Comentarios al Código Civil*, R. Bercovitz (Coord.), Navarra, Aranzadi, 2001, p. 987.

divorciados ambos o anulado el matrimonio, no cabría el ejercicio de la facultad, ni siquiera por el cónyuge de buena fe¹³¹. Ello suponía además que para ejercitar el encargo el sobreviviente debía permanecer en estado de viudez, lo cual a partir de 1981 suponía que cuando el causante ordenaba que el supérstite ejercitase la delegación en su propio testamento estaba imponiendo una medida de coacción para que éste no contrajera nuevo matrimonio en tanto no ejercitara la fiducia ya que, de hacerlo, perdería las facultades delegadas¹³². La rigidez del requisito de la subsistencia del matrimonio era tal que algunos autores estimaban que ni siquiera podría subsistir la facultad en favor de quien fue cónyuge, aun cuando el causante lo hubiera previsto expresamente a pesar de la nulidad o el divorcio¹³³.

En la versión de 2003 la letra del precepto no exige que la condición de cónyuge que lo era en el momento de conferirse la facultad persista en el momento de la muerte del causante, por lo que según mi criterio, apartado de otras opiniones más abundantes¹³⁴, puede ejercitar la delegación el divorciado, el separado o aquel cuyo matrimonio con el delegante haya sido declarado nulo salvo, por supuesto, que del tenor del testamento del delegante resulte

¹³¹ LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos...*, cit., p. 456, en relación con la versión de 1981; más discutible era para el Pr. Lacruz si podría ejercitar la facultad en caso de separación. En su opinión la separación de hecho no era relevante a estos efectos; en cambio la separación judicial extinguía un instituto fundado en la confianza mutua, tanto si al morir el delegante el proceso de separación se hallaba únicamente incoado, lo que sería coherente con la revocación de poderes prevista en el artículo 102 CC, como si en la sentencia de separación se había ya producido; incluso el tenor del artículo 106.2 impedía a su juicio que la reconciliación de los esposos hiciera renacer la facultad, todo lo cual, personalmente, me parece muy discutible en caso de que la delegación se haya producido en testamento, pues sólo será eficaz a la muerte de su autor y para entonces, reconciliados, son esposos a todos los efectos.

¹³² VELÁZQUEZ VIOQUE, S., *La mejora...*, cit., p. 57.

¹³³ LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos...*, cit., p. 456, quien estimaba que la fiducia constituye una excepción a la regla general del CC de personalidad e indelegabilidad de las disposiciones *mortis causa*, por lo que en defecto de norma expresa sólo podría concederse a unos cónyuges cuyo matrimonio no se hallare en crisis. En similar sentido, BLASCO GASCÓ, F., *Derecho civil...*, cit., p. 340.

¹³⁴ ALBALADEJO, M., «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona», *RDP*, 2005, pp. 3-20, espec. p. 8; ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4287; PEREÑA VICENTE, M., «El derecho sucesorio...», cit., p. 1832, si bien esta autora apoya el mantenimiento de la fiducia a pesar de la separación o el divorcio si el testador así lo prevé. Esta es también la opinión, pero sólo para el caso de separación judicial o de hecho, no de divorcio o nulidad, de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1124. Para SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 269, el divorcio, la nulidad y la separación judicial extinguen la fiducia, aunque mantiene dudas en relación con la separación de hecho; este autor considera además con razón que, al amparo del inciso final del 831, puede establecerse la fiducia después de decretarse el divorcio, la nulidad o la separación judicial a favor del ex cónyuge o cónyuge separado con hijos comunes con el delegante. Por su parte, mantienen la opinión del texto RODRÍGUEZ-HINYESO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., p. 204, y RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 347.

otra cosa¹³⁵. A mi juicio la posición contraria no resulta coherente con la posibilidad de que se reconozca la delegación en favor de cualquier padre o madre de la descendencia común, aunque delegante y delegado no se hallaran casados entre sí y aunque no hubiera existido ningún tipo de convivencia entre ambos. De mantenerse la tesis de que la nulidad, separación o divorcio extinguen el encargo entre cónyuges habrá de sustentarse, por subyacer idénticas razones, que el otorgado en su caso a la pareja de hecho devendrá ineficaz si concurre alguna de las causas de extinción de este tipo de uniones, lo que nos remitirá, en su caso, a la legislación de parejas aplicable al caso, que no tiene por qué coincidir con la rectora de la sucesión.

Sin embargo, no creo que esa sea la respuesta acertada en el caso del cónyuge ni, por extensión, en el de la pareja conviviente, de modo que en mi opinión no puede aplicarse a este supuesto la tesis mantenida por una parte importante de nuestra doctrina según la cual el artículo 767.1 del CC justificaría la ineficacia de la disposición a favor del cónyuge por quedar desprovista de causa en la medida en que el matrimonio y el mantenimiento de la convivencia conyugal son, por regla general, causa o motivo de las disposiciones testamentarias hechas a favor del esposo o esposa en situación de paz conyugal¹³⁶. Y ello lo creo no sólo porque el «beneficio» testamentario previsto en el artículo 831 del CC no supone necesariamente la institución del cónyuge como heredero o legatario del testador, sino porque, aunque esta circunstancia adyacente se diera, la delegación trae su causa en la convicción del testador sobre la idoneidad del delegado para desempeñar su función, y no en la pacífica convivencia matrimonial (o extramatrimonial).

Todas estas innovaciones con relación a la situación inmediatamente anterior hacen que los comentaristas del nuevo texto se planteen incluso el cambio de fundamento de la institución prevista en el artículo 831. Así, por ejemplo, para Florensa si el fundamento tradicional de la institución era con carácter principal el vínculo matrimonial y secundariamente la confianza entre los cónyuges, con la nueva versión la base secundaria adquiere ahora su verdade-

¹³⁵ Creo que después de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio que elimina cualquier exigencia causal para obtener la separación o el divorcio, carece de sentido argumentar la posible pérdida de eficacia de la disposición a favor del cónyuge posteriormente divorciado o separado con base en la concurrencia de alguna causa de indignidad ex artículo 756, lo que sí podría tener cierto sentido antes de la referida reforma (*vid.*, al respecto, TORRES GARCÍA, T., «Disposiciones testamentarias...», cit., pp. 32 ss.).

¹³⁶ *Vid.* recientemente GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pp. 337 ss. Y doctrina allí citada.

ro rango de preeminencia, de suerte que la delegación de facultades se fundamenta en la relación de confianza existente entre los progenitores de una descendencia común¹³⁷.

Hasta 2003 el objetivo del precepto era, fortalecer la posición del viudo entre el círculo de sucesores y con ello la cohesión familiar¹³⁸. Ahora parece que ambos fines se desdibujan.

H) Extinción

Lo que sí prevé la nueva versión del artículo 831 en su número cinco es el cese *pro futuro*¹³⁹ de las facultades conferidas cuando el cónyuge –o el otro progenitor o padre o madre adoptivo de la descendencia común– hubiere pasado a ulterior matrimonio, o relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, previsión que continúa teniendo un cierto matiz «sancionador» para el sobreviviente¹⁴⁰ poco compatible con los tiempos que corren¹⁴¹, además de que en último término, la extinción de la facultad de delegación puede llegar a perjudicar, precisamente, a los hijos comunes¹⁴². Aunque es cierto que ahora aparece claro en el texto de la ley que, aun ante este tipo circunstancias, el causante puede disponer el mantenimiento de las facultades otorgadas¹⁴³, disposición que

¹³⁷ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., pp. 126 y 140.

¹³⁸ En palabras de ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Designación de sucesor...*, cit., p. 106-107, «[...] permite aplazar la ordenación de buena parte de la sucesión; lo que unido a la posibilidad de disponer libremente de dos tercios entre los hijos, tiene por resultado que se pueda mantener el patrimonio bastante cohesionado y ponerlo en manos del hijo o hijos considerados más aptos, decisión ésta que, si no ha podido –o no ha querido– tomar el causante, la tomará el cónyuge».

¹³⁹ Pues creo, con VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 410, o ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 9, que si el sobreviviente primero mejoró y luego concurre la causa, no invalida la mejora ya hecha.

¹⁴⁰ GARCÍA GOYENA, F., en sus comentarios al artículo 663 justificaba la exigencia en que eso mismo se practicaba en las provincias de fueros; también razonaba la no contradicción entre esta previsión que impedía la mejora por el viudo en el caso de la delegación y la del 805 del mismo Proyecto, que autorizaba la mejora en el caso de reserva vidual (*Concordancias...*, cit., p. 108).

¹⁴¹ Por el contrario, la alaba ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4287. Sin embargo, ya con la redacción original no convenía la justificación dada a limitación de contraer nuevas nupcias, a SECO CARO, E., *Partición...*, cit., pp. 153-154; tras la reforma de 1981 no encontraba plausible la extinción de la facultad por las nuevas nupcias del autorizado, añadiendo que de estar así establecido, el mismo efecto debía producir la superveniencia de un hijo extramatrimonial, Díez GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., p. 416. La incompatibilidad con el nuevo matrimonio del facultado es considerado poco coherente por FERREIRA DE SOUSA LEAL, A. C., *A legítima do Cónyuge Sobrevivo. Estudo comparado hispano-potugués*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 308.

¹⁴² En tal sentido, en la redacción anterior, BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 181.

¹⁴³ Lo que también era posible en la redacción inmediatamente anterior según BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., pp. 179 ss., autora que, sin embargo, en esa misma sede recoge la abundante doctrina que opina en sentido contrario, como es el caso de VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 410. Para RIVAS MARTÍ-

incluso puede aparecer de forma tácita¹⁴⁴ o incluso presunta derivada de una correcta interpretación testamentaria, hubiera sido preferible que la voluntad expresa del delegante funcionase al revés, esto es, que permaneciese la facultad a pesar del matrimonio, de la relación de hecho, o del nuevo hijo, salvo disposición en contrario del testador¹⁴⁵.

Repárese en que, aunque no se diga de forma expresa, parece que el artículo 831.5 alude a un ulterior matrimonio o relación de hecho posterior a la muerte del autorizante y que, por su parte, la referencia al hijo no común reclama que haya nacido con posterioridad al fallecimiento del otorgante de la facultad o incluso antes de dicho fallecimiento, siempre que el nacimiento fuera desconocido por él, pues en otro caso resulta lógico considerar la voluntad presunta de mantener la delegación a pesar de la concurrencia de esas circunstancias¹⁴⁶. No obstante, como señala Robles Perea, la dificultad de prueba sobre el conocimiento que el concedente tenga de este hecho aconseja citarlo en el testamento donde se vayan a conceder las facultades –o en otro complementario– como dispensa de tal circunstancia¹⁴⁷.

Ha de hacerse notar que, teniendo en cuenta nuestro Derecho vigente, el matrimonio o relación de hecho extintivas del encargo pueden serlo tanto si se trata de una pareja de heterosexuales, como si se contraen o configuran con otra persona del mismo sexo, y tanto si esta nueva relación matrimonial o de hecho tiene descendencia, como si no la tiene.

Por su parte, Seda Hermerosín estima de modo bastante sensato que se extingue la facultad de fiducia sucesoria establecida a favor

NEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 492, la nueva norma otorga prevalencia total a la voluntad del testador, lo que exterioriza un criterio legal adecuado, por ser esta voluntad la ley de la sucesión.

¹⁴⁴ En el mismo sentido, FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 129. En contra parece manifestarse ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4287, quien estima que la disposición en contra del cónyuge debe estar «expresada en su testamento»; tal resulta también el criterio de RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., pp. 169 y 191.

¹⁴⁵ Pues, como señala CARBALLO FIDALGO, M., «La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración del testamento por comisario gallego», *Actualidad Civil*, junio 2005, núm. 12, pp. 1413-1439, espec. p. 1434, refiriéndose al testamento por comisario de la LDCGalicia de 1995, pero con consideraciones enteramente trasladables al caso que nos ocupa, el nuevo matrimonio del comisario no empañía en absoluto la confianza que el premuerto depositó en él, ni existe riesgo alguno de desviar sus bienes a una nueva descendencia, dada la clara limitación de los beneficiarios de la fiducia a la descendencia común.

¹⁴⁶ En contra de lo expresado en el texto ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 8. Para BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 169, con la versión inmediatamente anterior del 831, el precepto era plenamente aplicable en el supuesto de concurrencia de hijos comunes y propios del facultado habidos constante el matrimonio de ambos, no siendo este hecho ignorado por el concedente.

¹⁴⁷ ROBLES PEREA, M. A., «EL artículo 831...», cit., p. 161.

del progenitor que pierde la patria potestad de los hijos comunes, por tratarse de una situación contraria a la esencia fiduciaria de la institución¹⁴⁸.

Las facultades se extinguirán también, como se ha dicho, por el transcurso del plazo sin haber cumplido íntegramente el encargo y por la muerte o incapacitación del destinatario de la fiducia. En todos estos casos son válidas las adjudicaciones, atribuciones o mejoras ya realizadas, con los límites y condicionamientos que más adelante se analizarán.

V. CONTENIDO DE LA FACULTAD DELEGADA

1. Amplitud del encargo

Aunque tanto por su ubicación sistemática en el Código, como por su denominación más habitual pudiera parecer que el contenido de la facultad otorgada al supérstite consiste exclusivamente en la posibilidad de «mejorar», desde su versión inicial las facultades del autorizado permitidas por la norma han sido mucho más amplias¹⁴⁹, hasta el punto de que ya con la redacción anterior la interpretación del precepto realizada por algunos autores estimaba que el contenido de las facultades delegadas en el viudo permitían a éste realizar todo aquello que podría hacer con su herencia el autorizante¹⁵⁰, lo cual no parece ser exactamente así, tanto por exceso, como por defecto, pues el facultado por el 831 no está en la misma posición del causante para ordenar la sucesión de éste¹⁵¹. En cualquier caso, el límite infranqueable de las «disposiciones del causante» hace que el contenido de la facultad delegada venga en primer término circunscrito por la voluntad de quien comete lo cual significa que, como la doctrina venía admitiendo, se permite delegar la facultad de mejorar sin la de distribuir o viceversa¹⁵².

¹⁴⁸ SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., pp. 270-271, quien exceptúa el caso de que la concesión del encargo sea posterior a la privación de la patria potestad, supuesto que el propio autor considera de laboratorio.

¹⁴⁹ Como señalaba ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Designación de sucesor...*, cit., p. 96, «A pesar de encontrarse en sede de mejoras, el artículo 831 tiene un contenido que desborda tal materia [...]».

¹⁵⁰ «[...] el viudo puede por acto *inter vivos* o a causa de muerte disponer de la herencia —excepto en la parte en que ya lo haya efectuado el difunto— y ello donando, legando e instituyendo herederos, asignando y transmitiendo bienes y cargas, todo ello sin perjuicio de las legítimas estrictas», según GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales...», cit., p. 127.

¹⁵¹ BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., pp. 196 ss.

¹⁵² VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 412, aunque este autor entiende que la facultad de distribuir incluye la de mejorar, salvo que ésta resulte expresamente excluida o que el finado ya hubiere agotado el tercio de mejora.

A primera vista, el texto de 2003 no coincide con sus dos precedentes en lo referente al contenido de la facultad pues mientras en éstos se mencionaba el de «*distribuir a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos [...]*», la nueva versión alude a «*realizar [...] mejoras... y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar*». No obstante, como se deduce de la propia exposición de motivos de la ley, con estas últimas menciones se quiere aludir precisamente a la facultad de distribuir los bienes del difunto¹⁵³, con lo que la nueva y farragosa redacción del precepto no ha alterado el ámbito objetivo de las facultades del comisionado¹⁵⁴. Repárese en que la referencia a los bienes de la sociedad conyugal queda sin sentido cuando el testador y el titular de la facultad delegada no estén casados entre sí, supuesto en el que no existe tal sociedad ni aun en el caso de que se trate de parejas de hecho, al carecer ésta en el CC de un régimen económico «pseudo-matrimonial». No obstante, en este último caso no será infrecuente que tengan bienes en común, supuesto en el que, como también se anticipó, no se ve obstáculo en estimar que la facultad también alcanza a dichos bienes¹⁵⁵.

Como ya se mencionó más arriba, tanto las mejoras como las atribuciones y adjudicaciones las puede hacer el facultado por cualquier título, *inter vivos* o *mortis causa*¹⁵⁶, lo cual puede determinar la condición sucesoria de los favorecidos. En el caso de que la facultad se ejerza en testamento, el comisionado, de no haberlo hecho el causante en su testamento, podrá determinar el título de heredero o de legatario de los descendientes favorecidos, que en todo caso serán sucesores del causante. Vuelvo a reiterar que las atribuciones y mejoras realizadas por el facultado en favor de sus descendientes a través de actos *inter vivos* no pueden ser conside-

¹⁵³ La sustitución de dos palabras, distribuir y mejorar, por más de dieciocho, se ha realizado, al decir de RODRÍGUEZ-YNESTO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., p. 192, «[...] sin ninguna ventaja tangible». La exposición de motivos indica que las amplias facultades para mejorar y distribuir «[...] permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad».

¹⁵⁴ No opina lo mismo RIVAS MARTÍNEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 491, para quien la letra del artículo 831 amplía, de forma clara, el ámbito objetivo de las facultades que pueden concederse recíprocamente (¿) los cónyuges y las personas que tengan descendencia común.

¹⁵⁵ En tal sentido ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4298.

¹⁵⁶ Contradiciendo lo que mantuvo en su día SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 193, para quien el ejercicio de la delegación sólo se podía hacer a través de la partición de la herencia del premuerto.

radas donaciones pues, o bien está atribuyendo bienes del difunto o bienes comunes que él no puede donar o, aunque lo haga con bienes propios, está ejercitando un poder o facultad que le ha sido otorgado y no realizando un acto gratuito. En cualquier caso, también en este supuesto de atribuciones por actos *inter vivos* los favorecidos son sucesores del causante ¹⁵⁷, aunque lo sean en bienes ajenos, por lo que sus efectos se habrán de retrotraer a la fecha del fallecimiento de quien hizo la delegación.

Conviene recordar, como pone de manifiesto Rivas Martínez, que el comisionado no está obligado a ejecutar el encargo ni a hacerlo sobre la totalidad de la herencia (sobre la que pueda actuar, cabe añadir). Si el ejercicio total no se produce la parte de la herencia sobre la que no se ejecutó el encargo se deferirá, según las disposiciones establecidas por el causante, de haberlas; en su defecto, por las reglas de la sucesión intestada ¹⁵⁸. Se me ocurre, no obstante, que el causante ha podido condicionar determinados beneficios sucesorios a favor del delegado al hecho de que efectivamente ejecute la fiducia, supuesto en el que el incumplimiento de la condición supondrá la pérdida de aquellos beneficios, matizando que en ningún caso tratándose del cónyuge esas limitaciones pueden afectar a su legítima.

2. Mejorar

La primera facultad que se permite delegar es la de «realizar mejoras». Dice Florensa que la realización de la mejora comporta un acto de doble contenido: uno de naturaleza subjetiva, escogiendo el descendiente o descendientes comunes favorecidos, y otro de naturaleza objetiva, fijando el *quantum* de la cuota sucesoria y, consecuentemente, señalando los bienes que deban integrar esa cuota ¹⁵⁹. Ambas cosas pueden ser objeto de la delegación.

Como señalaba en su momento Vallet, la facultad de mejorar incluye la de efectuar toda clase de mejoras, sean de cuota, con o sin asignación de bienes concretos, o bien de cosa determinada, con o sin asignación de cuota ¹⁶⁰. El causante puede dar instrucciones precisas sobre estas mejoras, por ejemplo, sometiéndolas a una carga modal o a una condición resolutoria, lo que puede darse con cierta frecuencia para cumplir con la finalidad de protección de los

¹⁵⁷ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 166. En sentido similar, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1128.

¹⁵⁸ RIVAS MARTÍNEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 493.

¹⁵⁹ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 131.

¹⁶⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 414.

discapacitados que ahora se pone de relieve; en este sentido al cometer las facultades, el testador puede imponer que sea mejorado, por ejemplo, el hijo o descendiente que cuide o se haga cargo del discapacitado, dejando que el viudo sea quien valore esta situación. Incluye también la facultad de hacer promesas de mejorar y no mejorar¹⁶¹.

Una de las cuestiones debatidas por la doctrina anterior a la reforma de 2003 y que ésta resuelve expresamente es la de si la facultad de realizar mejoras abarca o no además el tercio libre, aunque se considere que no es mejora en sentido estricto¹⁶²; la respuesta positiva que venía siendo sustentada entonces por la mayoría de los autores¹⁶³ aparece recogida ahora con claridad en el texto legal.

3. Realizar adjudicaciones, atribuciones o particiones

A pesar de que el precepto se refiere a bienes concretos, al permitirle hacer adjudicaciones o atribuciones, entiende la doctrina que la norma faculta al delegado para hacer una auténtica partición de la herencia del premuerto¹⁶⁴, aunque también incluye la de realizar adjudicaciones y atribuciones de bienes concretos a cuenta de una futura partición¹⁶⁵. Pero es que, además, la misión supone una verdadera función dispositiva¹⁶⁶. Precisamente porque se sustenta en esta última, en esta labor partitiva el facultado

¹⁶¹ ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 266.

¹⁶² ASÍ, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1132; aunque también se puede afirmar, con HIDALGO GARCÍA, S., que la mejora efectiva puede ser cuantitativamente superior al tercio de mejora puesto que su exceso puede imputarse al de libre disposición («Algunas consideraciones...», cit., p. 219).

¹⁶³ Vid. la evolución y sentido de la doctrina inmediatamente anterior a la última reforma en CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades...*, cit., p. 93, nota 130. Debe hacerse notar, sin embargo, que para algunos la posibilidad de afectar al tercio libre se consideraba incluida en el término «mejorar» (*ad ex.* VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 413; ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 76; del mismo autor, «El otorgamiento...», cit., p. 11), mientras que otros la ubicaban en el concepto de «distribuir» (LACOSTE, J. DE, *La mejora...*, cit., p. 246; SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 191).

¹⁶⁴ Con la redacción anterior estimaba que la facultad de distribuir implicaba un poder particional más amplio que el conferido al contador-partidor, SECO CARO, E., *Partición...*, cit., pp. 129-130, 168 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 406; de poder particional amplísimo lo califica, con la nueva redacción, RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 164; en contra, BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., pp. 216 ss. Por el contrario, niega que el artículo 831 suponga poder particional alguno, DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales...», cit., pp. 894 ss.

¹⁶⁵ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 162; FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 132, en similar sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1126.

¹⁶⁶ CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades...*, cit., pp. 100-101; FERREIRA DE SOUSA LEAL, A. C., *A legítima...*, cit., p. 309; en contra, BLASCO GASCÓ, F., *Derecho Civil...*, cit., p. 342.

estará sujeto al mismo régimen que el propio causante¹⁶⁷, quedando liberado, por tanto, de la obligación de someterse al principio de igualdad cualitativa de los lotes y de las consecuencias de la evicción y la rescisión por lesión, en los términos de los artículos 1070.1 y 1075 CC¹⁶⁸, con la sola particularidad, que señala Vallet, de estar supeditado a la voluntad del causante, que en el caso de ser incumplida, encajaría perfectamente en la segunda causa prevista en el propio artículo 1075 «[...] que aparezca, o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador»¹⁶⁹.

Como en la redacción anterior, se ha estimado que, a no ser que el causante haya dicho lo contrario, la facultad de realizar atribuciones o adjudicaciones incluye también la de mejorar¹⁷⁰. En la nueva redacción se ha eliminado del precepto la expresión «a su prudente arbitrio», cuyo significado había suscitado cierta controversia en la doctrina¹⁷¹, hoy carente ya de interés para la comprensión del precepto¹⁷².

Parece sensato considerar que si el delegante puede llevar a efecto la partición de la herencia del delegante en ejercicio de la facultad que le ha sido delegada, puede también limitarse a designar las cuotas en las que habrán de suceder los descendientes comunes y designar un contador-partidor que lleve a cabo la verdadera partición¹⁷³, siempre, por supuesto, que no exista voluntad contraria del autor de la delegación.

¹⁶⁷ La STS de 6 de marzo de 1945, *AranzadiWestlaw*, RJ 1945\272, con el carácter de *obiter dictum*, cita el artículo 831 como un supuesto en el que se puede ejercitar el derecho del testador de hacer la partición de sus bienes por vía de delegación. Para RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 175, se equipara la partición del supérstite a la del mismo testador.

¹⁶⁸ CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades...*, cit., p. 103, y doctrina allí citada. Por su parte ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4297, se pregunta si es exigible la obligación de saneamiento y evicción prevista en el artículo 1070.1 del CC como efecto de la partición; el autor citado entiende que responderán los coherederos cuando la distribución o adjudicación del bien concreto traiga causa de una partición, y lo hará el viudo cuando haya atribuido bienes de su pertenencia y no de la herencia.

¹⁶⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil...*, cit., p. 2058.

¹⁷⁰ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 163.

¹⁷¹ *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 416. La controversia es traída a colación, ya con la redacción vigente, por MINGORANCE GONSÁLVIZ, C., «El cónyuge viudo...», cit., p. 186.

¹⁷² No obstante, para ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4293, la llamada a la equidad implícita en la fórmula «prudente arbitrio» se contiene también ahora en la expresión «suficientemente satisfechas» del artículo 831.3 en su párrafo tercero.

¹⁷³ Con anterioridad a la reforma de 2003 la cuestión era discutida por la doctrina, DÍEZ GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., pp. 420-421; ya con el texto vigente apoya la solución afirmativa MINGORANCE GONSÁLVIZ, C., «El cónyuge viudo...», cit., p. 188, quien además estima que el cónyuge viudo podrá facultar al contador-partidor así nombrado para partir la herencia del causante junto a la suya propia.

4. Otras posibles facultades

Más allá del puro tenor literal del artículo, la doctrina se viene preguntando con las sucesivas versiones del precepto por la concurrencia de otras posibles facultades implícitas a la delegación de la facultad de mejorar y distribuir, tales como la posibilidad de liquidar la sociedad conyugal o la de atribuir la empresa familiar en los términos del artículo 1056.2 del CC.

En efecto, la literatura jurídica venía discrepando sobre la posibilidad de que el viudo comisionado por el causante en virtud del artículo 831 del CC contase con el poder de liquidar la sociedad conyugal que mantenía con el delegante ¹⁷⁴. Aunque lo cierto es que con la redacción actual muchas veces la liquidación de la sociedad conyugal va a ser innecesaria (por ejemplo, si el viudo ejercita su facultad en testamento en el que conjuntamente distribuye su propia herencia y la del premuerto y no están implicados otros descendientes no comunes) ¹⁷⁵, parece adecuado considerar, con Robles Perea, que el 831 no puede alterar las normas generales de la partición y liquidación conyugal, sobre todo por el conflicto de intereses que existe en estos casos, de suerte que, de hacerse, la liquidación deberá realizarse entre el viudo y los hijos (comunes y no comunes) del causante y si alguno está incapacitado o es menor, con las representaciones, citaciones y autorizaciones adecuadas ¹⁷⁶.

En cuanto a la posibilidad de atribuir la empresa familiar según lo previsto en el artículo 1056.2 del CC ¹⁷⁷, tras su reforma operada por Ley 7/2003, apuesto por mantener la postura afirmativa, estimando que el comisionado en virtud del artículo 831 puede atribuir la empresa familiar en los términos legalmente previstos, pues ello cohonesta con la finalidad primigenia de la delegación de facultades ¹⁷⁸ y con el poder del delegado de satisfacer las legí-

¹⁷⁴ BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 368, con el texto previgente. Apostaba por la negativa, VELÁZQUEZ VIOQUE, S., *La mejora...*, cit., p. 62. Ya con la nueva versión lo considera dudoso, FLORENSA TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 132 y parece entender que sí, RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 348.

¹⁷⁵ Lo que ya con la versión anterior consideraba posible VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código Civil...*, cit., p. 2057.

¹⁷⁶ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 165, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., pp. 1134-1135; SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 274, para RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 177, la distribución conjunta implica la permisón de una liquidación unilateral de la sociedad conyugal. Manifiesta sus dudas al respecto, LÓPEZ FRÍAS, M. J., cit., pp. 60-62.

¹⁷⁷ Antes de la reforma ya consideraba que el delegado con la facultad prevista en el 831 podía ejercer los poderes previstos en el artículo 1056.2 FERREIRA DE SOUSA LEAL, A. C., *A legítima...*, cit.

¹⁷⁸ Tradicionalmente el mantenimiento indiviso dentro de la familia de una explotación agrícola o industrial ha sido unos de los fines pretendidamente buscados por el artícu-

timas en metálico cuando ésto sea posible¹⁷⁹. Es más, para algún autor, la finalidad práctica más útil del nuevo artículo 831 va a ser, precisamente, la de facilitar la transmisión de la empresa familiar de acuerdo con los nuevos parámetros establecidos tras la mencionada Ley 7/2003¹⁸⁰. Ahora bien, como señala Garrido de Palma, lo que no podrá el comisionado es atribuir la empresa fuera del círculo de destinatarios de la fiducia (descendientes comunes), pues este es el ámbito personal que el artículo 831 marca¹⁸¹ mientras que el artículo 1056.2 en su redacción actual permite al testador (o el contador-partidor por él designado) nombrar un adjudicatario distinto de aquellos sujetos, que incluso puede ser un extraño al círculo familiar¹⁸².

En opinión de RUEDA Esteban, siguiendo la tesis que sustentó en su día Garrido de Palma, el causante puede atribuir al fiduciario la facultad de que valore la conducta posterior del justamente desheredado, dejando a su arbitrio la apreciación del arrepentimiento y en consecuencia del perdón oportuno¹⁸³. A mi juicio tal criterio no se compadece con el tenor del artículo 856 del CC que clara-

lo 831 del CC (*vid.* al respecto, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 404). La estrecha ligazón entre el 831 y el 1056.2 fue puesta ya de relieve por ALPANÉS, E., «La delegación...», cit., p. 290. Más recientemente, también menciona la fiducia sucesoria, aunque por error se cita el artículo 811 en lugar del 831, como recurso idóneo para la sucesión del empresario, REYES LÓPEZ, M. J., «Retomando las ideas en torno a la conservación y continuación de la empresa familiar», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Pr. Luis Díez-Picazo*, t. IV, Thomson/Civitas, Madrid, 2003, pp. 5481-5495, espec. p. 5493.

¹⁷⁹ LÓPEZ FRÍAS, M. J., cit., p. 59.

¹⁸⁰ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 161 y p. 178, quien estima además que el artículo 831 en su nueva versión responde a un espíritu semejante al nuevo 1056.2 (*op. cit.*, p. 166); no obstante, en p. 203 matiza que el supérstite podrá hacerlo si el causante específicamente lo autorizó en su testamento. Asimismo considera expresamente que el fiduciario puede usar de la facultad contenida en el artículo 1056.2 CC, SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit, p. 273.

¹⁸¹ GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales artículos 831 y 1056.2...», cit., p. 133; sigue el mismo criterio, RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 203.

¹⁸² Aunque existen opiniones discrepantes sobre los posibles beneficiarios de la atribución de la empresa en el nuevo artículo 1056.2 (*v. gr.* REVERTE NAVARRO, A., «Sucesión mortis causa en la empresa y sucesión legitimaria. (Notas al nuevo art. 1056.II del Código Civil, Murcia, 2004, pp. 72-73»), tras la reforma operada por la Ley 7/2003 la mayoría de los autores entienden que se puede ser beneficiario de la misma sin necesidad de tener vínculo de parentesco alguno con el causante -*v. gr.* puede tratarse de un consocio del empresario fallecido- (RIPOLL SOLER, A., «El artículo 1056.2 CC: Tradición sucesoria y vanguardia societaria al servicio de la empresa familiar», *La Notaría*, enero 2005, pp. 19-24, espec. p. 22). Asimismo, es la opinión de RUEDA ESTEBAN, L., «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 39, junio 2003, pp. 105-140, espec. p. 116 (trabajo también publicado en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Tomo IV. Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 205-237); no obstante, este último autor pone de relieve la oposición entre el texto de la ley, que permite la adjudicación fuera del círculo de la familia y la Exposición de Motivos, que se refiere al «entorno familiar».

¹⁸³ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 204.

mente alude, para producir el efecto sanatorio, a una reconciliación entre ofensor y ofendido, situación que implica una actuación de carácter bilateral¹⁸⁴ y, a mi entender, personalísima.

5. Límites

A) *Las legítimas*

El límite del respeto a las legítimas, que lógicamente también vinculaba al causante¹⁸⁵, aparece de modo expreso en las sucesivas versiones del artículo 831, a modo de recordatorio del carácter imperativo de éstas. Con los matices que se derivan de la propia norma y del conjunto del sistema, el límite ha de ser interpretado desde la perspectiva tanto de la intangibilidad cualitativa¹⁸⁶ como de la cuantitativa.

Por primera vez, al igual que en otros preceptos sucesorios reformados por la Ley 41/2003, se recibe en el Código la expresión «legítima estricta»¹⁸⁷, perfectamente consolidada en la doctrina y la jurisprudencia y que ahora experimenta sanción legal como límite infranqueable por el causante y, por supuesto, también por el facultado.

El número tres del artículo 831 se refiere expresamente al necesario respeto por parte del comisionado de las legítimas de los descendientes comunes. Respecto de ellas el facultado podrá mejorar a uno solo de los legitimarios y pagar en metálico a los demás¹⁸⁸, e incluso como se dice expresamente en el párrafo tercero de este número, aunque hayan sido satisfechas en todo o en parte con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades, lo que representa una auténtica novedad del texto de la norma¹⁸⁹,

¹⁸⁴ Que la reconciliación en el precepto citado denota una actividad bilateral y no es sinónima de perdón lo manifiestan DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil...*, cit., p. 458. Por su parte, afirma la bilateralidad de la reconciliación, aunque matizando que el perdón unilateral ha de producir el mismo efecto, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, López, A. M./Montés, V. L., E. Roca, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 433.

¹⁸⁵ Como vincularán al delegado, al igual que al causante, los pactos sucesorios lícitos que hubiera celebrado este último o las obligaciones unilateralmente asumidas por el delegante, como la declaración de una donación como no colacionable.

¹⁸⁶ El enfoque del 831 desde el gravamen de la legítima fue ya realizado en su día por FUENMAYOR, A., «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1948, pp. 46-77, espec. p. 49, y recientemente, ya con la formulación vigente, por ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El gravamen de la legítima...», cit., pp. 147 ss.

¹⁸⁷ TORRES GARCÍA, T. F., «Legítima, legitimarios...», cit., p. 176.

¹⁸⁸ DÍEZ GÓMEZ, A., «El nuevo artículo 831...», cit., p. 417; ya con la versión actual, GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales...», cit., pp. 129 y 135, quien pone de manifiesto que el favorecido con todos los bienes puede ser precisamente el hijo discapacitado.

¹⁸⁹ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 135. Como recuerda ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 165, «[...] lógicamente no podemos

demostrativa, según Roca Guillamón, de que la satisfacción del interés al que se refiere el precepto es exclusivamente económica, sin que se valore ningún otro de carácter moral o sentimental ¹⁹⁰. Para RUEDA Esteban esta novedosa previsión admite dos interpretaciones ¹⁹¹: a) entender que los bienes del viudo adjudicados a los hijos comunes se integran ficticiamente en la herencia del difunto, lo que a su juicio –que comparto– no tiene mucho sentido, b) considerar que la legítima en este caso es una *pars valoris* o incluso un derecho de crédito y corresponderá al viudo la determinación de si será satisfecha con bienes de la herencia o con bienes suyos. Entiende además el autor citado que esta segunda interpretación impide que actúen los mecanismos de protección de la legítima *pars bonorum*, por lo que el precepto debería haber establecido para tal situación un sistema de garantías de los legitimarios similar al recogido en los artículos 841 y siguientes del CC.

Sobremano, esta forma de pago con bienes del delegado se añade a la posibilidad prevista en el párrafo primero del artículo 831.1 de que se atribuyan bienes de la sociedad conyugal, posibilidades que juntas suponen, según lo dicho, dos excepciones más al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, entendido en el sentido de que el legitimario tiene derecho a recibir bienes de la herencia del causante ¹⁹².

La sanción prevista para el caso de que no se respete la legítima estricta o la cuota de participación otorgada por el causante a un descendiente común es, según el párrafo segundo del artículo 831.3, la posibilidad de instar la rescisión de lo actuado ¹⁹³, lo que cohesta con lo previsto en el artículo 1075 del CC. Aunque el precepto nada dice al respecto de forma expresa, parte de la doctrina estima que ha de aplicarse el régimen de la rescisión de la partición de la herencia contenido en los artículos 1073 y siguientes del Código civil. La sanción de rescisión ¹⁹⁴ es considerada por algunos como

apreciar el cumplimiento de esta norma con las posibles donaciones que el cónyuge sobreviviente haya hecho de sus bienes en época anterior».

¹⁹⁰ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4288.

¹⁹¹ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 182.

¹⁹² PEREÑA VICENTE, M., «El derecho sucesorio...», cit., pp. 1832-1833; RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 182; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta», *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 1995-2015, espec. p. 1996.

¹⁹³ Acción de rescisión que, como señala ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4294, es distinta de la acción de complemento de legítima del artículo 815, que se dirige contra el resto de herederos, mientras que con ésta se pretende impugnar la actuación del cónyuge sobreviviente en ejercicio de la facultad fiduciaria conferida. Distinta, pero compatible, cabe añadir.

¹⁹⁴ Que ya había sido contemplada por MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios...* cit., p. 452, quien estimaba que practicada la distribución, sólo cabe la rescisión de las operaciones particionales practicadas por lesión, en el caso de que se perjudique la legítima

más acertada que la de la nulidad del acto, pues con ello se intenta eludir, en palabras de Florensa, la discusión teórica sobre la validez o no del acto extralimitado y, en cambio, responder en la práctica con un plazo de ejercicio de la acción de cuatro años mucho más favorable para la consolidación de los derechos y la seguridad del tráfico¹⁹⁵. Sin embargo, para otros, en aras a la claridad y seguridad jurídicas, hubiera sido preferible otorgar una acción de nulidad¹⁹⁶. En fin, no falta quien opina que la referencia a la rescisión en el precepto que comentamos induce a confusión, ya que si la distribución del viudo no respeta las legítimas lo procedente será la acción de reducción por inoficiosidad de las atribuciones del viudo¹⁹⁷, lo que desde luego pudiera ser más o menos adecuado y hasta compatible con la rescisión, pero no es lo que dice la norma. Aunque no se trate exactamente de una rescisión de la partición en el sentido de los artículos 1074 y siguientes, parece que pueden utilizarse analógicamente las reglas de ésta, y en concreto que el fiduciario demandado podrá utilizar la opción prevista en el artículo 1077 del CC, entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a una nueva partición¹⁹⁸.

Todo ello no debe impedir la aplicación de las reglas generales de Derecho sucesorio en cuanto a la posibilidad de ejercicio de las acciones rescisorias por parte de cualquier interesado en la sucesión o de los acreedores del causante y las generales del tráfico jurídico, incluida la de nulidad, en cuanto a los derechos de los terceros¹⁹⁹. Tampoco impide, si lo consideran más oportuno, que los legitimarios agraviados por el favorecido utilicen la acción de complemento de legítima en los términos previstos en el artículo 815²⁰⁰.

Como ya se anticipó, con la referencia que se hace a los descendientes no comunes –necesariamente se refiere a los descendientes del premuerto– en el nuevo artículo 831.4 queda resuelta de una buena vez la polémica existente con los textos anteriores sobre si la concurrencia de hijos del delegante no comunes con los del cónyuge impedía o no el uso de la facultad de delegación²⁰¹.

ma de los herederos forzosos, o no se respeten las mejoras hechas por el causante, o la nulidad, por no acomodarse el cónyuge a las bases en su caso establecidas en las capitulaciones matrimoniales, haber contraído segundas nupcias u otro vicio esencial.

¹⁹⁵ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 136. También considera preferible la rescisión, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1143.

¹⁹⁶ RODRÍGUEZ-YNNESTO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., pp. 200-201.

¹⁹⁷ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 182.

¹⁹⁸ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4295.

¹⁹⁹ Como señala ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 169.

²⁰⁰ También lo reconoce así, RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 184.

²⁰¹ Expuesta por ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., pp. 5-6.

Según alguna opinión doctrinal el otorgamiento de la fiducia permitirá al favorecido con ella dejar a los descendientes legitimarios del premuerto no comunes con el delegante únicamente la legítima estricta²⁰² lo que, sin embargo, otros niegan, estimando que el precepto impone el respeto de la legítima amplia o larga de estos sujetos²⁰³. Ante el silencio de la norma²⁰⁴, para resolver la cuestión necesariamente debemos interpretar qué quiere decir ahora «no alterará el régimen de las legítimas...» referidas a la de estos hijos no comunes. Suponiendo que el causante no haya dispuesto nada al respecto, pues si lo hizo sus disposiciones *inter vivos* o *mortis causa* habrán de ser respetadas por el facultado como el propio precepto cuida de recordar, las soluciones teóricas son, al menos, tres. La primera, ya apuntada, partiendo de la división teórica de la herencia del premuerto en los tercios de legítima estricta, mejora y libre disposición, supondría que hijos comunes y no comunes concurrían a partes iguales en el primero, pudiendo el viudo agotar los otros dos tercios a favor únicamente de todos o algunos de los hijos comunes, de tal suerte que el otorgamiento de las facultades del 831 supondría en la práctica la relegación de los descendientes del premuerto que no lo fueran del comisionado a su legítima estricta²⁰⁵. La segunda posibilidad supone el reparto igualitario de la herencia entre los hijos (o quienes los representen en la sucesión) comunes y no comunes, de suerte que el comisionado sólo podrá ejercitar sus facultades respecto a la porción de la herencia que corresponda a los hijos comunes, permaneciendo intangible la cuota de los otros²⁰⁶. Aún hay una tercera posibilidad que, a mi parecer, es la que en verdad no altera el régimen de las legítimas de los descendientes no comunes y que supone el respeto *tout court* a la legítima de éstos; según esta tercera opción –siempre a falta de atribuciones del causante– los tercios de legítima estricta y de mejora habrán de distribuirse igualitariamente entre los descendientes comunes y no comunes; el delegado podrá mejorar a todos o a algunos de los comunes con el tercio de libre disposición y con la parte del de mejora que hubiera correspondido a esos mismos sujetos, pero en ningún caso con la de los no comunes²⁰⁷.

²⁰² ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 6.

²⁰³ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 135; ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 168.

²⁰⁴ Que denuncia en este punto RAMS ALBESA, J., *Elementos...*, cit., p. 348.

²⁰⁵ Solución que a VELÁZQUEZ VIOQUE, S., *La mejora...*, cit., p. 59, con la redacción anterior del 831 le parecía poco justa.

²⁰⁶ Esta solución, propuesta en su día por Manresa, es la que le parece más equitativa, aunque no exenta de problemas a VELÁZQUEZ VIOQUE, S., *La mejora...*, cit., pp. 59-60.

²⁰⁷ Creo que es la misma solución que propone, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1129.

Pongamos un ejemplo concreto para ver los distintos resultados a los que puede conducir cada una de las interpretaciones posibles.

El testador delegante fallece con cuatro hijos, dos de ellos comunes con el fiduciario (A y B) y dos que no lo son (C y D). El delegante se propone ejercitar su facultad mejorando en lo posible a su hijo A. El caudal relicto tiene un valor de 12 y no existen atribuciones previas ni disposiciones del testador delegante a favor de ninguno de sus hijos.

1. Con la primera interpretación el régimen de las legítimas de los hijos no comunes y la legítima del hijo común B se respeta atribuyéndoles simplemente 1, lo que significa que A, el hijo favorecido por el mejorante, recibirá 9.

2. Con la segunda interpretación, el respeto de las legítimas de los tres hijos no favorecidos supondrá la senda atribución a C y D de 3, de 1 al hijo común no mejorado, B, y, por lo tanto, de 5 al hijo común favorecido por el fiduciario, A.

3. Con la tercera, y a mi juicio preferible interpretación, el respeto a las legítimas implicará la posible atribución de 2 tanto a C como a D, de 1 a B y, por consiguiente, de 7 a A.

De todos modos, parece que, con los límites señalados, el 831.4 del CC otorga facultades particionales también en relación con los descendientes no comunes –y con los extraños beneficiados con disposiciones del causante–. Así lo reconoce RUEDA Esteban quien, no obstante, pone de relieve algunos obstáculos, como los derivados del conflicto de intereses entre contador-partidor y descendientes no comunes y extraños (art. 1057), o la regulación como supuestos diferenciados de los previstos en los puntos 3 y 4 del artículo 831. A pesar de ello este mismo autor llega a ciertas conclusiones interesantes que merecen alguna reflexión; señala, así, que el 831 no autoriza la delegación de la facultad de mejorar a favor de hijos de finado que no sean comunes, pero tampoco la prohíbe, por lo que no ve obstáculo, en situaciones de confianza absoluta con el supérstite, para que el causante lo autorice también a mejorar a los hijos de un anterior matrimonio o unión de hecho, si el testador aprecia una buena relación entre ellos²⁰⁸. No sin considerar lo atractivo de esta propuesta, lo cierto es que va más allá de la letra de la ley que en la fórmula genérica del punto primero del artículo 831 menciona exclusivamente la facultad con relación «a los hijos o descendientes comunes». Sin embargo, si como hemos defendido, aún considerando el carácter excepcional de la norma, lo proscrito por

²⁰⁸ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 183.

el sistema es la analogía y no la interpretación extensiva, tal vez se pueda considerar, con el autor citado, que puede extenderse la facultad más allá de lo previsto en el tenor literal del precepto y estimar que, en situaciones de confianza entre delegante y delegado, se podría incluso delegar facultades a favor de descendientes del causante que no sean comunes.

Por otra parte, superando polémicas históricas, en el segundo inciso del párrafo primero del artículo 831.4 se apodera al delegado para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a las legítimas o disposiciones de los descendientes no comunes²⁰⁹; por consiguiente, el comisionado actúa como representante legal de los legitimarios que pueden resultar favorecidos por la delegación²¹⁰, y ello aún cuando se trate de personas mayores de edad y plenamente capaces. En consecuencia, la partición de la herencia la harán los descendientes no comunes –y en su caso los favorecidos voluntariamente por el causante– con el delegado y sin necesidad de intervención de los otros legitimarios.

A pesar de que no se diga en el texto del artículo, los descendientes no comunes cuya legítima no hubiese sido enteramente cubierta podrán instar la acción de complemento del artículo 815 del CC, pero algunos niegan a estos legitimarios la acción de rescisión de la que gozan a mayores los descendientes comunes en virtud del 831.3 ya comentado²¹¹. No termino de comprender, por mi parte, por qué ha de excluirse en este caso la aplicación del artículo 1075 aplicable a la partición por el difunto, régimen que según hemos dicho es también aplicable en la partición por delegación.

Lo que sí contiene el último párrafo del artículo 831.4 es una previsión relativa a la preterición del descendiente no común cuyo contenido normativo es más bien escaso²¹². Conforme al precepto citado en caso de preterición no intencional en la herencia del premuerto de un descendiente no común el ejercicio de las facultades delegadas no podrá menoscabar la parte del preterido, lo cual supone la aplicación del número 2.º del artículo 814 en su segundo párrafo –preterición no intencional de algunos hijos o descendien-

²⁰⁹ Critica la falta de rigor de la norma en este punto y su confusa y farragosa redacción, SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., pp. 277-278.

²¹⁰ RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., p. 202, quien estima que el apoderado no está obligado a ejercitar el poder.

²¹¹ Como señala RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 184.

²¹² Con razón tanto RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., pp. 202-203, como SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 276, lo consideran innecesario.

tes²¹³. Según mi criterio, ello significa que también en este caso de existir y en tanto en cuanto no sea mejora²¹⁴, se anulará la institución de heredero hecha por el causante, salvo que el instituido sea el propio cónyuge²¹⁵. Si acaso sirve además para ratificar que la preterición no intencional de alguno de los descendientes no comunes no supone la extinción de la delegación²¹⁶.

Comparto el criterio de que el respeto a las legítimas de los descendientes no permite al testador delegar la facultad de establecer la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta a favor de hijos o descendientes incapacitados prevista, también tras su introducción por la Ley 41/2003, en el último párrafo del artículo 808, criterio que abona el carácter excepcional de este último precepto, su consideración de facultad personalísima²¹⁷ y, en definitiva, el propio respeto a la legítima impuesto en el artículo 831. Son, sin embargo, varios los autores que mantienen la opinión contraria. Así, a favor de la posibilidad de constituir el fideicomiso sobre la legítima estricta se manifiesta Díaz Alabart, para quien si el testador no lo ha excluido expresa o tácitamente, el cónyuge viudo podrá establecer dicha sustitución fideicomisaria²¹⁸, al entender que si el testador delega las facultades del artículo 831 CC, le está permitiendo al delegante hacer todo lo que el mismo podría haber

²¹³ Nunca de todos, pues por hipótesis los hijos comunes con el favorecido por la fiducia no están preteridos.

²¹⁴ Cfr. la interpretación de los efectos de la preterición no intencional o errónea en el artículo 814 y su relación con la mejora realizada por CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA, *Compendio...*, cit., pp. 202-204.

²¹⁵ No lo entiende así RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 185, para quien «no podrá menoscabar la parte del preterido» significa en el artículo 831 que se reducirá la institución de heredero, pero que no se anulará nunca. Para DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil...*, cit., p. 436, el nuevo texto del precepto no prejuzga la acción que corresponde al preterido.

²¹⁶ Es el criterio de ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 161.

²¹⁷ ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 14.

²¹⁸ DÍAZ ALABART, S., «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 CC) reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *RDP*, mayo-junio 2004, pp. 259-270, espec. pp. 267-268; de la misma autora, y en el mismo sentido, «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación: Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Aranzadi Civil*, núm. 3, junio 2006, bib 2006/385. En este último trabajo añade además esta autora una variedad de argumentos solventes. Así, señala que lo que el texto del artículo 831, antes de la reforma y ahora, prohíbe es ir contra las reglas que establecen la intangibilidad de las legítimas. Ahora estas reglas han cambiado, por lo que sin necesidad de incluirlo en el texto del precepto, no actúa contra la legalidad vigente el cónyuge viudo que establece la sustitución fideicomisaria. Estima además que si entre los descendientes del testador hay uno incapacitado judicialmente, estamos ante uno de los supuestos en que mayor sentido tiene hacer uso del artículo 831 CC; ordinariamente el testador pretenderá con ello que su cónyuge viudo tome las medidas más convenientes para la protección del hijo o descendiente que más lo necesite, entre ellas la sustitución fideicomisaria que nos ocupa. No obstante la misma autora reconoce que no es seguro que el legislador haya sido plenamente consciente de que la reforma del artículo 808.3 CC iba a afectar también a la facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente.

hecho conforme a las normas, pero que prefirió dejar a su decisión. En similar sentido opina Garrido de Palma, para quien el autorizado puede hacer todo lo que podía hacer el causante, salvo que este mismo le imponga ciertas limitaciones²¹⁹; también lo estima así López Beltrán de Heredia, aunque esta autora matiza que si bien el testador puede gravar la legítima de cualquiera de los hijos o de todos a favor del incapaz, el/la viudo/a facultado por el testador solamente podrá gravar la legítima de los hijos comunes, a favor de su hermano/a judicialmente incapacitado, que también deberá ser común. Por su parte, RUEDA Esteban estima que podrá hacerlo si el supérstite ha sido expresamente autorizado por el testador, no sólo para mejorar, sino para imponer la sustitución fideicomisaria²²⁰.

B) *Las disposiciones del causante*

El límite de las disposiciones del causante representa una fórmula muy amplia que incluye todo tipo de previsiones del delegante, sean a favor de legitimarios, sea a favor de extraños y tanto *inter vivos* como *mortis causa*, a la vez que es una expresión de que precisamente es la voluntad de éste la configuradora y delimitada del poder del delegado. Para Florensa la norma se limita a proteger la autonomía privada del causante testador²²¹. Es evidente que no vincularán al comisionado las disposiciones del causante que traspasen los límites de la autonomía privada, como sería el caso de que le hubiera autorizado para desentenderse de las legítimas o le permitiese distribuir entre extraños²²², con el posible matiz señalado más arriba en relación con los hijos del testador no comunes con el fiduciario. Pero, si el causante dispuso él mismo tanto del tercio de mejora como del de libre disposición en un testamento que no haya de considerarse revocado a pesar de la delegación que nos ocupa²²³, el facultado sólo podrá adjudicar los bienes referentes a las disposiciones previas del comitente; si este último también hizo esas adjudicaciones, la delegación quedará vacía de contenido.

Es pues claro que las disposiciones del delegante que sean plenamente eficaces no podrán ser contradichas por el fiduciario. Como hemos dicho, en primer término las expresadas en testamen-

²¹⁹ GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales...», cit., p. 134.

²²⁰ RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 202.

²²¹ FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar...», cit., p. 136.

²²² MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, cit., p. 449.

²²³ Entiende con buen criterio MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios...*, cit., que normalmente el testamento que otorga al viudo las facultades del artículo 831 será revocatorio de disposiciones testamentarias anteriores, aun cuando se sustente una interpretación flexible del artículo 739 del CC, por lo demás absolutamente mayoritaria en nuestra doctrina y jurisprudencia.

to vigente del comitente, como promesas de mejorar o no mejorar o declaraciones de determinadas donaciones como no colacionables, habrán de ser interpretadas precisamente por el titular del encargo, a fin de ejecutar éste. La interpretación del testamento del causante es, por lo tanto, una de las facultades inherentes a las expresadas en el artículo 831. En resumen, las facultades del delegado tienen los límites que deriven de las donaciones en vida del delegante, de las promesas de mejorar o no mejorar que haya podido hacer y, en general como se ha dicho, de todas sus disposiciones tanto *inter vivos* como *mortis causa* ²²⁴.

Por otra parte, pueden existir algunas disposiciones hechas en su día por el causante-comitente que no hayan llegado a producir plenos efectos y que plantean dudas sobre su valor como freno a las facultades del destinatario del encargo. Como dice Bermejo Pumar, la revocación de la mejora en donaciones efectuadas por el cónyuge concedente en las que concurren causas de resolución, la existencia de donaciones que no llegaron a aceptarse en vida, las disposiciones no efectuadas en concepto de mejora que afecten al segundo tercio, o la partición no coincidente con el testamento, son supuestos que generan dudas de interpretación ²²⁵.

VI. FACULTAD DE ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES Y SITUACIÓN INTERINA DE LA HERENCIA

Señalaba en su día Lacruz que en tanto no se ejercita la fiducia hay un estado similar a la yacencia hereditaria en el que se sabe quiénes van a ser los sucesores, pero no la proporción en que lo será cada uno, ni el título por el que sucederán ²²⁶.

Respecto de esa situación provisional, la última reforma del artículo 831 del CC sí ha introducido alguna novedad, pues en la versión anterior no estaba previsto nada respecto a la administración de la sucesión en esa situación interina y la doctrina no era unánime ²²⁷. Ahora el nuevo texto, siguiendo la estela de los orde-

²²⁴ SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 274.

²²⁵ BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 102.

²²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, op. cit., p. 458.

²²⁷ La tesis mayoritaria era la sustentada en su día por SECO CARO, E., *Partición...*, cit., pp. 127 y 200, quien estimaba que, a falta de designación, los administradores eran los herederos, por ser los dueños del patrimonio. Siguiendo esta tesis, ALBALADEJO, M., *La mejora...*, cit., p. 89 señalaba que en lo relativo a la gestión, rendimientos y disposición del caudal relicto desde que muere el causante hasta que se resuelve lo relativo a las mejoras, ni está previsto en la ley ni hay acuerdo entre los autores, quienes aventuran opiniones más o menos fundadas, pareciendo ser precisa la unanimidad de los interesados o lo que, a instancia de parte, resuelva el juez (art. 398). Según otro criterio la administración

namientos forales que recogen figuras inspiradoras de la que nos ocupa²²⁸, resuelve estas dudas al señalar el artículo 831.2

«Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que pendan las facultades a que se refiere el párrafo anterior.»

Repárese en que no se trata de una administración de toda la herencia, sino únicamente de aquella parte de ella sobre la que el sobreviviente puede ejercitar sus facultades²²⁹, ejerciendo así una administración tanto en interés propio como en interés de los descendientes comunes posibles favorecidos. Debe aclararse, además, que se trata de una norma dispositiva que por ello admite que incluso respecto de esa parte el delegante designe un administrador *ad hoc*²³⁰. En el caso de que el administrador sea el titular de la fiducia el precepto no establece previsiones acerca del régimen de la administración que, según Roca Guillamón, será el del usufructo si el cónyuge tiene el carácter de usufructuario universal o el general de la liquidación de los estados posesorios, en caso contrario²³¹. Se debe pensar que el comisionado estará facultado, como administrador, para realizar todos los actos de administración ordinaria o extraordinaria encaminados a conservar los bienes y procurar su no desmerecimiento o disminución de valor²³². A este respecto, dejando siempre a salvo las instrucciones que haya podido dar el testador sobre la administración del caudal, no me parece inapropiado traer a colación la Ley de Enjuiciamiento Civil en sede de división judicial de la herencia, ubicación donde precisamente se halla la regulación más completa y sistemática de la administración de la herencia en el Derecho español; al respecto el artículo 801 de la LEC señala que «*El administrador está obligado bajo su responsabilidad, a conservar sin menoscabo los bienes de la heren-*

correspondía al viudo (VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 831...», cit., pp. 427-428, siguiendo las opiniones de GARRIDO DE PALMA, M., «Visión notarial...», cit., pp. 386 ss.).

²²⁸ CARBALLO FIDALGO, M., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 1430.

²²⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., pp. 1141-1142, considera que aún respecto de los bienes objeto de la fiducia puede producirse una situación de coadministración entre el fiduciario y quienes hayan sido nombrados herederos por el testador, que en tal condición serán administradores del caudal relicto, aunque todavía no se hayan concretado los bienes concretos y determinados que rellenen su cuota.

²³⁰ Así lo entiende también, aunque no se contemple directamente en el precepto, RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 196, para quien el nombramiento de un administrador distinto del delegado puede ser lo conveniente en el caso de que el causante transmita precisamente una empresa familiar.

²³¹ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4291.

²³² ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 163. Para RIVAS MARTÍNEZ, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 494, la administración ha de implicar una gestión adecuada que en modo alguno debe ser estática.

cia, y a procurar que den las rentas, productos o utilidades que corresponda». Nada obsta para que con las matizaciones y adaptaciones que correspondan al caso que nos ocupa, ese sea también el criterio aplicable a nuestro administrador.

Ante la falta de mención del problema en la norma²³³, se ha preguntado también algún autor por la facultad de disposición de los bienes en esta fase de pendencia. Para Garrido de Palma el delegado puede disponer de ellos por causa de necesidad o utilidad, para satisfacer cargas de la herencia o necesidades de los hijos, incluido el discapacitado²³⁴. Sin embargo, otros le niegan tal poder de disposición; es el caso de Robles Perea para quien, salvo que el causante se las haya otorgado, no pueden apreciarse tales facultades en el favorecido con la fiducia, sino que las mismas corresponden, como en los casos normales, a todos los herederos conjuntamente²³⁵. Personalmente apelo de nuevo a la Ley de Enjuiciamiento Civil para considerar que el administrador ha de tener poder de disposición al menos en los casos exceptuados de la prohibición de enajenar contenidos en el artículo 803.2 de dicho cuerpo legal²³⁶.

Por otro lado, mientras esté vigente el plazo legal o voluntario para ejercitar la delegación el cual, como se ha señalado, puede llegar a ser muy largo, o en el caso de que el ejercicio de la facultad se produzca en testamento que no sería eficaz hasta la muerte del fiduciario, cumple preguntar por la situación de las legítimas y, en general, por la de otros interesados en la sucesión²³⁷. Según la interpretación más extendida entre los autores recientes el plazo no puede perjudicar las legítimas (estrictas), de suerte que los legítimos podrían pedir las sin esperar el transcurso del mismo²³⁸ —a

²³³ Lo cual critica, SEDA HERMOSÍN, M. A., «Facultad de fiducia sucesoria...», cit., p. 279.

²³⁴ Tesis que ya mantuvo en 1976, GARRIDO DE PALMA, V. M., «Visión notarial...», cit., p. 387, y que comparte RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 199.

²³⁵ SECO CARO, E., *Partición...*, cit., p. 200; ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 164, quien sin embargo recuerda que la RDGRN de 11 de marzo de 1929 contradice su opinión. También niega la facultad dispositiva frente a terceros, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1142.

²³⁶ La excepción abarca a los bienes: 1.º Lo que puedan deteriorarse. 2.º Los que sean de difícil o costosa conservación. 3.º Los frutos para cuya enajenación se presenten circunstancias que se estimen ventajosas. 4.º Los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas, o para cubrir otras atenciones de la administración de la herencia.

²³⁷ ALPAÑÉS, E., «La delegación de la facultad...», cit., p. 324, decía en su momento «Durante este periodo la situación de la herencia es anómala y en extremo confusa, pues los derechos y facultades de los interesados en ella no están claramente definidos».

²³⁸ ALBALADEJO, M., «El otorgamiento...», cit., p. 20. Mantiene también que no se puede conculcar a través de las facultades del 831 el pleno disfrute y disponibilidad de las legítimas, RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCARCE, A., «La reforma...», cit., p. 183 y ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., pp. 166-167.

salvo situaciones como las previstas en los arts. 1051 y 830.3 del CC—. Sin embargo, al menos en el terreno de las hipótesis cabe también considerar que la ley permite que se prolongue, incluso indefinidamente en el tiempo, una situación de indivisión de los bienes bajo la administración del supérstite que impedirá a los legitimarios el acceso a los mismos, lo cual en principio puede parecer más coherente con la situación de privilegio que se le otorga al delegado e incluso con algunas de las teóricas finalidades pretendidas por la institución²³⁹. No obstante tal postura contradice el principio general de intangibilidad previsto en el artículo 813.2.º del CC²⁴⁰ e, incluso, las normas sobre partición previstas en los artículos 1051 y 1052 del propio Código, lo que me lleva a considerar que el plazo lo es exclusivamente para el ejercicio de las facultades delegadas, pero que no se posponen a su finalización los derechos de los legitimarios²⁴¹ ni, en general, cualquier otra pretensión con fundamento legal o voluntario a favor de otros interesados en la sucesión²⁴².

VII. LA ATRIBUCIÓN DE LA POSESIÓN DE LOS BIENES ESPECÍFICOS Y DETERMINADOS ATRIBUIDOS POR EL SUPÉRSTITE

Para el supuesto de que las disposiciones del cónyuge²⁴³ lo sean en cosa específica y determinada el último párrafo del artículo 831.1 dispone que las mismas «[...] además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa». Tales disposiciones transfieren

²³⁹ Siguiendo la opinión mantenida en su día por VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al artículo 831...», cit., p. 425, es el criterio sustentado, ya con la nueva versión del precepto, por RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 189, para quien la imposibilidad de reclamar la legítima en el plazo señalado expresa o tácitamente es más acorde con el espíritu actual de la norma y las finalidades de protección del patrimonio del discapacitado.

²⁴⁰ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El gravamen de la legítima...», cit., p. 151, estima que «Si el designio del legislador hubiera sido ése... llama la atención que una puerta clamorosamente abierta al gravamen de la legítima, no haya merecido ser contemplada de forma directa por la reforma del artículo 813.2 CC».

²⁴¹ También, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831...», cit., p. 1147.

²⁴² En el mismo sentido del texto, para la versión anterior del precepto, BERMEJO PUMAR, M., *El artículo 831...*, cit., p. 182.

²⁴³ No veo por qué hay que limitar la referencia a las disposiciones *inter vivos*, como hace RUEDA ESTEBAN, L., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 186. Puede también referirse a disposiciones hechas por el comisionado en su testamento que, lógicamente, producirán sus efectos a su muerte y no en la fecha del otorgamiento.

pues el derecho de propiedad sobre la cosa, sin necesidad de ulterior *traditio*.

La norma se ha considerado paralela a la incluida en el artículo 1068 del CC, según el cual la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes²⁴⁴. Sin embargo la identidad no es total, pues mientras en el artículo precitado se produce la extinción de la comunidad hereditaria y la especificación de los bienes concretos sobre los que recaerá el derecho exclusivo de cada partícipe, aquí puede atribuirse la propiedad exclusivamente sobre bienes concretos y determinados²⁴⁵, además de que, como ya se expuso anteriormente, los bienes adjudicados pueden no pertenecer a la comunidad hereditaria del causante que otorgó la fiducia.

En efecto, según lo dispuesto en el artículo 831.1 en su primer párrafo los bienes atribuidos pueden haber pertenecido a la sociedad conyugal o incluso exclusivamente al cónyuge que ejerce las facultades, según dispone el artículo 831.3 en su tercer párrafo. Esta atribución directa de la propiedad –y de la posesión– de bienes concretos al sucesor no pertenecientes a la herencia del causante no deja de ser curiosa, pues en las disposiciones *mortis causa* sólo se produce cuando se trata de bienes del difunto (cfr. art. 882 del CC). Pero incluso tratándose de bienes concretos que pertenecieron al causante, la nueva norma presenta alguna novedad, pues tradicionalmente se estima que la atribución de la propiedad de los bienes concretos dispuestos por el difunto cuando lo es a título de legado no precisan de la aceptación del favorecido²⁴⁶, mientras que ahora el párrafo transcrito estima que la adquisición de la posesión se producirá «*por el hecho de su aceptación*».

Además el precepto prevé que el fiduciario pueda disponer de manera distinta a la prevista en el precepto el traspaso posesorio, incluso excluyendo éste. A juicio de algún autor esta previsión puede tener relación con la función de protección de los discapacitados que ahora se explicita en la figura del artículo 831, pues permite poner los bienes a resguardo de un hijo o descendiente discapacitado que pueda tener un comportamiento irreflexivo o inapropiado presumiblemente perjudicial para sus propios intereses²⁴⁷.

²⁴⁴ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4296.

²⁴⁵ Diferencia que hace ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4297.

²⁴⁶ GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 151 ss.

²⁴⁷ ROCA GUILLAMÓN, J., «Delegación fiduciaria...», cit., p. 4297.

VIII. EPÍLOGO

La nueva formulación del artículo 831 del CC supone un paso más en el proceso de modificación desestructurado, inconexo y parcial del sistema sucesorio del CC. Precisamente por ello, las dudas y problemas que suscita su interpretación son numerosas y de discutible solución.

Desde un punto de vista funcional y según mi percepción, la figura prevista en el artículo 831 del CC configura un proceso sucesorio de formación sucesiva, gradual, en el que el sujeto facultado por el causante integra la disposición mortis causa de éste. Como en las figuras de fiducia sucesoria previstas, con mayor o menor amplitud, en los ordenamientos civiles autonómicos nos encontramos, en palabras de Carballo Fidalgo recogiendo doctrina anterior, ante un fenómeno sucesorio reglamentado a través de dos declaraciones de voluntad independientes: aquella por la que el testador confiere a una persona el poder de elegir su sucesor y determinar la cuantía de su derecho, eventualmente acompañada de disposiciones propias, y la que conforma el acto de elección y distribución por el tercero, en ejercicio de la facultad libremente conferida, declaración independiente que el fiduciario ejerce en nombre propio, complementando e integrando la ley privada rectora de la sucesión²⁴⁸.

El carácter sucesivo del fenómeno sucesorio que se esconde tras la figura del artículo 831 del CC permite que, al menos en parte, se aplacen los efectos sucesorios de la herencia del primer causante cuando la coyuntura en el momento de su muerte no está totalmente definida, lo cual hace aconsejable su uso, según el consejo notarial, en los testamentos de personas jóvenes, cuyas circunstancias familiares todavía no están fijadas²⁴⁹. Entre estas circunstancias no se excluye la de garantizar la mejor posición de un discapacitado.

Además, la posibilidad legal explícita de que la culminación del proceso sucesorio del delegante se produzca en el testamento del delegado, facilita que ambas sucesiones puedan tener una ordenación conjunta y armonizada, lo cual también otorga a la institución posibilidades para la transmisión de empresas y, en general, de patrimonios de titularidad común de los esposos (ahora también de quienes no lo son, pero tienen descendencia común).

Nada de todo ello contradice el hecho de que el comisionado con las facultades del artículo 831 goza de una posición reforzada

²⁴⁸ CARBALLO FIDALGO, M., «La fiducia sucesoria...», cit., p. 1415.

²⁴⁹ ROBLES PEREA, M. A., «El artículo 831...», cit., p. 159.

frente a la descendencia común, por lo que sigue siendo de utilidad su uso cuando el causante desea, precisamente, asegurar la situación de su consorte (ahora también del padre o madre de sus hijos con el que no está ya o no estuvo nunca casado) para el tiempo posterior a su fallecimiento, lo cual puede convertir la institución en un instrumento aconsejable cuando por razones de edad o de salud el supérstite está en situación de debilidad.

Todas las funciones descritas son socialmente deseables. La cuestión es si la nueva regulación de la fiducia sucesoria va a incrementar su uso para, precisamente, lograr esos deseables resultados. Si como ha ocurrido con las versiones anteriores, la respuesta es negativa, todos los juicios sobre la racionalidad de la norma habrán de recibir la misma consideración.

Recargo de las prestaciones de la seguridad social: un supuesto específico de *punitive damages**

BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI

Profesora Contratada del Programa Juan de la Cierva
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es comprobar el verdadero alcance de la invocación del recargo de prestaciones de la seguridad social, impuesto al empresario en el art. 123 TRLGSS, como un argumento favorable al reconocimiento de punitive damages en el Ordenamiento español.

Tomando como hipótesis de partida que el recargo constituye un supuesto concreto de punitive damages, tratamos de comprobar si el «tipo específico» (el recargo) participa de todas las características de su «género» (los punitive damages) y si cumple las mismas funciones.

El presente estudio pone de manifiesto las diferencias significativas entre las figuras que son objeto del análisis y constata los problemas de encaje del recargo en nuestro Ordenamiento jurídico.

ABSTRACT

The aim of this article is to review the opinion that defends the identification between punitive damages and the Spanish recargo de prestaciones de la seguridad social, which the employer must pay according to the rules in s. 123 TRLGSS. This opinion could let to us to accept that Spanish Law allows punitive damages.

After verifying that the recargo is a specific type of punitive damages, the article considers, in a comparative perspective, their characteristics and functions.

The main conclusion, that we have reached, is that differences between them seems to be remarkable. This article confirms, also, that is difficult to harmonize the recargo with Spanish Law.

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Los daños morales en la Unión Europea: armonización sustantiva, ley aplicable y competencia jurídica internacional» subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia, Dirección General de Investigación (SEJ2004-02358/JURI) y cuya investigadora principal es la Dra. doña María Paz García Rubio.

Deseo dejar constancia de mi agradecimiento a los Profesores Morales y Pantaleón por sus valiosas sugerencias.

Introducción. I. *Supuesto de hecho de aplicación: el recargo como un supuesto específico de punitive damages*. A. Generalidad de los *punitive damages* vs. especificidad del recargo; B. Tipificación.—II. *Características*: A. Sancionadoras: 1. La prohibición de aseguramiento; 2. La determinación de la cuantía: la mayor concreción del recargo y los problemas de constitucionalidad de los *punitive damages*; 3. El procedimiento de imposición del recargo: la intervención de la Administración. B. Indemnizatorias: 1. La víctima como destinatario: regla con alguna excepción; 2. La necesidad de un daño: el adicional incumplimiento de normas en el recargo; 3. El procedimiento de imposición de los *punitive damages*: la intervención del jurado.—III. *Funciones*. A. Disuasión y sanción; B. relación con el resto de responsabilidades; 1. *Recargo: ¿Sobreindemnización?*; 2. *Principio non bis in ídem*.—IV. *Conclusiones*.—V. *Bibliografía*.

INTRODUCCIÓN

Una parte de la doctrina española¹ defiende la asignación de una función preventiva² a la responsabilidad civil³, similar a la cumplida por los *punitive damages*.

¹ Encabezada por SALVADOR CODERCH, P, en *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, 1997 (coautora: CASTIÑEIRA PALOU, M.^a T.); «Tres dualidades básicas: indemnizaciones y sanciones; common law y civil law; punitive damages y multiple damages», *AFDUAM*, 2000; «Punitive damages and continental Law», *ZEUP*, 3/2001, pp. 604 a 616; «Punitive damages», *InDret* 10/99. Junto a él se sitúa REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de responsabilidad civil*, 2002. Autores de otras disciplinas jurídicas se hacen eco de esta corriente doctrinal a la hora de valorar la función de la responsabilidad civil. *Vid.* REQUEJO ISIDRO, M., «Reconocimiento en España de sentencias extranjeras condenando al pago de *punitive damages*», *Iniuria*, núm. 6, 1995 y RODRÍGUEZ PINEAU, E., «*Punitive damages* y orden público ¿comunitario?», en *Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, T. II, p. 1757.

² Nunca se defiende expresamente la función de castigar, sino que se opta por la de disuadir o de prevenir. F. PANTALEÓN [«Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las administraciones públicas)», *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor López Cabana*, 2001, p. 193] critica esta matización, tal y como se aprecia en las siguientes palabras: «Recientemente hemos asistido al intento, desde el ámbito de los autoproclamados *lawyers economists* patrios, de separar el binomio castigo-prevenición, al objeto de sostener la función preventiva de las normas de la responsabilidad extracontractual a la vez que se niega su función punitiva y se repudia la importación de los *punitive damages*. Pero a más de manifestar la obviedad de que hace ya muchas décadas que la inmensa mayoría de los penalistas de nota no separa la idea de castigo y prevención, general y especial [...]».

³ Esta propuesta suele presentarse como una solución a las deficiencias del sistema. SALVADOR CODERCH, P. («Tres dualidades básicas», *AFDUAM*, 2000, pp. 139-152) considera que aunque el objetivo del Derecho de daños consiste en reparar íntegramente el daño, no debe olvidarse que en la práctica no alcanza a cumplirlo con efectividad, pues se concede indemnizaciones situadas muy por debajo de los costes sociales de los daños causados.

Para REGLERO CAMPOS, F. (*op. cit.*, 2002, p. 62), la función preventiva del derecho de daños supliría las deficiencias de los sistemas preventivos penal y administrativo; considerará el mencionado autor que sólo cuando se cumplen las siguientes premisas disuaden de la realización de conductas potencialmente dañosas que alcanzan un determinado grado de intolerabilidad: en primer lugar, cuando se trata de medidas suficientemente contundentes;

Como es sabido, es ésta una categoría general dentro del Derecho de daños anglosajón⁴, en virtud de la cual la víctima recibe del agente una suma de dinero que supera con creces el valor del daño realmente causado. Esta falta de coincidencia entre la valoración del daño y la cuantía que recibe la víctima se justifica en el merecido castigo a su autor y en la prevención y disuasión de conductas similares en el futuro⁵.

No existe en el Derecho anglosajón una construcción uniforme de los *punitive damages*: cuestiones de tal importancia como la delimitación de los casos en los que se imponen⁶ o el modo de calcular su cuantía⁷ no están resueltas del mismo modo dentro del *Common Law*. A partir del conocido caso *Rookes v. Barnard*⁸ el Derecho inglés ha limitado considerablemente los supuestos de aplicación⁹ y es en los Estados Unidos de América donde cabe encontrar mayor proliferación de casos. Pero ni siquiera dentro de los USA existen reglas uniformes¹⁰.

Resulta cuanto menos complicado valorar adecuadamente si el Ordenamiento jurídico español conoce una figura equivalente a los *punitive damages*, no sólo por la falta de uniformidad de su régimen jurídico que acabamos de señalar, sino también porque siendo éstos una categoría general del Derecho de daños, de carácter gene-

y, en segundo lugar, cuando funcionan eficientemente. A juicio del autor, ni siquiera el cumplimiento de las condiciones señaladas basta, ya que el agente confía en que su patrimonio va a quedar intacto o casi intacto.

⁴ Aunque el origen más remoto de esta figura se ha llegado a situar en el Derecho Romano clásico [DORSEY, D. E., «Fairness and efficiency in the Law of punitive damages», 56 *S. Calif. L. Rev.* 1, 12, núm. 44 (1982). REDISH, M. y MATHEWS, A., «Why punitive damages are unconstitutional?», 53 *EMORY L. J.* 1, p. 2. OWEN, D., «A punitive damages overview: functions, problems and reform», 39 *Vill. L. Rev.* 363, 368 (1994), quien apunta que las bases de las XII tablas eran sancionadoras («the very basis [...] was punitive in nature») y que en el Derecho romano clásico se preveía en numerosas ocasiones indemnizaciones múltiples e incluso en el código de Hammurabi, basándose en Driver & Miles: *The Babylonian Laws* 500-01 (1952). Menciona también el citado autor entre sus orígenes las Hittite Laws, el Hebrew Covenant Code of Mosaic Law y el Hindu Code of Manu; su origen moderno se sitúa en el Derecho inglés y, en concreto, en una provisión del Parlamento de 1275 que condenaba al pago de *multiple damages*, indemnización que alcanzaba el doble o el triple de las indemnizaciones compensatorias (POLLOCK, F. y MAITLAND, F., *The History of the English Law*, 1822, p. 522).

⁵ Sobre la función de los *punitive damages* *vid.* más adelante (III).

⁶ Sobre esto *vid.* Apartado I.

⁷ *Vid.* Apartado II.A.2

⁸ A partir de los años 80 del pasado siglo, se ha mostrado muy proclive a su concesión (EISENBERG, T., «Damage awards in perspective: behind the headline-grabbing awards in Exxon Valdez and Engle», 36 *Wake Forest L. Rev.* 1129 (2001). WHEELER, M., «A proposal for further common law development of the use of punitive damages in modern product liability litigation» 40 *Ala. L. Rev.* 919 (1989). Por ello, el estudio que se presenta ha tenido en cuenta la construcción de los *punitive damages* en Estados Unidos.

⁹ *Vid.* sin embargo, la recomendación de ampliar su campo de actuación de «The Law Commission. Item 2 of the Sixth Programme of Law Reforms: damages aggravated, exemplary and restitutionary damages», 1997.

¹⁰ *Vid.* Apartado I.

ral debería ser también la eventual institución equivalente, y es de sobra sabido que, en virtud del artículo 1902 CC, la función normativa del Derecho de Daños en España consiste en reparar el daño causado¹¹. Ante dicha realidad, los defensores de la función preventiva de la responsabilidad civil buscan la justificación de su postura localizando en sectores específicos de nuestro Ordenamiento casos concretos en los que se reconozca una suerte de *punitive damages*.

Uno de los ejemplos más recurrentes en este sentido¹² lo constituye el recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, regulado en el artículo 123 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (a partir de ahora TRLGSS)¹³ en los siguiente términos:

«1. Todas las **prestaciones económicas** que tengan su **causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán**, según la **gravedad de la falta**, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las **medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo**, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La **responsabilidad** del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el **empresario infractor** y **no** podrá ser objeto de **seguro** alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La **responsabilidad** que regula este artículo es **independiente y compatible** con las de **todo orden**, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción» [La negrita es nuestra].

¹¹ Por ello, afirma F. PANTALEÓN («Comentario del artículo 1902 CC», en *Comentario del CC. Ministerio de Justicia*, T. II, 1993, p. 1971), que la función normativa de la responsabilidad civil es reparar el daño causado. Véase también la utilización de estos argumentos para resaltar las diferencias funcionales y estructurales entre la responsabilidad civil y la criminal en «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual, *op. cit.*, 2001, pp. 189 y 190.

¹² Ponen de manifiesto la finalidad punitiva del precepto GARCÍA RUBIO, M. P.; LETE, J.; GÓMEZ, F.; y REGUEIRO, C., «The impact of social security law on tort law in Spain», en *Torts and Insurance Law*, v. 3, MAGNUS, U., 2004, p. 167. También lo han calificado de sancionador ROCA, E. (*Derecho de daños. Textos y materiales*, 2003, p. 30. Anteriormente en «Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño», *ADC*, 2004, III, pp. 922 y 923), SALVADOR CODERCH, P., «Punitive damages and Continental Law», en *ZEUP*, 3/2001, p. 605.

¹³ RD Leg. 1/1994, de 20 de junio. Junto a este precepto básico, se sitúan otros de diversas normas laborales que han sido recogidos por PURCALLA BONILLA, M. A., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, 2000, pp. 26 a 33.

Nos encontramos ante un recargo que se establece sobre las prestaciones económicas a las que tenga derecho el trabajador o sus derechohabientes, en su caso; su pago corre por cuenta del empresario y el destinatario es el propio trabajador. La obligación de pago del recargo surge únicamente cuando el empresario ha omitido las medidas de seguridad e higiene en el trabajo y el trabajador ha sufrido un accidente o enfermedad profesional como consecuencia de dicha omisión. Las reglas específicas que interesa resaltar desde ahora son: *a)* que la valoración exacta del recargo se establece en función de la gravedad de la falta del empresario; *b)* que el recargo no es asegurable, y *c)* que la responsabilidad que da lugar a su pago se considera compatible e independiente del resto de responsabilidades que puedan surgir en el mismo supuesto de hecho.

Los *punitive damages* son una figura jurídica que se aplica cuando un agente ha causado un daño¹⁴, cuyo régimen jurídico tiene rasgos indemnizatorios y sancionadores¹⁵ y que entra en juego en supuestos en los que pueden generarse otro tipo de responsabilidades¹⁶.

Nótese, pues, que en una primera aproximación, recargo y *punitive damages* aparecen como dos figuras muy similares. Pero el estudio pormenorizado de cada una de ellas arroja matices que no pueden ser obviados.

Y el primer matiz fundamental, que condiciona todo el análisis, es que el recargo podría considerarse un supuesto concreto de *punitive damages*, pero no, desde luego, su equivalente en nuestro Ordenamiento. De manera que la labor que se impone a partir de ahí es comprobar si este «tipo específico» (el recargo) participa de todas las características de su «género» (los *punitive damages*) y si cumple las mismas funciones.

I. SUPUESTO DE HECHO DE APLICACIÓN: EL RECARGO COMO UN SUPUESTO ESPECÍFICO DE *PUNITIVE DAMAGES*

Tanto el recargo como los *punitive damages* entran en juego cuando se ha causado un daño que debe ser indemnizado.

Ahora bien, los *punitive damages pueden* (no *deben*)¹⁷ imponerse a quien ha causado el daño, siempre que se aprecien las cir-

¹⁴ Vid. apartado I.

¹⁵ Vid. apartado II.

¹⁶ Vid. apartado III.B.

¹⁷ DOBBS, D., *The Law of Torts*, 2000, p. 1062.

cunstancias que permitan la imposición de este tipo de indemnización¹⁸, que van más allá de la mera comisión de un *tort*¹⁹ y que exigen necesariamente la concurrencia de culpa del agente.

Por el contrario, el recargo de prestaciones se impone únicamente cuando el daño se ha causado en un ámbito muy concreto (el laboral) y siempre que se cumplan los presupuestos establecidos en la ley.

La posición en el sistema como una figura general o particular y la tipicidad o atipicidad de los casos, son, pues, los aspectos del supuesto de hecho de aplicación en los que procede detenerse.

A. GENERALIDAD DE LOS *PUNITIVE DAMAGES* VS. ESPECIFICIDAD DEL RECARGO

El ámbito objetivo de aplicación de los *punitive damages* no se limita a un supuesto concreto, ni específico. Se ha afirmado que «[...] it is not so much the particular tort committed as the defendant's motives and conduct in committing it which will be important as the basis of the award»²⁰. La delimitación de su supuesto de hecho de aplicación pasa por establecer en primer lugar qué tipo de conducta merece la condena al pago de *punitive damages*²¹ y, en segundo lugar y de manera cumulativa si sólo proceden en caso de dolo o si la mera negligencia también puede justificar su imposición²².

La respuesta a la primera cuestión está lejos de ser clara²³. Son varias las definiciones propuestas que buscan superar esta imprecisión.

¹⁸ Aunque sea frecuente la traducción al castellano como «daños punitivos», los *punitive damages* no constituyen un tipo de daños, sino una indemnización que cumple funciones que van más allá de la mera reparación de los daños. Por ello, parece más preciso hablar de «indemnizaciones punitivas» o «indemnizaciones ejemplares» término este último que no prejuzga sobre la función que cumplen los *punitive damages*, y que se inspira en la expresión últimamente utilizada por la doctrina norteamericana: «exemplary damages».

Tal y como observa SALVADOR CODERCH («Punitive damages and continental Law», *ZEUP*, 3/2001, p. 606) esta figura debe distinguirse de: los *multiple damages*, que cuentan con un supuesto de hecho definido y cuya cuantía se determina en función de la compensación, como un múltiplo de ella; y los *aggravated damages* que se otorgan en casos de daño moral (*mental distress*) causado por especiales circunstancias.

¹⁹ Afirman PROSSER y KEETON (PROSSER AND KEETON: *On the Law of Torts*, 1984, 5.ª ed., p. 9) que «Something more than the mere commission of a tort is always required for punitive damages».

²⁰ PROSSER y KEETON: *op. cit.*, 1984, p. 11.

²¹ Cuestión íntimamente conectada con la función que cumplen, por lo que será analizada más adelante. *Vid. infra* el epígrafe III.

²² DOBBS, D., *op. cit.* 2000, p. 1063. OWEN, D., «The moral foundations of punitive damages», 40 *Ala. L. Rev.* 739 (1988-1989). Aquél apunta que el *standard of liability*, junto con la determinación de la cuantía, se erigen actualmente como las cuestiones centrales de la teoría de los *punitive damages*.

²³ No encontramos definición de la conducta ni en el *Restatement Second of Torts* (section 908) ni en la *Model Punitive damages Act* que, aunque no constituye Derecho

sión, definiciones que podríamos englobar en dos grupos: por un lado, aquellas que ponen el acento en la alta reprochabilidad de la conducta. En este grupo se encuadraría la definición acuñada por Owen²⁴ en 1988-1989, y según la cual la concesión de *punitive damages* exige que el daño se haya causado como consecuencia de una conducta que constituya «an extreme departure from lawful conduct»²⁵; por otro lado, encontramos aquellas definiciones que individualizan el supuesto de hecho utilizando los instrumentos del análisis económico del Derecho²⁶.

Frente a la caracterización general del supuesto de hecho de aplicación de los *punitive damages*, debe destacarse el ámbito específico del recargo de prestaciones: se trata de una figura jurídica típicamente laboral en la que el daño se deriva de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, que otorga derecho al trabajador a beneficiarse de las prestaciones económicas, causado por la inobservancia por parte del empresario de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo. El empresario deberá pagar al trabajador una suma calculada a modo de porcentaje, sobre las prestaciones a las que tiene derecho (de un 30 a un 50 por 100), recargo que será mayor cuanto más grave sea la falta cometida.

Dicho lo anterior, el establecimiento de un paralelismo entre el recargo, de carácter laboral, y los *punitive damages*, encuadrados plenamente en el Derecho de Daños, no debería obviar en nuestra opinión las siguientes consideraciones.

aplicable, podría ser un buen ejemplo de las tendencias del Derecho Norteamericano en esta materia. Las razones por las que no define el supuesto de hecho de aplicación de los *punitive damages* pueden ser dos: en primer lugar, la voluntad de respetar al máximo la independencia de cada uno de los Estados, algo que puede además observarse en muchos de los artículos; en segundo lugar, hay que tener en cuenta la propia naturaleza de la *Uniform Law Commissioners' Model Punitive damages Act* (Denominación que su S.15 propone como modo de cita), que fue elaborada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* en el año 1996 con el propósito de presentar a los Estados una propuesta o el desarrollo de un nuevo enfoque para la cuestión de los *punitive damages*. A diferencia de un *Uniform Act*, cuyo principal objetivo consiste en obtener una uniformidad inmediata en los Estados sobre un concreto problema jurídico, una *Model Act* es, en palabras de los propios comisarios «[...] an experimental effort to assist States in developing effective new approaches to a particular problem area of the Law», *Prefatory note*, p. 1.

²⁴ OWEN, D., «The moral foundations of punitive damages», 40 *Ala. L. Rev.* 705, 730 (1988-89) y que recoge DOBBS, D., *op. cit.* 2000, p. 1064.

²⁵ Definición que sigue DOBBS (*op. cit.* 2000). En este grupo se incluiría también la conclusión a la que conduce el estudio llevado a cabo por RUSTAD, M. («Unraveling punitive damages: current data and further inquiry», 15 *Wisconsin Law Review* (1998), cit. por SALVADOR CODERCH, P., «Punitive damages and continental Law», *ZEUP*, 3/2001, p. 610) en el que se pone de manifiesto que los *punitive damages* se otorgan para castigar conductas antisociales.

²⁶ En este sentido cabe destacar la aportación de SHAVELL y POLINSKY («Punitive damages: an economic analysis», 11 *Harv. L. Rev.* 869) quienes defienden la condena al pago de *punitive damages* en dos grandes supuestos: a) cuando existe la posibilidad de que el agente del daño haya evitado indemnizar por el daño causado, y b) cuando un individuo ha actuado maliciosamente.

Si bien el recargo es una figura propia del derecho laboral, su relación con la responsabilidad civil es clara. No sólo por la posibilidad de que en un mismo supuesto de hecho se solapen ambas responsabilidades²⁷ sino también por el origen histórico de esta figura. Recuérdese que el recargo se impone sobre las prestaciones económicas a las que el trabajador tiene derecho en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional; como es sabido, éstas tienen su origen en la instauración de un régimen de responsabilidad objetiva del empresario frente al trabajador, surgido en la Ley de accidentes de trabajo de 1900 o Ley Dato²⁸. La aplicación de las normas de Derecho común no era favorable al trabajador, pues le resultaba sumamente complicado probar todos los extremos para que, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, fuera declarado responsable el empresario. Difícilmente, por tanto, podía el trabajador ejercer con éxito su derecho al cobro de la pertinente indemnización de los daños sufridos en este tipo de supuestos. Surge así la «teoría del riesgo profesional» en virtud de la cual «el empresario debía indemnizar a los trabajadores de su empresa en caso de sufrir un accidente porque éste se consideraba una consecuencia natural de la situación de riesgo que toda actividad productiva crea y además porque era el empresario el que obtenía la mayor parte del beneficio de la empresa»²⁹. Del aseguramiento jurídico privado que cubría la responsabilidad objetiva del empresario, se pasó, en el Decreto 907/1966, de 21 de abril³⁰ que aprueba el texto articulado I de la Ley de Bases de la Seguridad Social, a una técnica de aseguramiento social³¹.

Podríamos afirmar que las prestaciones económicas sobre las que se establece el recargo, serían, en términos civiles, una indemnización tasada de algunos daños derivados de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. Sobre esta «indemnización» tasada y objetiva se establece el recargo con unas características y un régimen jurídico propio que no parece objetivo³² (el empresario debe haber omitido las medidas de seguridad e higiene en el

²⁷ Sobre este aspecto *Vid. infra*. III.B.

²⁸ *Gaceta* de 31 de enero.

²⁹ DURÉÑEZ SÁEZ: «El recargo de prestaciones», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 108/2001.

³⁰ BOE de 22 de abril.

³¹ Sobre si la indemnización laboral puede considerarse un seguro sobre las personas de los trabajadores o un seguro de responsabilidad civil del empresario, *Vid. CAVANILLAS, S.*, «Comentario a la STS de 30 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24. El autor se inclina por la segunda de las opciones indicadas por dos razones: *a)* la configuración histórica del recargo, y *b)* el pago exclusivo de las primas por el empresario.

³² Sobre esto *Vid. apartado III*.

trabajo) y que cuenta con su propio sistema de valoración (en función de la gravedad de la falta)³³.

También los *punitive damages* se añaden a la indemnización meramente reparadora (*compensatory damages*) estableciéndose conforme a sus propias pautas, pero no se limitan a un ámbito objetivo concreto, sino que se imponen en cualquier caso de responsabilidad civil, naturalmente siempre que se cumplan los requisitos señalados anteriormente: no se ciñen, en suma, a ningún tipo específico de relación jurídica o de ámbito de la realidad social.

En definitiva, el recargo, en todo caso, podría entenderse como un supuesto concreto de *punitive damages* en nuestro Ordenamiento, pero no como una figura equivalente de los mismos: como un caso en el que el legislador, por las especificidades del mismo, ha decidido dar entrada de manera excepcional a una figura extraña al ordenamiento. Esta primera conclusión se proyecta, como ya adelantamos al comienzo, en el resto del trabajo: porque la labor que se impone es establecer si el recargo es una categoría de *punitive damages* que reúne todos sus rasgos, o si cuenta con algunas características que le dotan de cierta independencia.

B. TIPIFICACIÓN DEL RECARGO

El recargo, entendido como un caso específico de *punitive damages*, está, además, tipificado, pues existe una norma que delimita el supuesto de hecho de aplicación (art. 123 TRLGSS)³⁴. Obsérvese la importancia de esta característica, pues en el Derecho norteamericano no encontramos una tipificación de los *torts* cuya comisión permita la condena al pago de *punitive damages*³⁵.

³³ Sobre esto *Vid.* apartado II.A.2.

³⁴ En efecto, algunos autores discuten que el artículo 123 TRLGSS implique una tipificación del recargo. En este sentido, se afirma que «La generalidad del artículo 93 L.G.S.S. (hoy 123) y lo aleatorio de su resultado lo hacen difícilmente compatible con tal principio de tipicidad [...]», BLASCO PELLICER y MORRO LÓPEZ, «Puntos críticos en torno al recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Reflexiones en torno a la incidencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Tribuna Social*, 1995, p. 37. que (citando a García de Enterría.) «[...] impone la seguridad jurídica que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos».

³⁵ Algunos Estados sí han llevado a cabo esta labor aunque no de una manera uniforme; esto es, mientras algunos han optado por enumerar aquellos *torts* que admiten condenas de *punitive damages*, otros han preferido individualizar aquellos en los que se prohíben. *Vid.* BLATT, R. L./HAMMESFAHR, W./NUGENT, L. S., *Punitive damages. A State-by-State Guide to Law and Practice*, 1991.

La doctrina sí que ha individualizado *torts* en los que suele ser habitual la imposición de *punitive damages* y aquellos en los que no suelen imponerse. En cuanto a los primeros, suelen citar, *battery, libel, slander, deceit, seduction, alienation or affection, malicious prosecution, intentional interferences with property* (PROSSER AND KEETON: *op. cit.*, 1984,

De modo que podría afirmarse que el legislador español habría dado entrada a un supuesto concreto de *punitive damages* pero dotándole de una seguridad jurídica difícilmente predicable de los supuestos de aplicación de los *punitive damages* en el Derecho norteamericano.

II. CARACTERÍSTICAS

En el recargo cabe individualizar características tanto sancionadoras como indemnizatorias; en este sentido, vuelve a cobrar fuerza la tesis de que podría considerarse un supuesto concreto de *punitive damages*, figura híbrida con tintes sancionadores e indemnizatorios por antonomasia. Pero, de nuevo, se aprecia que esta «figura particular» no se adapta de manera exacta al «molde» de su posible «figura general anglosajona», ya que el análisis individualizado de cada una de las características seleccionadas pone de manifiesto que no todos los rasgos punitivos del recargo son los mismos que los de los *punitive damages*; algo similar sucede en relación con las características indemnizatorias.

A. SANCIONADORAS

La prohibición de aseguramiento, la determinación de la cuantía conforme a la gravedad de la falta y el procedimiento administrativo de imposición, son los principales³⁶ rasgos sancionadores del recargo. El último de ellos no es predicable de los *punitive damages*.

5.^a ed., p. 10). DOBBS (*Law of remedies*, 1993, p. 315) nos informa de aquellos en los que suelen excluirse: *equity*, responsabilidad contractual, arbitraje, casos relativos al ejercicio de derechos protegidos por la primera enmienda. Los supuestos en los que suele condenarse son casos de negligencia profesional, de productos defectuosos, daños físicos, o vulneración de derechos como la libertad de expresión.

Ni siquiera la *Model Punitive damages Act* tipifica el supuesto de hecho de aplicación: «[...] the Act does not define the types of cases in which an award may be made», *Prefatory note*, p. 4.

³⁶ La jurisprudencia, según nos informan BLASCO PELLICER y MORRO LÓPEZ (*op. cit.*, *Tribuna Social*, 1995 p. 36) suele también argumentar que ante la insolvencia del empresario, el INSS no asume el recargo, precisamente por su naturaleza sancionadora. *Vid.* también MARTÍNEZ LUCAS, J. A., «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo», *Revista General de Derecho*, 1996, p. 3377. BARBANCHO TOVILLAS y GARCÍA VIÑA («Últimos criterios jurisprudenciales sobre el recargo de las prestaciones por accidentes de trabajo», *Tribuna Social*, 1995, pp. 47 y 48) quienes observan que la jurisprudencia anterior sí lo permitía.

1. La prohibición de aseguramiento

Aunque algún autor ha propuesto extender la posibilidad de asegurar los *punitive damages*³⁷ y la jurisprudencia se encuentre dividida al efecto³⁸, puede afirmarse que la regla general es su prohibición³⁹.

En el mismo sentido, el artículo 123 TRLGSS, prohíbe, so pena de nulidad, el aseguramiento del recargo⁴⁰. A pesar de la claridad del texto, esta prohibición absoluta ha sido sometida a debate como consecuencia de la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (a partir de ahora, LPRL)⁴¹ y, en concreto, del artículo 15.5 que reza como sigue:

«[...] podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de

³⁷ «The paths of civil litigation», 113 *Harv. L. Rev.* 1801 (2000). Las ventajas que aportaría esta reforma propuesta por el autor las sintetiza del siguiente modo: «Allowing insurance coverage of punitive damages greatly increases the predictability of the liability costs of a given product or activity. Restricting insurability discourages risk-averse defendants from engaging in potentially beneficial activities. In addition, insurability allows for greater risk management. Insurers may be in a better position than potential defendants to predict the costs of accidents and to distribute those costs across entire industry of risk takers».

³⁸ DOBBS, *Law of remedies*, 1993, p. 336, por un lado, en el caso *Northwestern National Casualty Co. v. McNulty* 307 F. 2d 432 (5th Cir. 1962), el Juez Wisdom consideró que si la función de los *punitive damages* consiste en castigar y disuadir, éstas no se cumplirían adecuadamente si se permitiese el aseguramiento. Frente a esta sentencia se sitúa *Whalen v. On-Deck, Inc.* 514 A. 2d 1072, 1074 en la que no se consideró totalmente incompatible con la disuasión la posibilidad de permitir el aseguramiento «A wrongdoer who is insured against punitive damages may still be punished through higher insurance premiums or the loss of insurance altogether».

³⁹ Algunos Estados sí lo permiten. *Vid.* SCHLOERB, Robert G.; BLATT, Richard L.; HAMMESFAHR, Robert W. y NUGENT, Lori S., *Punitive damages: A guide to insurability of punitive damages in the United States and its territories*, 1998.

⁴⁰ No debe sorprender que éste sea uno de los argumentos más utilizados por los partidarios de calificar al recargo de sanción. *Vid.* ALFONSO MELLADO, C. L., *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, 1998, p. 44.

⁴¹ Ley 31/1995, de 8 de noviembre. Es importante señalar, además, que no siempre se ha prohibido el aseguramiento del recargo. La regulación de este aspecto sufrió una importante variación que, para algunos, ha supuesto un punto de inflexión en la determinación de la naturaleza jurídica y la función del recargo: inicialmente el legislador incluyó el recargo de prestaciones entre las responsabilidades del empresario asegurables. Así lo establecía expresamente el artículo 12 de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900. Pero, en la Ley de accidentes de Trabajo de 1922, el legislador decide prohibir el aseguramiento del recargo, en su artículo 6.5 («[...] El riesgo de la indemnización especial a que se refiere esta disposición 5.ª no puede ser materia de seguro. Si se probare que alguna entidad aseguradora lo asumía, deberá ser apercibida, y caso de persistir en pactar dicha condición, se le retirará la autorización oficial que se le hubiere concedido a los efectos de la presente ley»). Esta prohibición se mantiene en las normas posteriores: en el Decreto de 22 de junio de 1956 que aprueba el texto refundido regulador de la Ley de accidentes del trabajo y su Reglamento de desarrollo, la prohibición de aseguramiento la encontramos en el artículo 32. En la Ley de seguridad social de 1966, la prohibición la encontramos en el artículo 147.2. Finalmente, el antecedente inmediato de la actual regulación, el artículo 93 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, está redactado en los mismos términos que actualmente, por tanto, también prohibiendo el aseguramiento.

riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores [...]»

Inicialmente, el proyecto de ley remitido al Senado establecía en el artículo 42.6.º LPRL la prohibición absoluta de asegurar el recargo⁴². Fue en el Senado donde, como consecuencia de una enmienda presentada por el Grupo parlamentario socialista del Senado, esta prohibición se suprimió⁴³. En nuestra opinión, esta supresión y el tenor literal del TRLGSS constituyen argumentos convincentes a favor de la prohibición de su aseguramiento⁴⁴.

Esta característica claramente sancionadora está íntimamente relacionada con la función que el legislador ha querido otorgar al recargo, por lo que volveremos sobre ella cuando analicemos este aspecto concreto⁴⁵.

2. La determinación de la cuantía: la mayor seguridad jurídica del recargo

Frente a las indemnizaciones meramente reparadoras, que se calculan de acuerdo con el valor del daño causado, las condenas que buscan castigar al agente que ha causado el daño toman en cuenta otros parámetros como la gravedad de la conducta de este último.

⁴² Artículo 42.6 Proyecto de Ley de PRL 1992 antes de su paso por el Senado: «En ningún caso podrá ser objeto de seguro alguno la responsabilidad del pago del recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo previsto en la legislación vigente, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realiza para cubrirla, compensarla o transmitirla».

⁴³ De ello nos informan BLASCO PELLICER y MORRO LÓPEZ, *op. cit.*, *Tribuna Social*, 1995, p. 39.

⁴⁴ La interpretación contraria no nos parece defendible, desde el momento en que se basa en normas que, bien ni siquiera han llegado a estar en vigor o bien ya están derogadas. Pero puesto que este debate existe, nos vemos obligados a dar cuenta del mismo.

En efecto, lo que se discute es la relación que existe entre el artículo 15.5 LPRL y el artículo 123 TRLGSS.

Así, para unos, prevalece el principio *lex posterior derogat anterior*, de modo que la prohibición de aseguramiento establecida en el apartado 4.º del artículo 123 TRLGSS, estaría derogada. Como apoyo a esta postura, se trae a colación el Proyecto de la LPRL, en el que se establecía de manera expresa la derogación. También se recuerda que inicialmente el legislador incluyó el recargo de prestaciones entre las responsabilidades del empresario asegurables. Así lo establecía expresamente el artículo 12 de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900. Es en la Ley de accidentes de trabajo de 1922 cuando el legislador decide prohibir el aseguramiento del recargo, en su artículo 6.5.

Para otros autores, sin embargo, debe prevalecer el carácter de ley especial del artículo 123 TRLGSS, respecto de la generalidad del precepto de la LPRL, de manera que aquel constituiría una excepción al régimen general. Añaden, que la DA 1.ª de la LPRL mantiene en vigor expresamente las previsiones de la normativa de seguridad social. *Vid.* doctrina citada en ALFONSO MELLADO, C.L., *op. cit.* 1998, p. 45 nota 60.

⁴⁵ *Vid.* apartado III.

Los *punitive damages*, cuya función es claramente preventiva y sancionadora⁴⁶, por definición sobre-indemnizan. Sin embargo, no existen parámetros claros que permitan prever a cuánto ascenderá dicha sobre-indemnización. Precisamente la amplia discrecionalidad que existe para determinar el *quantum* al que asciende la condena al pago de *punitive damages* es uno de los aspectos más polémicos de esta figura jurídica, polémica que ha llegado incluso a adquirir tintes constitucionales y que ha llevado a algunos autores a hablar de «crisis» de esta institución⁴⁷. Su origen se sitúa en los años ochenta del siglo xx, momento en que se producen las condenas al pago de cuantías astronómicas en concepto de *punitive damages*.

La determinación de la cuantía de los *punitive damages* se intenta controlar por dos vías⁴⁸: en primer lugar, estableciendo medidas legislativas en los propios Estados; en segundo lugar, a través de la elaboración de unos criterios por el Tribunal Supremo federal.

En relación con la vía que podríamos denominar «legislativa», ésta, a su vez, se bifurca: algunos Estados limitan cuantitativamente la cuantía mediante «caps», mientras que otros prefieren establecer una determinada relación entre *punitive* y *compensatory damages*⁴⁹.

Pero es en la vía judicial donde encontramos desarrollado el debate sobre la constitucionalidad de la valoración de los *punitive damages*, realizado a partir de su examen a la luz de la Octava Enmienda⁵⁰, que prohíbe las multas excesivas, y de la Décimo-

⁴⁶ Vid. apartado III.

⁴⁷ REDISH y MATHEWS: «*op. cit.*, 53 *Emory L. J.* 1 (2004) citando a QUAYLE, D., «Civil justice reform», 41 *Am. U. L. Rev.* 559, pp. 564-565 (1992).

⁴⁸ No deben olvidarse las teorías que utilizan los instrumentos del análisis económico del Derecho, de acuerdo con las que el supuesto de hecho está fuertemente influido por la función preventiva y disuasoria de los *punitive damages*. En este sentido, destaca la tesis defendida por los profesores SHAVELL y POLINSKY (*op. cit.*, 11 *Harvard L. Rev.* 1998, 1) construida sobre el principio de *optimal deterrence*: los *punitive damages* fuerzan al potencial agente del daño a asumir los costes de la actividad, asegurando que ésta se ejecutará únicamente dentro de los límites de lo que es económicamente eficiente [*vid.* también KEITH, N. H., «Punitive damages and the economic theory of penalties», en 87 *Geo. L.J.* (1998) 421]. En este contexto económico los *punitive damages* sólo disuaden si su cuantía excede al costo de los medios para evitarlos. Nótese que ya no es la malicia del sujeto lo que importa, sino el cálculo de lo que cuesta indemnizar y lo que cuesta poner los medios para evitar el daño.

⁴⁹ Vid. a este propósito CORONGIU, S., «Punitive damages awards in the US Judicial experience and their recognition in Italy, 2004», Tesis inédita, pp. 11 y 12.

⁵⁰ Octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América: «Excessive fines clause. Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted».

cuarta Enmienda, en la que se contempla la *Due Process Clause*⁵¹. En relación con este aspecto, resultan de obligada cita cuatro conocidos casos⁵² en los que el Tribunal Supremo federal ha ido construyendo los criterios que intentan adecuar la cuantía de los *punitive damages* a los límites constitucionales. El punto de inflexión está constituido por *BMW of Northamerica Inc. v. Ira Gore*, en el que, por primera vez, el Tribunal articula unas líneas para establecer la cuantía de los *punitive damages*.

El caso era el siguiente: la empresa demandada vendió al demandante un coche nuevo que había sido repintado, como consecuencia de los desperfectos que había sufrido durante el viaje Alemania-EE.UU. Al descubrirlo, el comprador interpone la demanda. Junto a la indemnización compensatoria (de 4.000 dólares), se concedieron *punitive damages* por un valor de 4 millones de dólares, reducidos en apelación a 2 millones.

El Tribunal enumeró los criterios que deben ser evaluados por un tribunal para determinar si la cuantía a la que ascienden los *punitive damages* es excesiva: a) el grado de reprochabilidad de la

⁵¹ Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América: «Nor shall any State deprive any person of life, liberty or property without due process clause».

⁵² Los casos son los siguientes: 1. *BMW of Northamerica Inc. v. Ira Gore* [116 Supreme Court Reporter 1589 (1996)]; 2. *State Farm Mut. Aut. Ins. Co. v. Campbell* [123 S.Ct. 1513 (2003)]; 3. *TXO Prod. Corp. v. Alliance Res. Corp* [509 U.S. 443 (1993)]; y 4. *Pac. Mut. Life Ins. Co. V. Haslip* [499 U.S. 1 (1991)]

S. MESULAM [«Collective rewards and limited punishment: solving the punitive damages dilemma class», 104 *Colum. L. Rev.* (2004) 1114] se refiere a ellos como «the Supreme Court's punitive damages "quartet"».

El primer caso en el que se planteó ante el TS federal la constitucionalidad de la figura analizada es *Browning Ferris Industries of Vermont, Inc. V. Kelco Disposal, Inc.* En este caso, si bien se rechazó que la 8.ª enmienda fuese aplicable a los *punitive damages* por estar referida únicamente a las multas penales, el tribunal planteó la posible limitación de las cuantías a través de la decimocuarta enmienda. Sin embargo, al no haberse suscitado esta cuestión, el tribunal aludió a ella en *obiter dictum*.

En *Pacific Mut. Life Ins. Co. V. Haslip*, cuyo origen se encuentra en la cancelación indebida de un seguro de vida, el tribunal, de manera no muy explícita, da a entender que debería existir una ratio entre la cuantía a la que ascienden los *compensatory damages* y la de los *punitive damages*.

En *TXO Prod. Corp. v. Alliance Res. Corp* se pone de manifiesto la necesidad de establecer un límite a las condenas de *punitive damages* pero en el caso concreto no se consideró traspasado. Los magistrados firmantes de los votos particulares de este caso avanzaron los criterios que, a su juicio, debían utilizarse con el fin de fijar dicho límite: la existencia de una ratio entre *punitive* y *compensatory damages*; los precedentes, y, finalmente, el modo en que se regulaba las conductas similares.

Al margen de estos cuatro casos, también debe citarse *Honda Motor Co. v. Oberg* [512 U.S. 415 (1994)], en el que por primera vez se anuló un caso por vulneración de la *due process clause*. Se trataba de un caso de daños causados por un coche defectuoso en el Estado de Oregon. En el *Statute* de dicho Estado se contemplaban las siguientes razones que justificaban el rechazo de un veredicto sobre *punitive damages*: a) que las instrucciones al jurado estuvieran mal redactadas; b) que en el juicio se hubiera cometido otro tipo de error; c) que la prueba fuera insuficiente. El Tribunal Supremo federal consideró que dichas pautas no protegían frente a decisiones arbitrarias, por lo que se vulneraba la *Due Process Clause*.

conducta: por ejemplo, en el caso BMW, la cuantía de *punitive damages* impuesta por el tribunal inferior se consideró excesiva, a la vista de que «[...] BMW's conduct evidenced no indifference to or reckless disregard for the health and safety of others»; b) la ratio entre la indemnización compensatoria y los *punitive damages*: para determinar si es excesiva, el Tribunal no aportó ninguna fórmula matemática⁵³, sino que tuvo en cuenta el daño potencial que podía haber causado BMW. A este propósito, afirmó que la empresa de coches había dejado de vender coches repintados como si fueran nuevos y que, por tanto, no existía la posibilidad de que el demandante o cualquier otro comprador sufriera de nuevo los daños; c) las sanciones civiles y penales impuestas por conductas similares. Comparando la cuantía a la que ascienden estas sanciones y la impuesta en concepto de *punitive damages*, puede llegar a determinarse si estamos ante un caso de condena desproporcionada.

En virtud del artículo 123 TRLGSS, la cuantía del recargo se determina conforme a las siguientes directrices: a) se calcula sobre la base de las prestaciones económicas; b) varía de un 30 a un 50 por 100; y c) dicha variación depende de la gravedad de la falta que ha causado el accidente de trabajo o la enfermedad profesional.

Dos aspectos interesa resaltar a propósito de la cuantificación del recargo: por un lado, nótese que se realiza de manera independiente de los daños reales⁵⁴ y en función de la gravedad de la falta⁵⁵. Ésta es, probablemente, una de las características que más lo aproximan a una sanción⁵⁶. Por otro lado, es importante resaltar que el legislador español aporta una horquilla de valores que, en cierto modo, limita la discrecionalidad a la hora de establecer el recargo: de un 30 a un 50 por 100 sobre el valor de las prestaciones económicas⁵⁷.

⁵³ Afirmó, de hecho que «[...] it is not possible to draw a mathematical bright line between the constitutionally acceptable and the constitutionally unacceptable that would fit every case».

⁵⁴ ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, 1998, p. 32.

⁵⁵ MARTÍNEZ LUCAS, *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal. Criterios jurisprudenciales*, 1996, pp. 48 a 54.

⁵⁶ Sin embargo, los magistrados del TS firmantes del voto particular en la STS (4.ª) de 2 de octubre de 2000 apuntaron que este dato no es decisivo para considerar sancionador el recargo. Y trajeron a colación a este propósito el artículo 1107 CC. Creemos que ambos preceptos no son comparables pues, aunque el artículo 1107 CC tenga en cuenta la conducta dolosa, nunca va más allá de los daños causados. El artículo 123 LGSS en ningún momento pone como límite del recargo los daños causados. Ahora bien, a pesar de que los parámetros de valoración son claramente sancionadores, parece importante advertir desde ahora que el recargo no siempre va a sobre-indemnizar a la víctima. *Vid. infra* el epígrafe III. Funciones.

⁵⁷ Sobre los parámetros utilizados por la jurisprudencia para determinar el porcentaje concreto *vid.* CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO, *El recargo de prestaciones. Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable*, 2005.

Comparemos los parámetros propuestos por el Tribunal Supremo federal para determinar la cuantía de los *punitive damages* y los establecidos por el legislador español para concretar el recargo.

El primero de los parámetros señalados en BMW (grado de reprochabilidad de la conducta) podría considerarse equivalente a la gravedad de la falta en función de la que se establece el recargo.

En el caso del recargo no existe una ratio entre éste y la indemnización compensatoria, aunque sí entre prestaciones de la seguridad social y recargo, pues el porcentaje se calcula sobre la base de aquéllas.

En fin, nada se dice en la ley española sobre la relación que deba guardar la cuantía del recargo con las sanciones penales o administrativas que se puedan imponer por conductas similares.

Nótese que la seguridad jurídica que reporta la regulación del recargo parece mayor que la que pueda apreciarse en la concesión de *punitive damages* en USA ya que el legislador español ha concretado los parámetros que deben utilizarse para imponerlo. En USA, por el contrario, si bien los tribunales inferiores de Estados Unidos han seguido los parámetros del caso BMW y el propio TS federal ha intentado clarificarlos en el caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*⁵⁸ los resultados no han sido uniformes y la doctrina reclama mayor seguridad jurídica⁵⁹.

⁵⁸ *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell* 538 US 408 (2003). Sobre este caso Vid. KAZ ESPY, «Whoa, slow down! Applying the constitutional brakes to accelerated punitive damages awards», 55 *Mercer L. Rev.* 835 (2004).

⁵⁹ «The paths of civil litigation», 113 *Harv. L. Rev.* 1792 (2000), quien afirma que «[...] Gore standards provide little direction for litigants». Lo cual se confirma a la vista del caso Exxon en el que el *Ninth Circuit* (jurisdicción novena) consideró la suma excesiva a la luz de los criterios expuestos por el TS, mientras que el tribunal de distrito de Alaska consideró la misma suma proporcional, basándose en estos mismos criterios. Algún autor [MESULAM, S., *op. cit.*, 104 *Colum. L. Rev.* (2004) 1120] observa que este hecho muestra «the persistent debate among courts and commentators as to whether there is a constitutional limit on punitive awards and, if so, where that limit might be».

Especialmente críticas son las palabras de REDISH y MATHEWS [«*op. cit.*», 53 *Emory L. J.* 1 (2004)] que reproducimos: «Neither of these constitutional solutions, however, adequately reconciles punitive damages with the Constitution because neither recognizes or focuses upon the constitutional problem that plagues the award of punitive damages at their very foundation: that purely public power to punish is being exercised by purely private actors who are naturally (and quite appropriately) focused not necessarily on furthering the public interest but rather primarily, if not exclusively, on pursuit of their own narrow interest».

También [«The paths of civil litigation», 113 *Harv. L. Rev.* 1788 (2000)] se considera que los parámetros carecen de la suficiente precisión para evitar la amplia discrecionalidad. De hecho el Juez Scalia en su voto particular en la sentencia BMW pone de relieve que el test propuesto por el tribunal no sirve de guía para los tribunales inferiores. Vid. HINES, L., «Due process limitation on punitive damages: why State Farm Won't be the last word», *Akron Law Review*, 37, pp. 779 y ss (2004).

3. El procedimiento de imposición del recargo: la intervención de la Administración

Es ésta otra característica que dota de una individualidad propia al «tipo específico» recargo frente al «género» *punitive damages*.

El trabajador que sufre un accidente de trabajo o una enfermedad profesional a consecuencia de la omisión de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo no puede solicitar directamente el pago del recargo al empresario. Previamente, éste debe ser impuesto por una autoridad pública y mediante el correspondiente procedimiento administrativo⁶⁰. En concreto, son las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social las que efectúan el reconocimiento en expediente administrativo en materia de seguridad social⁶¹. La resolución que recaiga en el expediente es recurrible ante la jurisdicción social⁶².

Frente a ello, el procedimiento de imposición de los *punitive damages* en USA podría calificarse de «mero litigio entre particulares»⁶³.

B. INDEMNIZATORIAS

1. La víctima como destinatario: regla con alguna excepción

La cuantía que el agente del daño debe pagar en concepto de *punitive damages*, está destinada a la víctima del daño. Del mismo

⁶⁰ RD 396/1996, artículo 15.1.g). El artículo 7.8 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, contempla la posibilidad de que el procedimiento sea instado por el inspector de trabajo.

⁶¹ La necesidad de este procedimiento previo es un fuerte argumento a favor de su naturaleza sancionadora (ALFONSO MELLADO, Carlos L., *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, 1998, p. 32, MARTÍNEZ LUCAS, *op. cit.*, 1996, pp. 48 a 54). Para CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO (*op. cit.*, 2005, p. 35, nota 49) no se trata de un procedimiento administrativo sancionador propiamente dicho porque no reúne todas las características de éste (regulado en el RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social). Pero, tal y como reconocen estos mismos autores, si se tratara de una simple indemnización no tendría razón de ser la intervención inicial de la entidad gestora en vía administrativa resolviendo sobre su procedencia y porcentaje del incremento, ya que en ese caso, despojado el recargo de su carácter público o sancionador, se estaría ante un mero litigio entre particulares del que sólo podrían conocer los órganos jurisdiccionales.

⁶² Es en la Ley de Seguridad Social de 1966 en donde por primera vez se establece que la responsabilidad del empresario se fijará en vía administrativa (art. 147.3., «Serán competentes para declarar, en vía administrativa, la responsabilidad fijada en este artículo, las Comisiones Técnicas Calificadoras a que se refiere el artículo 144»). En idéntico sentido, se expresaba el artículo 93 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, en su apartado 4.º

⁶³ Por no ser ésta una característica sancionadora, será tratada más adelante *vid. infra*.

modo, el destinatario del recargo es el trabajador o sus derechohabientes, en su caso ⁶⁴.

Esta regla se rompe de manera excepcional.

Así, algunos Estados ⁶⁵ han decidido que una parte de los *punitive damages* sean destinados al Tesoro Público.

En relación con el recargo, cuando el trabajador ha fallecido y no existen beneficiarios ⁶⁶, la Tesorería General de la Seguridad Social es quien lo percibe: las cantidades se ingresan en el Fondo de Garantía de accidentes de trabajo actualmente integrado en el INSS ⁶⁷.

2. La necesidad de un daño: el adicional incumplimiento de normas en el recargo

Los *punitive damages* entran en juego previa causación de un daño. Del mismo modo, el pago del recargo es consecuencia del sufrimiento de un daño por parte del trabajador (accidente laboral o enfermedad profesional). Sin embargo, no hay que olvidar que el recargo sólo entra en juego si hay una previa infracción de normas, las de seguridad e higiene en el trabajo, pues se trata de una medida íntimamente relacionada con las políticas de prevención de riesgos laborales. De hecho, el artículo 123 TRLGSS debe interpretarse necesariamente junto con un precepto de la Ley de Seguridad e Higiene en el Trabajo ⁶⁸, el artículo 42, que en sus apartados 1 y 3 reza como sigue:

«1. El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades

⁶⁴ Uno de los argumentos más sólidos para defender la naturaleza indemnizatoria del recargo de prestaciones es precisamente éste, que el destinatario del mismo no es el Tesoro Público, sino el trabajador. APARICIO TOVAR, «Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo», *REDT*, núm. 49, 1991, pp. 734 y 735. CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO (*op. cit.*, 2005, p. 31) consideran que si fuera una sanción debería ser la Administración el sujeto legitimado para percibir este recargo.

Quienes defienden la naturaleza mixta del recargo y que, por tanto, no dejan de tener en cuenta sus características sancionadoras, ven en el destinatario privado del recargo un elemento indemnizatorio: MILLÁN VILLANUEVA, «Vicisitudes jurídicas del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional», en *VV.AA. VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 1991, pp. 386 y 388.

⁶⁵ DOBBS, *op. cit.* 2000, p. 1075. En concreto, este autor cita los Estados de Iowa, Oregon y Kansas.

⁶⁶ Los derechohabientes del trabajador.

⁶⁷ Artículo 10 Decreto 3159/1966: «El fondo de garantía de accidentes de trabajo tendrá los siguientes recursos: d) Los capitales que deberán ser satisfechos por la entidad aseguradora o patrono en su caso en la cuantía necesaria para constituir una renta cierta temporal durante veinticinco años del 30 por 100 del salario de los trabajadores que mueran por consecuencia mediata o inmediata de accidente de trabajo sin dejar familiares con derecho a prestaciones».

⁶⁸ Ley 31/1995 de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento. [...] 3. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema.»

El precepto reproducido se sitúa en el ámbito del incumplimiento por el empresario de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Entre dichas obligaciones se sitúan las relativas a las medidas de seguridad, higiene y salubridad en el trabajo, en definitiva, las mismas cuyo incumplimiento da lugar a la aplicación del recargo. Éste es objeto de regulación en el precepto analizado, pero no se cita expresamente como una de las responsabilidades que se generan por el incumplimiento de las medidas citadas: las administrativas, las penales y las civiles son las únicas que se enumeran. El precepto analizado se ocupa del recargo de manera expresa sólo para reiterar (pues ya lo hace el artículo 123.3 TRLGSS) la compatibilidad del mismo con las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador⁶⁹. Finalmente, el último apartado recoge la prohibición del *bis in idem*, al que nos referiremos más adelante⁷⁰.

En este momento, lo que procede destacar es, de nuevo, la especificidad del recargo: aun cuando lo entendiéramos como un tipo de *punitive damages*, el precepto reproducido vuelve a poner de manifiesto que se trata de una reacción del ordenamiento jurídico frente a una infracción específica de normas, de un ámbito muy concreto.

⁶⁹ Una interpretación literal del precepto ha servido a algunos autores para defender la naturaleza indemnizatoria del recargo. El artículo 42 LPRL, al establecer la compatibilidad de las sanciones administrativas en los siguientes términos «serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social». BLASCO PELLICER y MORRO LÓPEZ («*op. cit.*», *Tribuna Social*, 1995, p. 40) afirman: «nótese que se refiere en plural a las indemnizaciones y utiliza, exclusivamente, la conjunción copulativa “y” como nexo de unión con el recargo de prestaciones, cuando si lo que hubiera querido establecer era la disociación del recargo y de las indemnizaciones [...] precisamente debería haber utilizado la expresión “y con el recargo” en lugar de “y de recargo”».

Este argumento se combate diciendo que «si el legislador hubiera tenido intención de clarificar la situación, especialmente si era en sentido contrario a la interpretación mayoritaria, debería haberlo hecho de un modo más claro y expreso», ALFONSO MELLADO, C. A., *op. cit.*, 1998, p. 33.

⁷⁰ *Vid. infra*. III.B.2.

3. El procedimiento de imposición de los *punitive damages*: la intervención del jurado

Adelantábamos ya en las líneas anteriores, que los *punitive damages* se imponen en un proceso civil, en concreto, en un proceso en el que interviene el jurado, algo que ha sido objeto de crítica.

Por lo que se refiere a la utilización del proceso civil, se pone de manifiesto que las reglas de la carga de la prueba impiden que de manera clara se pueda defender el demandado de las acusaciones⁷¹. En general, se critica la inutilización de las garantías del proceso penal⁷².

En relación con la intervención del jurado, las conclusiones a las que han llegado numerosos estudios ponen de manifiesto que no es adecuada⁷³. Lo que se critica es que una cuestión jurídica, como es la imposición de *punitive damages*, se deje al jurado⁷⁴, cuyas decisiones pueden ser arbitrarias, tal y como puso de relieve el Tribunal Supremo en el caso *Honda Motor Co. v. Oberg*⁷⁵, afirmando que la *Due Proces Clause* exige una revisión de la decisión del jurado en apelación.

El desacuerdo con el proceso actual para la imposición de *punitive damages* es de tal calado que se ha llegado a proponer como una de las reformas más urgentes la eliminación del jurado: «The most obvious first step in promoting predictability and rationality

⁷¹ MURPHY, R., «Superbifurcation: making room for State prosecution in the *Punitive damages* process», 76 *N.C.L. Rev.* 463, 537 (1998).

⁷² DORSEY D. E., «Punitive damages, due process, and the jury», 40 *Ala. L. Rev.* pp. 976, 991 ss. (1989). A quien sigue en «The paths of civil litigation», 113 *Harv. L. Rev.* 1787 (2000). Se hace eco de esta crítica DOBBS, *Law of remedies*, 1993, p. 355.

⁷³ SALVADOR CODERCH, P., «Punitive damages and continental Law», *ZEUP*, 3/2001, núm. 3, pp. 610 a 612. RUSTAD, M. L., «Unraveling punitive damages: current data and further inquiry», 15 *Wisconsin Law Review* 1998; Eisenberg, T./Goerd, J./Ostrom, B./Rottman, D./Wells, M.T., «The predictability of punitive damages», 26 *Journal of Legal Studies* 623 (1997).

Viscusi, K., «The challenge of punitive damages mathematics», *Discussion paper n. 307 12/2000*, p. 38. Harvard Law School. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin-center/>, demuestra que los jurados no son capaces de realizar los cálculos matemáticos propuestos por SHAVELL, y POLINSKY, (op. cit., 11 *Harvard L. Rev.* 1998, 1). El mencionado autor afirma que las personas que se sometieron al estudio, no eran sensibles a la probabilidad de la detección de la responsabilidad, uno de los elementos clave de la teoría: «The character of the experimental evidence demonstrated that people did not carry out the Polinsky-Shavell instructions in setting punitive damages».

⁷⁴ «How must the law incentives rational behaviour on the part of the defendant? Is a question of law [...] How great were the plaintiffs injuries? Is a question of fact», «The paths of civil litigation» 113 *Harv. L. Rev.* 1802, n. 119 (2000). El jurado también interviene en los procesos penales, pero en estos últimos sólo la determinación de los hechos se deja al jurado, mientras que las cuestiones estrictamente jurídicas se reservan al juez.

⁷⁵ 512 US 415 (1994).

is for judges instead of juries to make the primary determination of punitive awards»⁷⁶.

III. FUNCIONES

Entrar en el análisis de las funciones de los *punitive damages* en general y del recargo en particular implica estudiar su relación con el resto de responsabilidades que pueden surgir en el mismo supuesto de hecho de aplicación: la civil y las sancionadoras públicas.

A. DISUASIÓN Y SANCIÓN

Como es sabido, la diferencia fundamental entre los *punitive damages* y los *compensatory damages* es que éstos se establecen desde el punto de vista de la víctima y, por tanto, de una justa reparación de los daños, mientras que los *punitive damages* adoptan la perspectiva contraria, esto es, la del agente, la de un castigo adecuado al mal que ha causado⁷⁷. En palabras de PROSSER⁷⁸, son tres los objetivos que se buscan con la condena a *punitive damages*: castigar, enseñar al agente del daño que no debe cometer de nuevo la conducta que ha causado el daño y disuadir a otros con el ejemplo⁷⁹⁻⁸⁰. Es interesante comprobar la claridad con la que ello se expresa en las instrucciones que suelen entregarse a un jurado:

«in determining whether or not you should award punitive damages, you should bear in mind that the purpose of such an award is to punish the wrongdoer and to deter that wrongdoer from repeating

⁷⁶ «The paths of civil litigation», 113 *Harv. L. Rev.* 1802 (2000). En el mismo sentido, y abogando por la desaparición del jurado en este tipo de procesos, OWEN, D., «Problems in assessing punitive damages against manufacturers of defective products», 49 *U. Chi. L. Rev.* 1, 52 (1982); MALLOR y ROBERTS, «Punitive damages: toward a principled approach», en 31 *Hast. L. J.* 639, 663 (1980).

⁷⁷ DOBBS, D., *Law of remedies*, 1993, p. 318.

⁷⁸ PROSSER, W. L., *The Law of Torts*, 4. 1971, p. 9. Cit. por SALVADOR CODERCH, P., «Punitive damages and Continental Law», *ZEuP* 3/2001, p. 604.

⁷⁹ Para J. G. FLEMING (*The Law of Torts*, 1998, p. 271. Cit. por SALVADOR CODERCH, P., «Punitive damages and Continental Law», en *ZEuP* 3/2001, p. 604) sirven para castigar y mostrar la indignación pública.

⁸⁰ Suele hablarse también de «Societal punishment» [CABRASER, E. J., «Unfinished business: reaching the due process limits of punitive damages in tobacco litigation through unitary classwide adjudication», 36 *Wake Forest L. Rev.* 979, 1028 (2001)]. Desde este punto de vista, se observa que los *punitive damages* se imponen por cuenta de la sociedad como una sanción al demandado por la transgresión de la *social compact*. Alguna autora (SHARKEY, C. M., «Punitive damages as societal damages» 103 *Yale L. J.* 2004, 347), considera que, puesto que se trata de una compensación a la sociedad, debería distribuirse la indemnización a la sociedad en su conjunto y no limitarla únicamente al demandante.

such wrongful acts. In addition, such damages are designed to serve as a warning to others and to prevent others from committing such wrongful acts⁸¹.»

La necesidad de culpa en la conducta del agente a la hora de condenarle al pago de *punitive damages* es un aspecto del supuesto de hecho de aplicación íntimamente unido con la función de esta figura: nótese que si la culpa es la omisión de la diligencia debida (omisión de una regla de conducta) en la conducta causante del daño, extender los *punitive damages* más allá de la culpa (es decir, en el ámbito en el que no interviene la conducta del sujeto) plantea la cuestión de si tendrán o no eficacia para prevenir daños. Y en efecto, la inmensa mayoría de la doctrina estadounidense entiende que la condena al pago de *punitive damages* exige que el agente haya actuado dolosamente⁸². A la misma conclusión llegamos si analizamos las expresiones utilizadas por los tribunales: el agente debe haber causado el daño *intentionally, maliciously, consciously, recklessly, willfully, wantonly, oppressively*⁸³. Situados en el dolo, la doctrina se plantea si éste incluye únicamente los casos en los que existe intención de dañar o si, por el contrario, se extiende a los supuestos de *intentional risk taking*⁸⁴, esto es, casos en los que se lleva a cabo una acción (o una omisión) conscientes del alto riesgo que existe de causar un daño (piénsese en un fabricante que comercializa un producto cuya peligrosidad conoce y que termina causando daños).

¿Es la función del recargo disuadir y sancionar? En la doctrina laboral, la respuesta está lejos de ser clara⁸⁵.

⁸¹ SUNSTEIN, C. R., KAHNEMANN, D., SCHKADE, D., «Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in Law)», en 107 *Yale L. J.* (1998), 2071, 2081.

⁸² A partir de la definición de J. G. FLEMING (*The Law of torts* 9, 1998, p. 271. Cit. por SALVADOR CODERCH, P., «Punitive damages and continental law», ZEuP 3/2001, p. 604) de los *punitive damages* se extrae que dicha indemnización procede ante conductas especialmente reprobables del agente (*outrageous*).

Los términos que suelen utilizarse son *malice, ill will, intent to injure, evil motive, oppressive, evil and wicked guilty of wanton or morally culpable conduct*.

⁸³ BEHR, V., «Punitive damages in american and german law. Tendencias towards approximation of apparently irreconcilable concepts», 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 105.

En la MPDA se exige que exista un *bad motive*, esto es que el demandante haya probado claramente que el demandado causó el daño dolosamente y con absoluta indiferencia hacia los derechos de los demás. No se incluyen por tanto las conductas negligentes, pues los comisarios opinan que para prevenir este tipo de conductas ya están las indemnizaciones compensatorias.

En nuestro país nos informa de este aspecto SALVADOR CODERCH («Punitive damages and continental Law», ZEuP, 3/2001, p. 606): los *punitive damages* se otorgan en casos de *malicious deceit o gross negligence*.

⁸⁴ DOBBS, D., *Law of remedies*, 1993, p. 319.

⁸⁵ Algo que se deriva del intenso debate que existe en relación con su naturaleza jurídica. No es una cuestión unánime si nos encontramos ante una figura (1) puramente sancionadora. (2) puramente indemnizatoria o, finalmente, (3) mixta. A este propósito, puede verse PURCALLA BONILLA, M. A., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, 2000, pp. 37 a 54. Este autor distingue entre las líneas argumenta-

Las posiciones que se defienden son que el recargo tiene como finalidad: a) fomentar el cumplimiento de las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales y disuadir del incumplimiento de las normas establecidas en la materia⁸⁶; b) compensar al trabajador que ha sufrido el daño⁸⁷; o c) una combinación de ambas funciones⁸⁸.

les existentes antes de la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y después de que ésta tuviera lugar. Destaca que en ese segundo momento, surgieron criterios interpretativos diversos que sistematiza de la siguiente manera: naturaleza mixta: sanción e indemnización; sanción administrativa material y especial; indemnización asegurable; cláusula penal de origen legal; responsabilidad laboral; responsabilidad de naturaleza jurídica múltiple; sanción civil indirecta. Dan cuenta también del debate CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO, *op. cit.*, 2005, pp. 27 a 36. MONEREO PÉREZ, J. L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, 1992, pp. 51 a 54. ALFONSO MELLADO, Carlos L., *op. cit.*, 1998, p. 31. MOLINA NAVARRETE, «Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas de prevención de riesgos: la nueva “modernidad” de una institución jurídica clásica», *REDT*, núm. 79, 1996, pp. 792 ss. MARTÍNEZ LUCAS, *op. cit.*, *Revista General de Derecho*, 1996, pp. 3368 a 3379.

⁸⁶ ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, 1998, p. 45. ALARCÓN CARCUEL y GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de la Seguridad Social*, 1991, p. 143. MARTÍNEZ LUCAS, *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal. Criterios jurisprudenciales*, 1996, pp. 48 a 54. En un sentido similar MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, *REDT*, núm. 79, 1996, pp. 792 y 823 y CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO, *op. cit.*, 2005, p. 34.

⁸⁷ APARICIO TOVAR, «*op. cit.*», *REDT*, núm. 49, 1991, pp. 734 y 735. BLASCO PELLICER y MORRO LÓPEZ («*op. cit.*», *Tribuna Social*, 1995, pp. 37 y 39) apuntan que «el recargo tiende a compensar o indemnizar [...] la producción del accidente –como daño– en sí mismo [...] La naturaleza indemnizatoria surge derivada de una relación contractual y tiene como fundamento el incumplimiento de un deber al que el ordenamiento jurídico otorga una relevancia especial, tasando el *quantum* y encargando al propio Estado, a través del sistema de Seguridad Social, el procedimiento adecuado tendente a la reparación del daño en la forma y efectos determinados en la ley». Estos autores consideran que si el recargo fuera una sanción debería cumplir el principio de tipicidad y que la generalidad del artículo 123 TRLGSS así como lo aleatorio de su resultado dificultan la compatibilidad de esta figura con este principio.

⁸⁸ Así, para MONTROYA MELGAR («Sanción e indemnización: el recargo de las indemnizaciones por accidente de trabajo», en AA.VV., *Homenaje al Profesor Jiménez Fernández*, V. II, 1967, p. 606), su función consiste en exigir una responsabilidad al empresario por la infracción de normas de policía laboral que ha causado un accidente laboral o una enfermedad profesional (y en este sentido se trata de una sanción), pero también busca la compensación al trabajador víctima de tal accidente o enfermedad (y en este sentido se trata de una indemnización).

CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO (*op. cit.*, 2005, p. 36. *Vid.* autores citados en notas 51 y 52) observan que dentro de esta tercera corriente de pensamiento cabe distinguir, a su vez, dos vertientes: por un lado, aquella que hace prevalecer el aspecto sancionador sobre el indemnizatorio y, por otro lado, aquella que considera que la estructura indemnizatoria absorbe el componente sancionador. Dentro de esta segunda vertiente, propiciada por la promulgación de la LPRL, se integra MOLINA NAVARRETE («*op. cit.*», en *REDT*, núm. 79, 1996, p. 806) en los siguientes términos: «[...] el problema que plantea hoy el artículo 42.3 LPRL al intérprete es [...] la posibilidad de integrar de forma unitaria en la estructura indemnizatoria del recargo la función punitiva o, lo que es lo mismo, si la responsabilidad indemnizatoria por recargo, vista desde la perspectiva del deudor de seguridad y sujeto incumplidor, puede asumir plenamente el perfil sancionador en sentido técnico en una categoría jurídica propia y específica diferenciada de las sanciones civiles ordinarias pero sin abandonar las técnicas de derecho privado». Este autor considera que el recargo se sitúa en las nuevas tendencias del Derecho Privado en el que, siempre según el autor, emerge cada vez con mayor fuerza la categoría de las sanciones civiles indirectas que «[...] emergen como una eficaz y refinada técnica de tutela de los derechos subjetivos

En nuestra opinión, el recargo busca disuadir a los empresarios de no adoptar las medidas de seguridad e higiene en el trabajo y castigarles en caso de que incumplan este deber⁸⁹. A este propósito, no debemos olvidar la prohibición de aseguramiento⁹⁰ y el establecimiento de su cuantía en atención a la gravedad de la falta⁹¹.

En relación con la necesidad de culpa del empresario para poder condenarle al pago del recargo, debe señalarse lo siguiente. Si analizamos las prestaciones de la seguridad social desde la perspectiva del derecho civil, podríamos afirmar que la responsabilidad del empresario es, en este caso, objetiva⁹², por tanto sin necesidad de que concurra culpa. Siendo esto así, se discute si el recargo participa

e intereses legítimos de los particulares, pero también, y al mismo tiempo, como técnica de control de la efectividad de las normas jurídicas objetivas», *op. cit.* p. 810.

⁸⁹ Téngase en cuenta, además, que la posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia sobre su naturaleza jurídica es la que le confiere una naturaleza sancionadora. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L. *op. cit.*, 1992, p. 51 («La doctrina jurisprudencial, aunque es indecisoria en algunos puntos, se muestra, sin embargo, prácticamente unánime respecto al carácter eminentemente sancionador de la medida de recargo [...]»). MOLINA NAVARRETE, «*op. cit.*», *REDT*, núm 79, 1996, p. 789. Este autor, sin embargo, considera que la promulgación de la LPRL ha supuesto un cambio de rumbo. ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, 1998, p. 31. PURCALLA BONILLA, M. A., *op. cit.*, 2000, p. 41 («La jurisprudencia, por su parte, ha venido otorgando con carácter abrumadoramente mayoritario naturaleza sancionadora al recargo de prestaciones, calificándolo bien como norma de contenido “sancionador”, bien como precepto de contenido “punitivo”»), en el mismo sentido, en p. 48. Este autor señala que la naturaleza puramente indemnizatoria se mantiene por el TSJ de la Comunidad Valenciana, algunas sentencias de los TSJ de Castilla-La Mancha, País Vasco y Madrid (p. 50, nota. 129) y, en el TS, por la STS (5.ª) de 13 de enero de 1989 (RJ 1989/169), (*op. cit.* p. 45). En esta última sentencia podemos leer que el recargo «no puede ser estimado como una sanción [...] puesto que [...] tiene una finalidad compensatoria de los mayores gastos producidos por el accidente laboral, sin que dicho artículo se encuentre incluido dentro del capítulo o título que regule las sanciones, sino dentro de la acción protectora del trabajador». Además de esta sentencia, MARTÍNEZ LUCAS («Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo», en *Revista General de Derecho*, 1996, p. 3368, nota 31) cita también las de 9 de febrero de 1963 (RJ 4213) y 4 de octubre de 1982 (RJ 6101).

Afirman que es minoritaria la línea que defiende la naturaleza indemnizatoria BLASCO PELLICER y MORRO LÓPEZ («*op. cit.*», *Tribuna Social*, 1995, p. 24) quienes se adhieren a esta línea: «Puntos críticos en torno al recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad», 1995, p. 34.

Varias sentencias le confieren una naturaleza híbrida al estilo de los *punitive damages* (MOLINER TAMBORERO, G., «La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales», en *Actualidad Laboral*, 1996-2, p. 397), *vid.* SSTS de 8 de marzo de 1993 (RJ 1714), 7 de febrero de 1994 (RJ 809) o 20 de mayo de 1994 (RJ 4288).

⁹⁰ La conexión entre la posibilidad de asegurar la responsabilidad y la función de la misma ya fue puesta de relieve en su momento por PANTALEÓN, F., *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de Daños*, V. II, Tesis doctoral inédita, 1981, p. 742. También en «Comentario del artículo 1902 CC», *Comentarios del CC del Ministerio de Justicia*, V. II, 1993, p. 1971.

⁹¹ *Vid. supra.*

⁹² Díez-PICAZO, L., «La distribución social de los daños y la seguridad social», en *Liber Amicorum. Economía, empresa y trabajo: homenaje a Manuel Alonso Olea*, 2003, p. 187. Recuérdese a este propósito lo señalado en relación con el origen del recargo. *Vid. supra.*

de este carácter objetivo o si, por el contrario, exige para su imposición la culpa del empresario.

A este propósito, por un lado, se afirma que «ha de existir un previo incumplimiento de las obligaciones preventivas del empresario que siempre se habrá debido a dolo o negligencia; por tanto, si no puede imputarse a la empresa dolo o negligencia, no debe reconocerse el recargo»⁹³. Por otro lado, se defiende el carácter objetivo de la responsabilidad del empresario también para el recargo: «[...] en cuanto que para que la misma proceda no hace falta demostrar la culpabilidad empresarial, sino la simple realidad de la falta de medidas de seguridad; es cierto que el incumplimiento se habrá producido por dolo o negligencia empresarial en la aplicación de la normativa vigente, pero, puesto que no hace falta demostrar la culpa del empleador en el resultado dañoso, la responsabilidad del mismo resulta ser objetiva [...]»⁹⁴.

Esta última afirmación nos resulta muy dudosa, pues, a nuestro entender, si la culpa es omisión de deberes de conducta (impuestos por modelos sociales, o por las normas) la falta de medidas de seguridad, impuestas por ley, implica culpa. Nótese que lo que está en juego aquí es la propia noción de culpa: si entendemos que ésta consiste en la omisión de diligencia debida (conducta infractora de una regla de conducta), con independencia de la intención del sujeto en relación con la causación del daño, indudablemente en el supuesto de hecho de aplicación del recargo el agente siempre ha actuado con culpa.

B. RELACIÓN CON EL RESTO DE RESPONSABILIDADES

La individualización de la función del recargo nos plantea, inevitablemente, la siguiente cuestión: ¿cuál es su relación con el resto de responsabilidades? En otras palabras, si el recargo castiga y disuade: 1) su imposición debería implicar siempre sobre-indemnización de la víctima: ¿es esto siempre cierto?; 2) ¿entra en juego el principio non bis in ídem?

Aunque los artículos 123 TRLGSS y 42 LPRL establezcan la compatibilidad e independencia del recargo con las demás responsabilidades a las que dé lugar la omisión de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, existe un intenso debate al efecto.

⁹³ ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, 1998, p. 37, y sentencias citadas en la nota 33.

⁹⁴ MOLINER TAMBORERO, G., «*op. cit.*», en *Actualidad Laboral*, 1996-2, p. 397.

1. Recargo: ¿sobre-indemnización?

Por definición, los *punitive damages* entran en juego cuando existe responsabilidad civil (*compensatory damages*). Del mismo modo, cuando un trabajador sufre una serie de daños como consecuencia del incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo por parte del empresario, además del recargo, pueden entrar en juego otra serie de mecanismos jurídicos, como es la indemnización de daños y perjuicios.

La acumulación de los *punitive damages* con los *compensatory damages* es algo que no se pone en duda: los *punitive damages* implican, por definición, sobre-indemnización del daño. Dicha claridad se debe a que se asume el cumplimiento de funciones preventivo-sancionadoras por parte de los *punitive damages*.

En nuestro ordenamiento esta cuestión está lejos de ser clara. Buena muestra de ello es la STS (4.^a) de 2 de octubre de 2000⁹⁵ en la que el Alto Tribunal, constituido en Sala General, se dividió a la hora de resolver un recurso de casación unificadora de doctrina sobre esta materia⁹⁶.

El supuesto de hecho que dio origen al litigio era el siguiente:

Como consecuencia de un golpe de un tren transportador de carbón que maniobró sin utilizar las medidas señalizadoras pertinentes procedentes, la pierna de un trabajador quedó aprisionada entre dos tolvas. Al tener que ser amputada la pierna, fue declarada la incapacidad permanente total del trabajador.

La empresa fue condenada al pago de un recargo del 50 por 100 por infracción de medidas de seguridad y en aplicación del artículo 123 TRLGSS.

El trabajador interpuso demanda contra la empresa solicitando la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, que cifró en 37 millones de pesetas. La sentencia de instancia, tras valorar los daños sufridos, a la hora de determinar la indemnización detrajo de la valoración realizada la mejora voluntaria otorgada por la empresa, así como la cuantía que ésta tuvo que pagar en concepto de recargo. De modo que la indemnización se redujo en una cuantía de 23 millones de pesetas.

La sentencia de suplicación incrementó la indemnización en la cuantía del recargo.

La compatibilidad del recargo con la indemnización de daños y perjuicios se puede defender desde dos perspectivas: 1) afirmando

⁹⁵ RJ 2000/9673. Ponente: Excmo. Sr. Fernando Salinas Molina.

⁹⁶ Obsérvese que el voto particular lo suscribieron siete magistrados: Excmos. Sres. Aurelio Desdentado Bonete, Antonio Martín Valverde, Mariano Sanpedro Corral, Gonzalo Moliner Tamborero, Jesús Gullón Rodríguez, Arturo Fernández López y Jesús González Peña.

su carácter sancionador; 2) defendiendo su carácter indemnizatorio pero distinguiendo los daños cubiertos por una y otra vía.

La primera perspectiva es la que adoptó el TS en la sentencia citada, que declaró acumulables la indemnización de daños y perjuicios y el recargo.

La mayoría de los magistrados justificaron su decisión en la función sancionadora del precepto, que no se cumpliría en caso de detraer de la indemnización el recargo. Para la mayoría del tribunal, la finalidad del recargo consiste en impulsar coercitivamente el cumplimiento del deber empresarial de seguridad. Observan, en concreto, que podría evitarse entrar a conocer de la procedencia del recargo argumentando que ya se ha pagado la indemnización. La sentencia, de este modo, se apoya en la decisión del legislador de tratar de manera diferente dos accidentes de trabajo con idénticos daños: uno de ellos originado por una conducta empresarial infractora de medidas de seguridad, y el otro sin esa infracción. En conclusión, para la mayoría del tribunal el recargo es compatible con la indemnización de daños y perjuicios porque la finalidad del recargo no es reparar sino sancionar; por tanto, se puede acumular a la indemnización⁹⁷⁻⁹⁸.

Frente a esta posición se sitúa la línea defendida por el voto particular de la sentencia citada, que sigue las anteriores decisiones del TS en las SSTs de 2 de febrero de 1998⁹⁹ y 10 de diciembre de 1998¹⁰⁰, y que considera que se trata de un problema de coordinación de vías de resarcimiento e intenta interpretar el precepto en clave indemnizatoria. Consideran que el término «compatibilidad» utilizado por el precepto, debe ser interpretado en el sentido de acumulación de indemnizaciones con el límite del daño. Esta observación nos conduce directamente a la segunda de las perspectivas señaladas.

⁹⁷ Para GÓMEZ, LUQUE y RUIZ [«STS (4.ª) de 2 de octubre de 2000, indemnización de daños y sanciones administrativas laborales», *InDret*, octubre de 2001] la conexión entre el carácter indemnizatorio y el límite infranqueable de los daños realmente sufridos no es mecánica. Consideran estos autores que el recargo podría verse como una indemnización pero de *punitive damages* y en este caso no sería aplicable el principio non bis in ídem porque este principio sólo se aplica a las sanciones administrativas y penales. También podría verse, continúan los autores, como un mecanismo de incentivo para que el trabajador afectado aporte información, de modo que se convierte en un instrumento para la aplicación de la normativa pública sobre seguridad e higiene.

⁹⁸ MONEREO PÉREZ (*op. cit.*, 1992, p. 55), aun defendiendo una función sancionadora del precepto, considera que «el juez civil debe ponderar y tener en cuenta en vía civil (de resarcimiento integral de los daños materiales derivados del siniestro) la imposición ya efectuada del recargo a fin de modular la cuantía de la indemnización civil de reparación integral de la totalidad de los perjuicios realmente producidos, a lo cual no atiende necesariamente el importe del recargo, fijado ante todo en atención a la gravedad de la falta».

⁹⁹ RJ 1998/3250.

¹⁰⁰ RJ 1998/10501.

Esta segunda perspectiva centra su atención en los daños cubiertos. MOLINER TAMBORERO¹⁰¹ considera que en un mismo evento dañoso derivado del incumplimiento de las normas existentes en materia de seguridad, deben distinguirse dos tipos de daños: por un lado, los personales sufridos por los trabajadores de la empresa de los que habrá de responder el empresario de acuerdo con los criterios objetivos derivados de la ley de prevención de riesgos laborales y, por otro, el resto de daños sufridos por los trabajadores o por terceras personas respecto de los cuales los criterios de atribución de responsabilidad serán los establecidos con carácter general en el código civil.

En la misma línea, afirma ALFONSO MELLADO¹⁰² que recargo e indemnización son compatibles porque «aun cuando tenga naturaleza reparadora, no puede olvidarse que no cubre todos los daños producidos, sino que es un recargo que recae exclusivamente sobre la responsabilidad objetiva que sólo cubría, mediante prestaciones de seguridad social, una situación de necesidad derivada de una contingencia producida y reconocida legalmente. No se impide, pues, que puedan existir otras reparaciones que recaigan sobre otros daños. De este modo, el recargo supone sólo una sobretasación de la responsabilidad objetiva [...] pero no indemniza ni la totalidad de los daños, ni daños diferentes de los que se reparan por las prestaciones de la Seguridad Social». De modo que para este autor a la hora de establecer la cuantía del recargo no pueden deducirse ni tomar en consideración para aminorarlo las cantidades que se hayan satisfecho al trabajador por daños y perjuicios.

En nuestra opinión, la segunda de las perspectivas señaladas debe ser matizada. En primer lugar, creemos que para que la compatibilidad del recargo y de la indemnización de daños y perjuicios no conlleve sobre-indemnización, en la práctica deberían distinguirse adecuadamente las partidas indemnizatorias¹⁰³.

Nótese, por otro lado, que al considerar que la compatibilidad no sobreindemniza, se está asumiendo la infratasación de los daños por parte de las prestaciones de la seguridad social¹⁰⁴: la imposición del recargo sería, según estos autores, sobretasación, pero no sobreindemnización.

¹⁰¹ MOLINER TAMBORERO, G., «*op. cit.*», *Actualidad Laboral*, 1996-2, p. 403.

¹⁰² ALFONSO MELLADO, C. L., *op. cit.*, 1998, p. 47.

¹⁰³ La distinción adecuada de las partidas indemnizatorias ya fue reclamada en su momento por CAVANILLAS, S., «*op. cit.*», en *CCJC*, núm. 24.

¹⁰⁴ Recuérdense a este propósito las palabras de PANTALEÓN («Comentario de la STS de 6 de mayo de 1985», en *CCJC*, núm. 8): «No parece aventurado afirmar que el vigente régimen de “perfecta compatibilidad” responde a la consciencia por parte de nuestro legislador y nuestros Tribunales de Justicia de los capitales y pensiones abonados por la Seguridad Social (así como las indemnizaciones concedidas en materia de responsabilidad civil) son notoriamente insuficientes».

En definitiva, consideramos que el recargo puede llegar a constituir una suerte de *punitive damages* sobre indemnizando como tales cuando se cumplan los siguientes extremos: *a*) que el trabajador no sólo reclame la responsabilidad cubierta por la Seguridad Social sino también por otras vías, y *b*) que las prestaciones económicas de la seguridad social reparen efectivamente el daño causado.

2. Principio *non bis in idem*

La posible contradicción del régimen jurídico de los *punitive damages* con el principio *non bis in idem* se produce como consecuencia de su calificación como «sanciones», unida a su compatibilidad con otro tipo de sanciones.

Este obstáculo se intenta superar utilizando la siguiente argumentación: el principio *non bis in idem* exige que no se impongan dos sanciones con identidad de sujetos, hechos y fundamento; pues bien, los *punitive damages*, por un lado, y las sanciones públicas, por otro, no comparten el mismo fundamento.

En Estados Unidos, las alegaciones de los demandados basadas en el *double jeopardy* suelen rechazarse. En este sentido, deben distinguirse dos tipos de supuestos: en primer lugar, aquellos en los que la contradicción de la condena a *punitive damages* con este principio ni siquiera debería plantearse; se trata de aquellos casos en los que la imposición de estas indemnizaciones busca, no castigar, sino compensar daños no cubiertos por los *compensatory damages*¹⁰⁵. En segundo lugar, nos encontramos con aquellos casos en los que con los *punitive damages* se busca el castigo del demandado. Es en este tipo de supuestos en los que se apela a la distinta perspectiva sancionadora, para afirmar que el castigo derivado de la condena a *punitive damages* no es equiparable a la penal porque no se impone «on behalf of all the people», como en el caso de las sanciones penales, sino que «provides the injured party a personal monetary recovery over and above compensatory loss»¹⁰⁶.

En España, la posible contradicción del recargo con el mencionado principio, se produce, a nuestro entender, únicamente cuando éste cumple efectivamente una función sancionadora, esto es, cuando sobreindemniza. Parte de la doctrina¹⁰⁷ y de la jurisprudencia

¹⁰⁵ *Vid. supra*.

¹⁰⁶ WITTMAN v. WILSON 70 NY 2d 970 (1988).

¹⁰⁷ ALFONSO MELLADO (*op. cit.*, 1998, p. 46) observa que la compatibilidad del recargo con las sanciones administrativas y penales no es inconstitucional pues aunque se trate de una sanción, al ser su naturaleza jurídica mixta, es reparadora no retributiva y por tanto se diferencia claramente de las sanciones de carácter público.

En un sentido similar GÓMEZ, LUQUE y RUIZ: «*op. cit.*», *InDret*, octubre de 2001.

cia¹⁰⁸, intenta salvar esta posible contradicción afirmando que el «recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde la misma perspectiva de defensa social, pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores».

IV. CONCLUSIONES

A partir del estudio realizado, creemos que no es adecuado situar en el mismo plano una figura general, como son los *punitive damages*, y una concreta y específica, como es el recargo, y extraer de dicha asimilación conclusiones que se proyectan en el sistema de responsabilidad civil.

Indudablemente el recargo puede llegar a ser claramente punitivo, ahora bien:

1) Sólo cuando efectivamente llegue a sobreindemnizar lo cual, como hemos podido comprobar, no siempre sucede.

2) Aun en los supuestos en los que el recargo sobreindemniza existen dos características fundamentales que le dotan de una especificidad propia frente a los *punitive damages* en general: *a)* la determinación de la cuantía, fijada en un porcentaje concreto en el caso del recargo, sometida a una gran discrecionalidad e incluso arbitrariedad en el caso de los *punitive damages*; y *b)* el procedimiento de imposición, administrativo en el caso del recargo, civil con intervención del jurado, en el caso de los *punitive damages*.

3) No deja de tratarse de una figura propia de un ámbito muy específico, el laboral, cuya regulación responde a unas necesidades concretas y a una determinada relación jurídica, la que une al trabajador con el empresario.

El recargo es, pues, un tipo específico de *punitive damages* en dos sentidos: por el ámbito en el que se reconoce, únicamente el laboral, y por las características que lo diferencian de los *punitive damages* norteamericanos. El legislador le ha dado carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento para un caso muy concreto, el de la prevención de riesgos laborales. Y lo ha hecho dotándole de unas especificidades propias que le dotan de una seguridad jurídica mayor que la que se puede predicar de los *punitive damages* en general: por la propia tipificación, por el propio procedimiento de

¹⁰⁸ STS (4.ª) de 2 de octubre de 2000 (RJ 9673). Seguida por las SSTS (4.ª) de 14 de febrero de 2001 (RJ 2521) y 21 de febrero de 2002 (4539).

imposición y por la determinación de su cuantía. De ahí que creamos difícilmente extrapolables los rasgos punitivos del recargo a la responsabilidad civil en general.

Añádase a lo anterior que el recargo constituye una figura de difícil encaje en nuestro ordenamiento porque conviven malamente un sistema de responsabilidad con indemnización punitiva y un régimen de responsabilidad contractual¹⁰⁹. Por ello, quizás la solución más sensata sería eliminar el recargo¹¹⁰ y dotar al trabajador de una acción de responsabilidad civil contra el tercero a quien le es imputable, pero sólo por la cuantía del daño no cubierta por la Seguridad Social, que se subrogaría en dicha acción por la suma abonada por aquella¹¹¹; en caso de ser el causante del daño el empresario habría que estudiar la posibilidad de que la Seguridad Social también pudiera repetir frente a él.

En síntesis, a nuestro entender la defensa de un reconocimiento implícito de los *punitive damages* basada en una figura como el recargo adolece de defectos por dos razones: primero, porque carece de precisión y parece excesivo extrapolar el carácter punitivo del recargo al sistema de responsabilidad civil y, segundo, porque es una figura de difícil encaje en nuestro ordenamiento.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de la Seguridad Social*, ed. Tecnos, 1991.
- ALFONSO MELLADO, C. L., *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, ed. Tirant lo Blanch, 1998.
- APARICIO TOVAR: «Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo», *REDT*, núm. 49, 1991, pp. 705 a 748.
- BARBANCHO TOVILLAS y GARCÍA VIÑA, «Últimos criterios jurisprudenciales sobre el recargo de las prestaciones por accidentes de trabajo», *Tribuna Social*, 1995, núm. 60, pp. 41 a 53.

¹⁰⁹ Conviene recordar a este propósito las palabras de DESDENTADO y DE LA PUEBLA: «[...] se ponga donde se ponga, junto a las indemnizaciones, para cumplir con ellas una función reparadora, o junto a las sanciones, para atender a la misma finalidad preventiva y punitiva, el recargo perturba y descompensa el sistema de responsabilidades previstas legalmente y se manifiesta como una institución difícilmente coordinable con los restantes mecanismos sancionadores y reparadores previstos por la ley», «Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones», *Cien años de seguridad social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, 2000.

¹¹⁰ Recientemente, ha defendido también su eliminación DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Los riesgos laborales*, 2007, p. 96.

¹¹¹ Vid. PANTALEÓN: «Comentario STS 6 de mayo de 1985», en *CCJC*, 1985 en alusión al ordenamiento alemán.

- BEHR, V., «Punitive damages in american and german law. Tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts», *78 Chi.-Kent L. Rev.* 105.
- BLASCO PELLICER y MORRO LÓPEZ, «Puntos críticos en torno al recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Reflexiones en torno a la incidencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Tribuna Social*, 1995, núm. 60, pp. 34 a 40.
- BLATT, R. L., HAMMESFAHR, W., NUGENT, L. S., *Punitive damages. A State-by-State Guide to Law and Practice*, 1991.
- CABRASER, E. J., «Unfinished business: reaching the due process limits of punitive damages in tobacco litigation through unitary classwide adjudication», *36 Wake Forest L. Rev.* 979, 1028 (2001).
- CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO, *El recargo de prestaciones. Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable*, ed. Bomarzo, 2005.
- CAVANILLAS, S., «Comentario a la STS de 30 de octubre de 1990», *CCJC*, núm. 24.
- CORONGIU, S., *Punitive damages awards in the US Judicial experience and their recognition in Italy*, Urbino, 2004, (Tesis inédita).
- DESSENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones», *Cien años de seguridad social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1990*, ed. Fraternidad Muprespa, Madrid 2000.
- DÍEZ-PICAZO, L., «La distribución social de los daños y la seguridad social», *Liber Amicorum. Economía, empresa y trabajo: homenaje a Manuel Alonso Olea*, ed. Thomson-Civitas, 2003.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *Los riesgos laborales. Doctrina y jurisprudencia civil*, ed. Thomson-Civitas, 2007.
- DOBBS, D., *The Law of Torts*, 2000.
- *Law of Remedies*, 1993.
- DORSEY, D. E., «Fairness and efficiency in the Law of punitive damages», *56 S. Calif. L. Rev.* 1, 12, n. 44 (1982).
- DURÉNDEZ SÁEZ, «El recargo de prestaciones», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 108/2001, pp. 853 a 876.
- EISENBERG, T., «Damage awards in perspective: behind the headline-grabbing awards in Exxon Valdez and Engle», *36 Wake Forest L. Rev.* 1129 (2001).
- EISENBERG, T.; GOERDT, J.; OSTROM, B.; ROTTMAN, D.; WELLS, M. T., «The predictability of punitive damages», *26 Journal of Legal Studies* 623 (1997).
- GARCÍA RUBIO, M. P.; LETE ACHIRICA, J. y GÓMEZ, F. y REGUEIRO, C., «The impact of social security law on tort law in Spain», *Torts and Insurance Law*, v. 3, U. Magnus, 2004.
- GÓMEZ, F.; LUQUE, M. y RUIZ, J. A., «STS (4.ª) de 2 de octubre de 2000, indemnización de daños y sanciones administrativas laborales», *Indret*, octubre de 2001.
- KEITH, N. H., «Punitive damages and the economic theory of penalties», *87 Geo. L.J.* (1998).
- LAW COMMISSION (UK), «The Law Commission. Item 2 of the Sixth Programme of Law Reforms: damages aggravated, exemplary and restitutionary damages».
- MARTÍNEZ LUCAS, J. A., «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo», *Revista General de Derecho*, 1996, pp. 3355 a 3384.
- «La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal», *Criterios jurisprudenciales*, 1996.

- MESULAM, S., «Collective rewards and limited punishment: solving the punitive damages dilemma class», 104 *Colum. L. Rev.* (2004) 1114.
- MILLÁN VILLANUEVA, «Vicisitudes jurídicas del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional», VV.AA. *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla 1991.
- MOLINA NAVARRETE, «Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas de prevención de riesgos: la nueva “modernidad” de una institución jurídica clásica», *REDT*, núm 79, 1996, pp. 787 a 828.
- MOLINER TAMBORERO, G., «La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral*, 1996-2, pp. 393 a 412.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, ed. Civitas, 1992.
- MONTOYA MELGAR, «Sanción e indemnización: el recargo de las indemnizaciones por accidente de trabajo», AA.VV., *Homenaje al Profesor Jiménez Fernández*, V. II, 1967.
- MURPHY, R., «Superbifurcation: making room for State prosecution in the Punitive damages process», 76 *N.C.L. Rev.* 463, 537 (1998).
- OWEN, D., «A punitive damages overview: functions, problems and reform», 39 *Vill. L. Rev.* 363, 368 (1994).
- «The moral foundations of punitive damages», 40 *Ala. L. Rev.* 705 (1988-89).
- PANTALEÓN, F., «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las administraciones públicas)», *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor López Cabana*, 2001.
- «Comentario STS 6 de mayo de 1985», en *CCJC*, 1985.
- «Comentario del artículo 1902 CC», *Comentarios del CC del Ministerio de Justicia*, V. II, 1993.
- *Del concepto de Daño. Hacia una teoría general del Derecho de Daños*, V. II, Tesis doctoral inédita, 1981.
- POLLOCK, F. y MAITLAND, F., *The History of the English Law*, 1822.
- PROSSER AND KEETON, *On The Law of Torts*, 1984.
- PURCALLA BONILLA, M. A., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*, ed. Comares, 2000.
- REDISH, M. y MATHEWS, A., «Why punitive damages are unconstitutional?», 53 *Emory L.J.* 1.
- REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de responsabilidad civil*, ed. Aranzadi, 2002.
- REQUEJO ISIDRO, M., «Reconocimiento en España de sentencias extranjeras condenando al pago de punitive damages», *Iniuria*, núm. 6, 1995.
- ROCA, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Tirant lo Blanch, 2003.
- «Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño», *ADC*, 2004, III, pp. 901 a 928.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Punitive damages y orden público ¿comunitario?», *Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, T. II.
- RUSTAD, M. L., «Unraveling punitive damages: current data and further inquiry», 15 *Wisconsin Law Review*, 1998.
- SALVADOR CODERCH, P., y CASTIÑEIRA PALOU, M.^a T., *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, 1997.
- «Tres dualidades básicas: indemnizaciones y sanciones; common law y civil law; punitive damages y multiple damages», *AFDUAM*, 2000.

- «Punitive damages and continental Law», *ZEuP*, 3/2001, pp. 604 a 616.
- «Punitive damages», *InDret* 10/99.
- SHARKEY, C. M., «Punitive damages as societal damages», 103 *Yale L.J.* 2004.
- SHAVELL, S. y POLINSKY, M., «Punitive damages: an economic analysis», 11 *Harv. L. Rev.* 869.
- SUNSTEIN, C. R., KAHNEMANN, D., y SCHKADE, D., «Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in Law)», 107 *Yale L. J.* (1998) 2071.
- VISCUSI, K., «The challenge of punitive damages mathematics», *Discussion paper* n. 307 12/2000, p. 38. Harvard Law School. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin-center>.
- WHEELER, M., «A proposal for further common law development of the use of punitive damages in modern product liability litigation», 40 *Ala. L. Rev.* 919 (1989).

Antecedentes históricos de la responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz, y la de sus guardadores (estudio comparativo de su criterio de imputación)

MARÍA DOLORES CASAS PLANES

Profesora Derecho Civil
Universidad de Jaén

RESUMEN

Es notorio que el Derecho asimila la realidad del menor de edad con la del incapaz, al igual que la de sus guardadores; afectando dicha semejanza, entre otras materias, en lo que a la regulación de la responsabilidad civil de los guardadores del menor de edad y del incapaz se refiere (art. 1903 CC). De tal modo que el objeto de este estudio ha sido indagar en los antecedentes históricos de dicha responsabilidad, al igual que en los de la responsabilidad civil por hecho propio del menor de edad y del incapaz, con la finalidad de intentar averiguar si la asimilación apuntada encuentra parangón en sus precedentes legales, o si ha sido, quizás, fruto del afán sistematizador que caracteriza al jurista; así como entender mejor dicha institución al abordarla en su devenir histórico.

Y adoptando al criterio de imputación como elemento guía del análisis comparativo entre dichas responsabilidades, se puede concluir que, hasta la regulación conjunta en la época codificadora de las responsabilidades civiles apuntadas, había existido en España una desconexión más o menos constante entre la regulación de la responsabilidad del paterfamilias (objetiva), y la del guardador del incapaz (subjetiva o por culpa por no haberle vigilado/«encerrado»); en coherencia quizás con la que, de igual modo, existía respecto a la responsabilidad civil subjetiva del menor de edad no infante e imputable, frente a la irresponsabilidad civil del incapaz (de todo incapaz); prejuicio, este último, injusto y que ha heredado nuestro legislador y sociedad actual.

SUMARIO: I. *Justificación del trabajo.*—II. *Del Derecho romano al Derecho común:* 1. Presupuesto: el sentido del término culpa en esta etapa: A. Teorías acerca de su significado. B. Condicionantes de la interpretación de la culpa como criterio de imputación. 2. En el Derecho romano: la responsabilidad civil objetiva del paterfamilias frente a la ausencia de responsabilidad del guardador del incapaz. 3. En el Derecho medieval: A. Nacimiento de la responsabilidad civil de los familiares del incapaz. B. Cambios en la responsabilidad civil del padre del menor. C. A modo de resumen comparativo.—III. *Del Derecho natural a la etapa de las Codificaciones:* 1. Precedentes de la Codificación penal: A. La responsabilidad civil de los padres del menor y de los guardadores del incapaz. B. La responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz. C. A modo de resumen comparativo. 2. Precedentes de la Codificación civil: especial referencia al Proyecto isabelino de 1851, y a la influencia francesa: A. La responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz. B. La responsabilidad civil de los padres del menor, y de los guardadores del incapaz. C. A modo de resumen.—IV. *El CC de 1889.*

I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

Es notorio que el Derecho asimila la realidad del menor de edad con la del incapaz, y también en cierta medida la de sus guardadores, afectando dicha semejanza, entre otras materias, en lo que a la regulación jurídica de la responsabilidad civil se refiere; no sabiendo si es por comodidad o por ignorancia que el legislador contemporáneo piense, se preocupe y legisle para el menor de edad, y después como si fuera un incapaz-tipo traslade los criterios resultantes a todo el resto de discapacidades¹.

De tal modo, que en lo que a este breve estudio se refiere, su objeto es indagar en los antecedentes históricos de la responsabilidad civil por hecho propio del menor de edad y del incapaz, y en la de sus guardadores, utilizando al criterio de imputación, uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, como elemento guía de un análisis comparativo entre: por un lado, la responsabilidad civil por hecho propio del menor de edad frente a la del incapaz; y por otro, la responsabilidad civil del guardador del menor de edad frente al del incapaz; si bien, como se infiere del título, ceñimos dicho análisis a la regulación jurídica fruto de las diferentes etapas históricas que han precedido a la publicación de nuestro CC. Y dicho estudio

¹ Vid. GRACIA MARTÍN, L./BALDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBÓN, M. C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de las penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada de delito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 351. No se puede situar siempre y a un mismo nivel, como hasta ahora ha hecho nuestro legislador penal, a quien sufre una anomalía o alteración psíquica, una intoxicación plena o un síndrome de abstinencia y al menor.

lo acometemos con la finalidad de intentar averiguar si la asimilación a la que nos hemos referido encuentra parangón en sus precedentes legales, o si ha sido, quizás, fruto del afán sistematizador que caracteriza al jurista; y utilizando para ello uno de los elementos hermenéuticos que recoge el artículo 3 CC para la interpretación de las normas jurídicas.

Y dado que el criterio de imputación lo asumimos como elemento clave de este estudio, y sólo como sucinta referencia a su significado y función en la responsabilidad civil, señalar que entendemos más adecuado, tal y como ya parece constituir doctrina pacífica, calificar a la culpa y al riesgo de criterios de imputación de la responsabilidad civil, pues se revelan múltiples los criterios o las *razones de justicia* de las que se vale el legislador para proceder a la imputación de los actos dañosos a un sujeto determinado, y calificar de fundamento o de *ratio* al daño porque es el elemento aglutinador o común a los diferentes supuestos de responsabilidad civil, en coherencia con la fórmula abreviada que usan los alemanes «*daño génesis de la responsabilidad civil*»². Ahora bien, si el fundamento de la responsabilidad civil es el daño, compartimos la opinión de Bonet Ramón en el sentido de que el juicio de responsabilidad civil (el análisis de sus presupuestos: acción/omisión; anti-juridicidad; daño; relación de causalidad y criterio de imputación) es, a su vez, condición de la relevancia jurídica del evento dañoso, es decir, de su calificativo como ilícito, y presupuesto para su vinculación a un sujeto determinado³. Si bien no hay que ignorar que la elección de un determinado criterio de imputación por nuestro legislador implica y ha implicado siempre una toma de posición a favor de unos determinados valores jurídicos, pues la responsabilidad civil es un concepto jurídico indeterminado, al basarse en el principio *alterum non laedere* que informa todo el Ordenamiento jurídico, de tal modo que dicha indeterminación va a hacer que la misma dependa directamente del conjunto de valores jurídicos de cualquier sociedad.

En definitiva, estamos convencidos, parafraseando a Ascarelli, que ninguna cuestión jurídica puede entenderse si no es en su devenir, en su perspectiva histórica, pues las instituciones jurídicas, cuyas normas jurídicas reguladoras leemos hoy, tienen sentido en cuanto son el punto de llegada de la solución de un problema, que

² DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la 2.^a edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, ed. Bosch, Barcelona, 1969, p. 27. Y, en sentido parecido, BONET RAMÓN, F., «Responsabilidad legal (estricta)», *RGLJ*, Doctrina, t. 251, jul-dic, 1981, p. 430.

³ Ref. RODOTÁ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 78, en BONET RAMÓN, F., «Responsabilidad legal (estricta)», *ob. cit.*, np. 24, p. 437.

se planteó anteriormente, y para el que ofrecen una solución abierta a las aportaciones de las experiencias futuras⁴; y máxime en materia de responsabilidad civil, cuyo significado, y por ende de la culpa, es un claro exponente de la aprehensión a los cambios históricos y sociales que sufren los conceptos jurídicos. Y si la debida interpretación de los criterios de imputación que establecen los artículos 1902 y 1903 CC ha de tener en cuenta sus antecedentes históricos, es claro, por un lado, que el texto medieval de Las Partidas son la reproducción del Derecho romano casuístico, evolución que estudiaremos en el apartado II y que, en materia de delitos y cuasidelitos, la doctrina civil y penal han ido tan estrechamente unidas que sólo puede ser causa de confusión el no tener presentes los preceptos penales reguladores de la responsabilidad civil, lo que será objeto de estudio en el apartado III.1. Y, por otro, que no hemos de olvidar el precedente inmediato de los preceptos civiles mencionados en el Proyecto isabelino del CC de 1851, y en su ascendencia francesa, que estudiaremos en el último apartado III.2.

II. DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO COMÚN

1. PRESUPUESTO: EL SENTIDO DEL TÉRMINO CULPA EN ESTA ETAPA

En virtud del dato histórico de que la reparación aparece considerada como una pena en los primeros tiempos en que la responsabilidad civil y penal estaban unidas, se puede afirmar que en los sistemas primitivos y en el Derecho romano antiguo la regla general era la responsabilidad objetiva, y, por tanto, se admitía la responsabilidad civil de los infantes y de los enajenados⁵. Aunque, matiza Arangio Ruiz, en la responsabilidad contractual la culpa ya estaba presente en los sistemas primitivos, en el sentido de que se

⁴ ASCARELLI, «Norma giuridica e realtà sociale», en *Problemi giuridici*, I, Milán, 1959, p. 74.

⁵ Ref. BOYER, *Cours de droit romain*, 2e année, Toulouse, 1951-1952, en Gazzaniga, J. L., «Notes sur l'histoire de la faute?», *Dr. Rev. franç. théor. jur.*, ed. PUF, 1re éd, 1987, np. 3, p. 19. En el origen, el Derecho romano no conocía más que el delito, y el delito privado se redimía con la venganza; de modo que el derecho de vengarse aparecía como una especie de derecho real de la víctima sobre la persona del culpable. Después, para limitar los efectos de tales acciones, se recurrió al talión que dulcificó en cierta manera el tema, y después a composiciones pecuniarias que son el resultado de convenciones entre las partes pero impuestas por el Estado. Entonces, en los primeros elementos del Derecho romano no es posible intuir ningún elemento subjetivo, sino sólo la reparación de un daño, al igual que se constataba en todas las civilizaciones antiguas. En el mismo sentido, IHÉRING, R. V., *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, t. I, De la faute en Droit privé, trad. O. De Meulevaere, París, 1880, pp. 4-5.

respondía por culpa en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, aunque fuera de dichos supuestos el criterio de imputación era el objetivo, ya que bastaba con considerar responsable al causante del daño por el hecho objetivo del nexo de causalidad entre éste y la conducta del sujeto⁶.

Si en el campo de la responsabilidad extracontractual es un dato pacífico que la culpa se afirma por primera vez en la época clásica del Derecho romano⁷, es preciso matizar que, a nuestro juicio, existen dos teorías distintas acerca del sentido que tenía la culpa en este período histórico⁸; lo que va a ser una constante a lo largo de nuestra historia jurídica, pues se dice que, en todos los órdenes de investigación, ciertas ideas esenciales se resisten a la definición, y la culpa es una de ellas, al ser una noción esquiva y difícil de encajar en una fórmula:

A. Teorías acerca de su significado

La primera teoría, por la influencia de la nueva concepción de la realidad de la Grecia clásica en la cultura romana clásica⁹, defiende que fue un logro de la primera jurisprudencia clásica el haber fijado el sentido técnico de culpa en la responsabilidad civil extracontractual, esto es, en el sentido psicológico de negligencia o

⁶ Ref. ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in Diritto romano (ristampa delle seconda edizione)*, Nápoles, 1958, pp. 225 y ss, en JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 44.

⁷ IHÉRING, R.V., *ob. cit.*, p. 25. Y para una visión de la división tradicional del estudio del Derecho romano, *vid. ref.* KASER, M., *Derecho Romano Privado*, traducido de la 5.ª edición alemana por José Santacruz Tejeiro, ed. Reus, 1968, pp. 5-8; D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, pp. 8-12; IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 6.ª edición, Ariel, Barcelona, 1972, p. 41, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *La guarda del enfermo mental: Deberes y responsabilidades*, tesis doctoral, Córdoba, 2002, np. 13, p. 23 (publicada en ed. Dykinson, Madrid, 2004, si bien las referencias que haremos a lo largo de este trabajo se refieren a la tesis doctoral) que afirma que la división tradicional comprende tres fases: 1.ª) Una primera representada por el *ius civile*, elaborado por la jurisprudencia de los Pontífices y cuyo Derecho positivo se recoge en las XII Tablas que podríamos denominar preclásica. 2.ª) Una segunda o clásica caracterizada por la elaboración legislativa que, partiendo de las antiguas bases, trata de adaptarlas a las finalidades de una sociedad más vasta y compleja. 3.ª) Y la última fase o etapa postclásica se desarrolla a partir de la concesión por Caracalla de la ciudadanía romana a todos los súbditos del imperio y tiene lugar en pueblos distintos a aquéllos en que había florecido hasta entonces. La Compilación de Justiniano representa esta última etapa.

⁸ Pues hay que tener en cuenta que, «la historia del concepto de culpa en el Derecho romano constituye una de las materias más controvertidas en la doctrina romanística más reciente» –*vid.* TALAMANCA, M., Voz: «Colpa civile (storia)», en *Enc.Dir.*, t. VII, ed. Giuffrè, Milano, 1969, p. 517.

⁹ Ref. KUEBLER, B., «Les degrés de faute dans les systèmes juridiques de l'antiquité» (Trad. al francés de H. Mankiewicz), en *Introduction a l'étude du droit comparé*, t. I, ed. LGDJ, París, 1938, pp. 175-179, en PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, ed. Comares, Granada, 2002, np. 9, p. 11.

descuido; incluso que la culpa extracontractual fue la antecesora de la contractual. En concreto, defienden que la culpa tenía en esta época el significado de criterio de imputación, al igual que lo era el dolo, argumentando que, para que existiera la responsabilidad civil no era suficiente con que concurriera la *iniuria* y el *damnum*, sino que, además, aquélla debía desplegarse en dos vertientes: la objetiva, por cuanto el daño causado debía ser contrario a derecho, y la subjetiva, en el sentido de que ese daño tenía que haberse causado mediando la culpa del agente, como criterio moral del comportamiento. En tal momento la *iniuria* es asimilada a la culpa, oponiéndose, tanto al dolo que supone intención de dañar, como al *casus* o caso fortuito y fuerza mayor¹⁰.

A tenor de lo expuesto, esta corriente entiende que en la época clásica del Derecho romano la culpa es la falta que puede derivar de simple negligencia, en el sentido psicológico de no haber empleado aquella tensión de las facultades mentales que habían permitido prever el daño. En consecuencia, el enajenado como el niño de escasa edad son declarados irresponsables al no incurrir en culpabilidad como presupuesto básico de la responsabilidad civil¹¹.

Por el contrario, *una segunda teoría*, que hacemos nuestra, defiende que en el Derecho romano clásico la culpa no tenía un sentido subjetivo, de modo absoluto, e incluso tampoco, en el período postclásico, como vamos a intentar exponer en lo que sigue. Es constatable que las figuras concretas del Derecho romano, a partir de las que se desarrolló la jurisprudencia posterior en lo relativo a las obligaciones *ex delicto*, además del *furtum* y la *rapiña*, fueron, por un lado, la *iniura* o daño inferido injustamente a las personas, lesiones físicas o al honor, que requería para su aplicación una ofensa intencionada a la personalidad de otro¹². Y, por otro, el *damnum iniura datum* en relación a cosas ajenas regulado

¹⁰ Entre los defensores de esta teoría, *vid.* LÓPEZ JAOISTE, J. J., «El principio de responsabilidad civil, reflejo en la historia», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, IV, Derecho civil y Derecho público, ed. Civitas, 1996, p. 4296. En el mismo sentido, *ref.* ROSSI MASELLA, B. E., *La Lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el Derecho romano y su proyección en el Derecho civil uruguayo*, Montevideo, 1951, p. 303, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, ed. Dykinson, Madrid, 2001, np. 9, p. 36; y GAZZANIGA, J. L., *ob. cit.*, pp. 20-21.

¹¹ Esta teoría exigía, como primer requisito necesario para ser culpable, la capacidad de culpa (*capacitas iniuriae*) del autor del acto dañoso, lo que implicaba la exclusión de la responsabilidad de aquél que «*suae mentis non sit*», es decir, en el Derecho romano, sólo el que puede discernir acerca de la *iniura* de un acto es capaz de cometer acciones culpables –*Vid.* PEÑA LÓPEZ, F., *ob. cit.*, p. 16.

¹² D. 47, 10, 15, 16; y D. 47, 10, 1, 1 y 2. Se extendió desde la lesión corporal al agravio moral que comete *qui turpibus verbis utitur* a los ataques al honor, la reputación al honor o el pudor.

en la *Lex Aquilia*¹³, cuya *actio legis Aquiliae* exigía meramente tres requisitos: haber causado el perjuicio injustamente, contra *ius*; tener por causa un hecho y no una abstención; y que haya sido alcanzado directamente en la cosa. Eran los primeros fundamentos de un derecho nuevo¹⁴. Y precisamente, el requisito de que se causara el daño «contra derecho» fue el que permitió el desarrollo relevante de la acción regulada en la *Lex Aquilia*, llegando a admitir los daños causados no estrictamente por la propia mano, sino también por omisión, como los no sufridos en la rigurosa materialidad corporal¹⁵. Incluso se puede decir que esta acción fue el precedente de nuestra responsabilidad por culpa, merced a la *interpretatio* que recogió la glosa y la práctica ulterior hasta constituir la más significativa línea de continuidad con las modernas Codificaciones¹⁶.

Sobre la base del postulado expuesto, y del hecho de que la *Lex Aquilia* perteneciera a la época material del derecho del hombre que se limitaba a reaccionar contra el mal sufrido, sin preocuparse de si había culpa o no en sentido técnico, se deduce con Ihëring que la culpa en esta época sólo significaba que el principio de la causalidad se encontraba atemperado por la noción nueva de ilícito, es decir, contrario a la regla objetiva de derecho¹⁷.

En concreto, y a nuestro juicio, tanto en el período preclásico como en el período clásico romano la culpa no es un criterio de

¹³ RIPERT, G./BOULANGER, J., *Traité de Droit civile, (d'après le traité de Planiol)*, t. II, Obligations, ed. LGDJ, 1957, np.1, p. 327. La *Lex Aquilia* es un plebiscito que se habría votado en el 287 AC cuando la secesión de la plebe para dar satisfacción a los ciudadanos que sufrían los daños causados por los patricios.

¹⁴ D'ORS, A., «Génesis del sistema romano de las obligaciones», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, pp. 549 ss y, MACQUERON, J., *Histoire des obligations. Le droit romain*, Aix-Provence, 1971, p. 307. La ley Aquilia contiene tres capítulos, correspondientes a tres situaciones particulares: el ciudadano que mata a un esclavo o a un cuadrúpedo que vive en manada; el estipulante accesorio que condona la deuda al deudor en fraude de los derechos del acreedor; y el daño causado a un bien que pertenece a un ciudadano. Pues bien, el tercer capítulo es el que ha suscitado las mayores dificultades de interpretación, aunque la correcta es la antigua: «Si alguien causa un daño a otro, que sea condenado a entregar al propietario una suma de *airain* equivalente al valor del daño valorado en los treinta días siguientes.»

¹⁵ Ref. ALBANESSE., *Studi sulla legge Aquilia*, Palermo, 1950, pp. 12 ss; y SCHIPANI., *Responsabilità ex lege Aquilia*, Torino, 1969, pp. 410 ss, en LÓPEZ JAOISTE, J. J., «El principio de responsabilidad civil...», *ob. cit.*, np. 12, p. 4925. En el mismo sentido, ref. MACQUERON, J., «Le rôle de la jurisprudence dans la création des actions en extension de la loi Aquilia», en *Études d'histoire du droit dédiées à M. A. Dumas*, Aix-Provence, 1950, pp. 193-212, en GAZZANIGA, J. L., *ob. cit.*, np. 7, p. 20, que nos explica que por la acción del pretor y de la jurisprudencia, a lo largo de la época clásica y del Bajo Imperio, transformaron poco a poco los casos particulares en un principio general al extender su aplicación a los peregrinos y no sólo a los propietarios de las cosas dañadas.

¹⁶ LÓPEZ JAOISTE, J. J., *ob. cit.*, p. 4928. Aunque diferimos de sus conclusiones.

¹⁷ Ref. IHËRING, R.V., «*Pliniaux: Discours sur la culpa aquilienne dans les Annales de l'Université de Paris*», 1928, en STARCK, B., *Essai d'une théorie général de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, París, 1947, p. 59.

imputación, sino que, antes al contrario, su concepto se tiñe de cierta ambigüedad, ya que se caracteriza por superponerse a otros dos conceptos: el de causalidad y el de la ilicitud. Y esto en razón de que los sustentadores de esta segunda teoría entienden a la culpa como la causa de un detrimento sufrido por el sujeto en cuestión; e incluso, como ilicitud, pues, como nos explica Arangio Ruiz, la palabra culpa se usaba en relación al ilícito civil, pero no para expresar una forma particular del mismo, sino para indicar en general la acción antijurídica¹⁸. Más allá, hay doctrina que defiende que en la responsabilidad contractual del Derecho romano clásico la culpa en sentido técnico tampoco era un criterio de imputación, reduciéndose éstos, según Betti, a los tres siguientes: 1) la responsabilidad objetiva por custodia; 2) una responsabilidad en la que el criterio de imputación se determina por la naturaleza típica de la relación obligatoria, esto es, se respondía del daño derivante de causas internas a su esfera de control, y, 3) la responsabilidad en las relaciones en las que tenía vigencia el principio de la buena fe, distinguiendo dentro de este último grupo, por un lado, las relaciones que daban lugar a acciones infamantes basadas sobre el elemento de la fiducia personal –tutela, mandato, depósito–, por lo que el deudor sólo respondía por dolo o *fraus* como violación del deber de fiducia cuyo criterio determinante que lo juzga no es la habilidad técnica, sino la lealtad; y, por otro lado, las que no daban lugar a dichas acciones infamantes¹⁹.

En conclusión, y retomando la responsabilidad extracontractual, la culpa técnica que aparece en la *Lex Aquilia* no es la negligencia actual, último estadio de la evolución, sino la exigencia mínima para atribuir a un sujeto las condiciones dañosas de un hecho, y no imputar a un acto humano los hechos de la naturaleza. Era una utilización de la culpa más aparente que real, y un sistema en que prevalece el nexo causal sobre la conducta del sujeto. Y esta afirmación la basamos en tres razones esenciales: 1.^a En primer lugar, el que la imprudencia como criterio de imputación fuera una noción poco conocida, merced a que ésta supone un estadio social evolucionado, una vida pública de cierta densidad, e implica un espíritu de solidaridad entre los miembros de las sociedades, traduciendo por el deber de tomar las medidas necesarias para evitar dañar a los otros por su actividad. Cuando, por el contrario, la época

¹⁸ ARANGIO RUIZ, V., *Instituzioni di Diritto romano*, ed. Jovene, Napoli, 1968, pp. 381 ss. En el mismo sentido, vid. ref. GIRAD., *Manuel élémentaire e droit romain*, 1re éd., París, 1895; MC. CORMACK, G., «Aquilian Studies», *Studia et documenta historiae et iuris*, t. XLI, 1975, pp. 1-78, en GAZZANIGA, J. L., *ob. cit.*, np. 3, p. 19.

¹⁹ Ref. BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1953, p. 49, en JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, *ob. cit.*, np. 54, p. 44.

de la que tratamos se caracterizaba por la ausencia de la vida pública y por organizarse en torno al clan de la familia. 2.^a En segundo lugar, la prevalencia en la casuística romana de la investigación causal sobre la de la negligencia e imprudencia, como lo demuestra la propia noción de *culpa levissima*, que revela que el jurista excluye que se pueda discutir en el campo de dicha ley aquellas cuestiones que en el terreno de la culpa en sentido técnico serían fundamentales²⁰. 3.^a Y, por último, el dato de que la distinción que, desde la época de las XII Tablas estaba clara y consagrada legalmente, era la que se cifraba en el binomio daño voluntario-daño fortuito, pero no la de culpa como falta de prudencia, que no era autónoma del dolo en aquella época²¹. Esta idea lo corrobora el dato de que cuando, de modo excepcional y para casos específicos, se sentía la necesidad de garantizar a los miembros de la sociedad contra las consecuencias de los daños de la simple imprudencia, por ejemplo, en los supuestos de incendio por imprudencia o de daños por un animal que se sustrajo a la vigilancia de su amo²², dichas excepciones se amparaban en el vocablo de caso fortuito que comprendía a menudo la culpa involuntaria en oposición al dolo, y, otras veces, a los supuestos de fuerza mayor, como los actos de los «alienados»²³.

B. Condicionantes de la interpretación de la culpa como criterio de imputación

En virtud de lo manifestado hasta ahora, la primera teoría expuesta, al afirmar que la culpa en el Derecho romano era un criterio de imputación en el sentido técnico de negligencia, acomete una interpretación extensiva de dicho término, cuanto menos criti-

²⁰ ARANGIO RUIZ, V., *Instituzioni di Diritto romano*, ob. cit., p. 384; y *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*, ed. Jovene, Napoli, 1958, pp. 233-234, que sostiene que se le ha dado a la expresión *levissima culpa* una importancia excesiva y que, en realidad, como todas aquellas cuestiones que han sido abordadas por los romanistas acerca del grado de culpa, no era merecedora del trabajo que costó, aparte de que, aunque se llegase a la conclusión de que se debe superar la diligencia del buen padre de familia, sería difícil establecer donde finaliza esta exigencia y se podría comenzar a exigir la otra. En definitiva, este autor la considera una elaboración de los juristas postclásicos, con un cierto valor enfático, que no sirve para determinar el contenido de la culpa tal y como se entendía en la época clásica.

²¹ Ref. MOMMSEN, *Droit pénal des Romains (trad. Dusquesne)*, I, 99, en Starck, B., ob. cit., np. 24, p. 60.

²² Ref. GAIUS, I, 4, ad. XII, Tab; D. 47, 9, 9; y PLINIAUX, «L'action de pastu», *Mélanges Cornil*, 1926, t. II, p. 247, en STARCK., B., ob. cit., p. 63.

²³ Ref. ULPIANO, L. 5, § 2, en STARCK, B., ob. cit., np. 39, p. 67. La responsabilidad aquiliana estaba excluida en el caso de daños causados por los alineados, pues el accidente provocado por un loco se asimilaba al que provocaba un suceso de fuerza mayor, por ejemplo, una teja que se cae por la acción de un viento fuerte.

cable y en virtud, a nuestro entender, de dos condicionantes históricos:

1.º En concreto, la confusión sobre el significado del concepto culpa vino propiciada, en un primer momento, de la mano de los intérpretes de la *Lex Aquilia* en la época postclásica, que determinaron que lo que se requería para apreciar el delito del daño era, simplemente, la negligencia del autor, frente al principio general del dolo en los delitos. Y para ello se adoptó el término que habría de obtener fortuna, «culpa»; si bien, nunca una palabra ha recibido tantas interpolaciones como ésta²⁴. Así, al no haberse dado cuenta de tal acepción clásica, los bizantinos en la época del Derecho romano postclásico interpolaron a la culpa, erróneamente, como criterio de responsabilidad, y colocaron la palabra dolo al lado de culpa²⁵. Y las causas que coadyuvaron a tal resultado las podemos resumir en dos: por un lado, la doble necesidad que tenía la doctrina postclásica de buscar un único principio ordenador, frente al sistema clásico romano de acciones que propiciaba una despreocupación por una sistematización orgánica; así como de moralizar la responsabilidad, quizás por influencia de los Padres de la Iglesia y la filosofía greco-helenística o greco-latina. Y, por otro, el hecho de que los bizantinos empezaron a valorar jurídicamente la «voluntad humana» como algo externo al acto, y, por tanto, en sí misma, frente a los clásicos a los que importaba la claridad de la situación jurídica objetiva en la que la voluntad se plasma enteramente²⁶.

En definitiva, en la época del Derecho romano postclásico se intentó una sistematización de un material heterogéneo en torno a la idea de culpa, como imprudencia, en su aspecto subjetivo o de voluntad; y así aparece la trílogía *dolus-culpa-casus*, que según la doctrina mayoritaria obedece, sobre todo, a una moralización del Derecho. Se interpreta a la culpa como «la omisión de la diligencia

²⁴ D'ORS, A., *Elementos de Derecho privado romano*, Pamplona, 3.ª ed., p. 368.

²⁵ Ref. BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1953, p. 49, en JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, *ob. cit.*, np. 54, p. 44. Incluso, respecto a la responsabilidad contractual en el Derecho romano postclásico, se llega a un concepto elástico de dolo que explica que la diligencia no tuviera un significado de culpa, sino de actividad positiva como aplicación de una concreta exigencia de *bona fides*, que impone no sólo la abstención de conductas lesivas (D. 16,3,1 que se refiere a la no restitución de la contraprestación por la enajenación de la cosa depositada, hecho por el heredero del depositario en la ignorancia de la ajenidad de las cosas), sino la realización de ciertas actividades positivas cuya omisión genera responsabilidad por dolo (por ejemplo, la administración de los bienes por los tutores). En conclusión, del uso elástico de dolo se deriva la misma amplitud para la buena fe, y que no se afirmase la responsabilidad contractual con igual rigor en todas las relaciones jurídicas, sino dependiendo de ciertas circunstancias como el interés o gratuidad en la misma.

²⁶ Ref. ROTONDI, G., «Dalla Lex Aquilia dell'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-gommatiche», *Riv. dir comm*, 1916, I, pp. 942 ss; y ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale ...*» en JORDANO FRAGA, F., *ob. cit.*, np. 70, p. 51.

de un buen padre de familia», como criterio de imputación en que la omisión culpable viene equiparada a la acción, convirtiéndose en base tanto de la responsabilidad contractual, como delictiva.

2.º Sin embargo, entendemos que, a su vez, esta interpretación ha estado influida, en un segundo momento, por la hermenéutica de los pandectistas del siglo XIX que se proclamaron como expresión de la auténtica y genuina fuente de saber del romanismo actual, y por el dogmatismo de la época²⁷. Estos concibieron a la culpa como un ilícito civil, o acción ilegal, que se plasma en la entidad del *quasi-delito* de marcado carácter sancionador y punitivo²⁸, respecto del cual importaba, más que la reintegración, la corrección; y que, por tanto, precisaba un concepto subjetivo²⁹.

Por el contrario, podemos afirmar que la concepción subjetiva de la culpa, como negligencia, fue una novedad que adoptó dicha corriente dogmática, frente a la constatación históricamente demostrable de que la culpa jurídicamente relevante tenía un sentido general de nexo causal matizado por el requisito «contra *ius*»; y a lo más, significaba la contravención de una norma de obligada observancia, se hubiera cometido con o sin intención, maliciosamente o no, por mera negligencia o inadvertencia; en resumen, todo acto que contradice la ley, la costumbre o el buen orden era culpa. Esta idea es coherente, por otra parte, con la tesis que mantiene Starck de que la culpa obedeció, más que a una moralización del Derecho, a una ampliación de las condiciones de la acción, al reforzamiento de la garantía³⁰. Y esta concepción que defendemos encuentra eco jurídico en textos postclásicos, como lo acredita el

²⁷ Para una visión breve pero clara del movimiento Pandectista, *vid.* SÁINZ-EZQUERRA FOCES, J. M., «Divertimento pandectístico», en *Anales de la Facultad de Derecho de La Laguna*, núm. 13, 1996, pp. 173-184, en especial, p. 180. Este autor afirma que dicho movimiento fue fruto de las ideas de sistematización científica sostenidas por la mayoría de los teóricos de la Escuela Histórica, en conjunción con el arraigo de la tradición romanista. Esto es, a partir de la unidad inmanente de las reglas y conceptos jurídicos que había proclamado Savigny (System, I, 36, puesto que todo el Derecho proviene, en definitiva, del *Volkgeist*), se desarrolla la Pandectística o *Begriffisjurispruence*, como fundamental aportación de Puchta a la metodología jurídica. Sin embargo, como nos advierte el autor, finalmente en la Pandectística acabó primando la idea de coherencia interna del sistema conceptual sobre la de correspondencia entre sistema y la realidad (EHRlich, *Die juristischelogik*, 1918, 38), con lo que se rompen las amarras de la actividad científica de los juristas con la problemática social que el Derecho está llamado a resolver.

²⁸ Cfr. BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*. Munich, 1764, p. 3, que pone en evidencia que dicha concepción supuso una ampliación de la frontera penal, con el peligro de crear el binomio delito y cuasidelito, y, por tanto, de hacer descender a nuestras calles la visión falsa de es igual el delincuente que aparca mal y causa un daño que el que mata.

²⁹ CHIRONI, G. P., *La colpa nel diritto civile moderno. Colpa contrattuale*. 2.ª ed., Turino, 1897; 2.ª parte: Colpa extracontrattuale, en dos volúmenes. 1902-1903.

Ref. CHRISTIAN HASSE, J., *Die Culpa des Römischen Rechts*, 1832, en DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, *ob. cit.*, p. 12. Este autor acometió el primer intento de sistematización, del que se tiene constancia, del concepto de culpa.

³⁰ STARCK, B., *ob. cit.*, p. 66.

Código de Justiniano (Codex 5,17, II.1), que es un texto fundamental para orientar la búsqueda del significado jurídico de culpa; al igual que el texto del Digesto (Ulpiano, D.4.9.3)³¹, que proyecta el concepto de culpa en torno a la producción de un resultado dañoso, y no al de imputabilidad.

Transcurrida la etapa romana, y durante la época franca existe un corto período histórico en que se produce, de nuevo, un retroceso en que se hace caso omiso a toda investigación de la intención de su autor, y toma preeminencia el elemento material. Así en los reinos hispánicos la regulación que se hace en los fueros de las penas a imponer en caso de daños supone una vuelta a la responsabilidad objetiva de forma casi absoluta, y, según Peña López, una evolución pareja sufren los Derechos de los territorios francés e italiano³². Si bien, como se ha apuntado anteriormente, la prepotencia dogmática y la influencia canonista³³ contribuyeron a que, en una etapa posterior, el Derecho común de la Edad Media de los siglos XII y XIII, que se caracterizó por el renacimiento del Derecho romano, fortaleciera el elemento subjetivo de la culpa en la interpretación de la *Lex Aquilia*, según fue interpolada como negligencia, torpeza o imprudencia, frente al proceso de debilitación del elemento objetivo de la *iniura*. Sin embargo, se sigue admitiendo que determinadas causas objetivas exoneran de responsabilidad debido a que, cuando están presentes, el comportamiento del dañador no es «*non iure*», esto es, lo que sucede con aquél que produce daños ejercitando su derecho, actuando en legítima defensa o en estado de necesidad³⁴. Y esto trajo como conse-

³¹ También, respecto al concepto amplio de culpa contractual, *vid.* D. 13, VI, 5.2; y D. 50, XVII, 24.

³² PEÑA LÓPEZ, F., *ob. cit.*, p. 19.

³³ La influencia canonista se sintió tanto en la responsabilidad penal como civil –Cfr. METZ, R., «La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval», *La responsabilité pénale. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 1961– que insistía en el elemento intencional, esto es, en el papel de la voluntad, *Nemo trahitur ad culpam, nisi ductus propria voluntate*. En el mismo sentido, RIPERT, G./BOULANGER, J., *Traité de droit civil*, (d'après le Traité de Planiol), t. II. Obligations, ed. LGDJ, París, 1957, p. 327. La influencia del Derecho canónico no ha sido suficientemente estudiada, pero la connotación moral de la que dotan a la reparación demanda el separar debidamente la culpa moral que supone una inteligencia y una voluntad suficientes, y la culpa jurídica que puede resultar de una simple inadvertencia y que obliga a reparar el daño causado si el Juez así lo decide. Además, *vid.* PEÑA LÓPEZ, F., *ob. cit.*, p. 23, que afirma que es buena muestra de dicha influencia la polémica existente entre los canonistas acerca del fundamento moral de la reparación de los daños causados por culpa leve o levísima; y algunos canonistas llegaron a afirmar que, si bien no existe obligación moral de reparar los daños en tales casos, sí la hay a partir de que se haya dictado ésta, pues si la sentencia no se cumple se estaría frustrando el fin moral de la ley que consiste en constreñir a usar en la vida de relación toda la diligencia necesaria para evitar el daño.

³⁴ En este sentido el glosador ODOFREDO calificará de *equivocum* al término *iniura* porque, si bien «se ha dicho desde hace mucho tiempo que *iniura* es lo que no es ilícito, la responsabilidad no surge de la contumelia, ni de aquello que es ilícito sino de la culpa» *vid.*

cuencia que, en el *Ius Commune*, se adoptara una postura, excluyente y extrema, de rechazo absoluto a todo lo que significase responsabilidad objetiva.

En conclusión, la preeminencia de la tesis de la culpa en sentido subjetivo en el Derecho romano y en el Derecho común trae su causa, según hemos constatado, en una conjunción de factores históricos, en esencia, una interpretación dogmática de la normativa legal al servicio de una moralización del Derecho. Cuando, por el contrario, hemos visto como de los mismos textos romanos se desprende un concepto amplio y objetivo de culpa, e incluso, en Las Partidas, que son el máximo exponente del *Ius Commune*, del Derecho medieval español, toma carta de naturaleza el sentido amplio de culpa, *lata-levis-levisissima*, y no el sentido psicológico³⁵.

2. EN EL DERECHO ROMANO: LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA DEL PATERFAMILIAS FRENTE A LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL GUARDADOR DEL INCAPAZ

La doctrina afirma que el Derecho romano nunca llegó a admitir un principio general de responsabilidad por hecho ajeno; pero, no obstante, reconoce la existencia de algunos supuestos aislados³⁶. Ahora bien, el criterio de imputación en la responsabilidad por hecho ajeno va a ser distinto dependiendo de que el perjuicio hubiera sido ocasionado por un *sui iuris* o un *alieni iuris*, por la siguiente razón: si el perjuicio había sido causado por un *sui iuris* –persona libre y no sometida a la *potestas* de otra–, en el antiguo Derecho romano regía la regla de la culpa, según lo explicado en el apartado anterior, a excepción de algunos supuestos en que se respondía objetivamente. Sin embargo, cuando el perjuicio se causaba por un *alieni iuris*, esto es, por el hijo sometido a la *potestas* del *paterfamilias* o por el esclavo situado por el poder de su *dominus*, estamos ante la responsabilidad por hecho ajeno, cuyo criterio de imputación o fundamento de la responsabilidad es más ambiguo que el anterior, y es lo que pasamos a estudiar.

cita tomada de ref. MASSETO, G. P., Voz: «Responsabilità extracontrattuale (Dir. Interm.)», en *Enciclopedia del diritto*, t. XXXIX, ed. Giuffrè, Milano, 1967, pp. 1126 y 1128, en PEÑA LÓPEZ, F., *ob. cit.*, np. 45-46, p. 21.

³⁵ Vid. Ley 11.^a, título XXXIII, P. VII, en «Código de Alfonso el Sabio» en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, t. IV, Imprenta de La Publicidad, Madrid, 1848, pp. 482-483.

³⁶ Ref. JACQUEMIN, B., *Le fondement de la responsabilité du père et le Code civil*, th, París, 1964, p. 46, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, p. 37.

Para el análisis propuesto es necesario partir de la premisa, amén de la ya mencionada de que la responsabilidad civil estaba unida a la penal, de que en el Derecho romano antiguo o preclásico la responsabilidad civil era colectiva, pues la antigua sociedad estaba fuertemente organizada en grupos, de forma que cuando cada uno de sus miembros causaba un daño a un individuo perteneciente a otro, la venganza no era individual sino colectiva, y mientras el grupo del damnificado ejercitaba la venganza, el grupo del causante del daño quedaba solidariamente expuesto a sufrir sus consecuencias. Ahora bien, solamente se mantuvo algún resquicio de la responsabilidad colectiva, como tributo a la tradición, allí donde existía una «vinculación patrimonial», como era el caso del *paterfamilias* respecto a los miembros de su familia³⁷, pues es constatable que en el Derecho romano clásico el *paterfamilias* debía responder, por la llamada *actio noxalis*, de las obligaciones derivadas de los delitos cometidos por algunos de sus *alieni iuris*, entre ellos sus hijos. Esto es, la noxalidad era una característica de las acciones penales que otorgaba al *paterfamilias* la posibilidad de optar, entre indemnizar por el daño que la persona sometida a su *potestas* pudiera ocasionar –*noxiam sarcire*–, o abandonar al autor del daño en manos de la víctima –*noxae deditio*–³⁸.

Por consiguiente, y a tenor de lo anterior, para indagar en el criterio o razón de justicia para imputar al padre el daño causado por el hijo, hay que tener presente que en Roma la responsabilidad por hecho ajeno guardaba íntima conexión con el contexto social, que se organizaba en el período preclásico, y continuando en el clásico, en torno a la familia, y ésta, a su vez, giraba en torno a la *potestad* o *auctoritas* del *paterfamilias*; lo cual, también, tuvo reflejo en la configuración jurídica de la tutela del impúber³⁹. De este postulado, entonces, se puede deducir que la *auctoritas* del *paterfamilia* constituía la espina dorsal de la responsabilidad por los hechos de los *fili familia*⁴⁰, y que aquél respondía, no como consecuencia de la obligación de guarda y

³⁷ Ref. LÉVY-BRUHL, H., «Sur l'abandon noxal», en *Mélanges Philippe Meylan*, I, Lausanne, 1963, pp. 125-126, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 12, p. 37.

³⁸ VOCI, P., «La patria potestad de Augusto a Diocleciano», en *St. di Diritto Romano*, Padova, 1983, p. 438.

³⁹ La familia romana estaba organizada bajo la forma patriarcal y caracterizada por su rígido sentido agnaticio y autoritario, pues como dice Sohm, la familia en el sentido del Derecho civil romano era la *familia agnaticia* o, lo que es igual, el conjunto de todos los individuos unidos entre sí por el vínculo de la patria potestad común –ref. SOHM., R., *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y sistema*. Obra corregida por L. Miettes y sacada a la luz por L. Wenger, traducida del alemán por W. Roces, ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 294, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, np. 15, p. 25.

⁴⁰ HERNÁNDEZ TEJERO, F., «Sobre el concepto de potestad», *AHDE*, 1946, pp. 606 ss.

custodia de los hijos, sino en razón de la cohesión de la estructura familiar romana, o en los deberes que constituían el ejercicio de la patria potestad. Pues, al igual que las adquisiciones patrimoniales que pudiera realizar alguno de los sometidos a su potestad revertían en el patrimonio del *pater*, las transgresiones que uno de ellos pudiera ocasionar eran resarcidas por él bajo su entera responsabilidad⁴¹. Aunque hay que matizar que la responsabilidad noxal era aplicable cuando el hijo actuaba sin el conocimiento y sin la anuencia de su padre, porque, de lo contrario, éste debería ser responsable directo de los daños ocasionados⁴².

Es el momento, entonces, de posicionarnos sin ambages, de nuevo, en desacuerdo con los pandectistas que señalaron a la culpa o falta de la diligencia debida como fundamento de la responsabilidad del *paterfamilias* por los hechos de sus hijos, esto es, por no haber impedido el hecho realizado por éstos; y, en su caso, si admitiéramos la responsabilidad por culpa del *paterfamilias*, la culpa, en coherencia con el postulado que hemos mantenido respecto a la responsabilidad por hecho propio en el Derecho romano clásico, no tendría el sentido de negligencia o violación de la diligencia de un buen padre de familia que, como tal, era desconocida⁴³. Así las cosas, lo cierto es que, teniendo en cuenta que el individuo sometido a la patria potestad no tenía capacidad suficiente ni patrimonio solvente para hacer frente a los perjuicios que hubiere causado, resultaba lógico que otra persona quedara obligada en su lugar.

Ahora bien, si en el período preclásico y clásico el *paterfamilias* respondía de la *actio noxalis* atendiendo a un criterio objetivo de imputación, esto es, en razón de la cohesión de la estructura familiar romana, nos preguntamos si en el Derecho romano postclásico el criterio de imputación va a seguir siendo objetivo, cuando, sin embargo, en esta época se producen, a nuestro entender tres cambios importantes: el abandono noxal respecto a los hijos (Inst. Just., 4,8,7); la patria potestad se dulcifica, pasando de ser un poder absoluto y absorbente al reconocimiento de unos deberes de asistencia y protección respecto a los hijos⁴⁴, y lo mismo se puede

⁴¹ Ref. MASUR, R., *Die Haftung der Aufsichtspersonen nach § 832 BGB*, diss. Borna-Leipzig, 1908, p. 4, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 19, p. 39.

⁴² Ref. ROSSI MASELLA, B. E., *ob. cit.*, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 41, p. 44.

⁴³ Para una visión completa de las distintas teorías acerca de los fundamentos de la acción, *vid.* Ref. SORGENTI, M., «La responsabilità noxale in Diritto romano», en *St. Scienze giur. soc.*, 1949, p. 989, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 44, p. 44.

⁴⁴ ÓTERO, A., «La patria potestad en el Derecho histórico español», *AHDE*, 1956, pp. 210-214.

decir de la tutela del impúber⁴⁵; y se reconoce la capacidad patrimonial de los hijos⁴⁶.

En primer lugar, como nos señala López Sánchez, el reconocimiento de la capacidad patrimonial de los hijos en la etapa postclásica corrió paralela al abandono noxal de los padres, que recordamos que tenía carácter penal, y a que fuera posible actuar directamente contra los hijos, esto es, los hijos pasan a ser respon-

⁴⁵ No obstante, ya en la etapa clásica del Derecho romano, la tutela del impúber (pues en esta etapa desaparece la tutela *mulieris*) sufre una evolución en el sentido de que pierde aquél su carácter egoísta e interesado, y empieza a conformarse como institución destinada a servir al protegido, obligándose al tutor y al curador a salvaguardar los intereses del pupilo. Y en consecuencia, dicha concepción influye en el régimen de la responsabilidad del tutor, pues ya no va a ser suficiente la honradez en la conservación del patrimonio, sino que se va a exigir que se administre de forma diligente, y no sólo para conservar el patrimonio, sino también para aumentarlo. Y, por otra parte, aunque se va a potenciar en esta época la atención personal del pupilo en lo que respecta a la educación, instrucción y manutención, estas prevenciones se limitan a asignar las cantidades destinadas a satisfacer aquellas necesidades; y era al magistrado, en última instancia, a quien correspondía proveer, tanto sobre la educación como sobre la cuantía de los alimentos. En esta etapa, por último, la mayoría de la doctrina entiende que surge la tutela dativa, creada por la Ley Atilia, por cuya virtud el pretor urbano, con los requisitos y formalidades que la Ley prescribe puede nombrar tutor dativo a los impúberes que careciesen de tutor testamentario y legítimo. En definitiva, en el Derecho clásico la tutela adquiere un contenido moral en cuanto que el magistrado designaba tutor a aquel que consideraba más idóneo para el cargo, no siendo suficiente, como hasta entonces, una mera capacidad de tenencia de derechos civiles que descansaba en los tres estatus, sino de garantías de cualidades morales, de madurez, de juicio, imparcialidad y honradez—ref. ARIAS RAMOS, J., «Derecho romano», ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, pp. 218-222, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, np. 54, p. 33, y p. 36—. Por último, aunque en la época justinianea o postclásica del Derecho romano se modifica la estructura familiar, que evoluciona hacia una importancia cada vez mayor de los parientes de sangre o cognados, quedó subsistente el principio de la «igualdad en los llamamientos en la herencia y en la tutela», en virtud del cual eran tutores los parientes por el orden y grado con que eran llamados a la sucesión intestada de los huérfanos. De modo que se afirma por autores que en el Derecho romano se admitía la tutela *impuberum* plural, pues podía ocurrir que varios parientes estuvieran en el mismo grado de agnación respecto al impúber, y en ese caso, como a todos ellos interesaba por igual velar por el patrimonio de aquél—en concepto de herederos presuntos— todos eran llamados a la tutela, dando lugar de ese modo a una pluralidad de tutores de carácter obligatorio (Gayo D. 26, 4, 9). Y también se admitía en la tutela testamentaria (basándose en el poder del pater—D. 26, 2, 11—) y en la dativa (en el interés del impúber—D. 26, 5, 23—); si bien se reconoce que en la etapa clásica y postclásica los casos de pluralidad son excepcionales frente al principio del tutor único—PÉREZ GONZÁLEZ, B./CASTÁN TOBEÑAS, J./ALGUER, J., *Tratado de Derecho civil (Derecho de familia)*, traducción de la 20.ª edición alemana de Enneccerus/Kipp y Wolff, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española, vol. II, t. IV, Barcelona, 1951, p. 265, y ref. BRISSAUD, J., *Manuel d'histoire du Droit privé*, París, 1908, p. 162, en OSSORIO MORALES, J., «La pluralidad de tutores», en *Estudios de Derecho privado*, ed. Bosch, Barcelona, 1942, np. 25, p. 91—.

⁴⁶ Incluso es significativo que en la tutela del impúber *sui iuris* durante la etapa preclásica, ya se clasificaba a éstos en los infantes (menores de siete años) y los *infantia maioris*, por cuanto la gestión de los primeros se llevaba a cabo sin su intervención en absoluto, dada su carencia de discernimiento, y, en cambio, a los mayores de siete años se les permite la intervención en los negocios, si bien previa interposición de la *auctoritas tutoris*, de modo que, en este último caso, el tutor complementaba al impúber, no pudiendo hablar de dos personas, sino de una jurídica compuesta de dos físicas que se complementan—*vid.* MAJADA PANELLES, A., *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, ed. Bosch, Barcelona, 1985, cap. II, p. 23—.

sables de modo directo⁴⁷, pues el Derecho romano, siguiendo el discurrir propio de la evolución natural, estableció unas etapas cuya pertenencia a las mismas estaba determinada por la edad y, en ese sentido, adaptó a cada uno de esos períodos el reconocimiento de capacidad y atribución de medios de protección: los *infanti* hasta los siete años, equiparados a los locos o *furiosi*, eran irresponsables⁴⁸; los *impubes*, en concreto, a los que se aproximaban a la edad de la pubertad se les reconocía capacidad delictual, si bien, dado el escaso rigor con el que se ha desarrollado esta materia en los textos romanos, la mayoría de la doctrina entiende que en el Derecho romano no se relacionaba la responsabilidad de quienes habían superado la infancia con un momento de tiempo fijado, sino que esta cuestión era objeto de apreciación individual⁴⁹. Y, por último, como los púberes, cuya edad se fijó por Justiniano a los doce años en las mujeres y catorce en los hombres, estaban dotados de inteligencia y juicio suficiente, la doctrina infiere que tenían capacidad delictual; no obstante, hasta los veinticinco en que adquiriría plena madurez se entendía que merecían una protección especial.

Sea como fuere, y con independencia de la responsabilidad del menor de edad con capacidad delictual, si atendemos al Digesto que consagra, a pesar de la abrogación del abandono noxal, que: «*Si el hijo hubiera sido condenado, el hijo debe cumplir lo juzgado, porque le obliga la condena. Pero ha de decirse que, después de la condena del hijo, el padre puede ser demandado sólo respecto al peculio*» (D. 9,4, 35 –Ulp. 41 Sab–), hemos de matizar que, a pesar de la responsabilidad civil directa del menor, el padre sigue obligado a responder civilmente como consecuencia de la incapacidad patrimonial del culpable, en orden a evitar que el perjudicado no fuera resarcido a causa de la insolvencia del hijo⁵⁰. En definitiva, de la evolución descrita se puede inferir que, de una responsabilidad objetiva y directa del *paterfamilias* por el daño causado por su hijo en la etapa preclásica y clásica, se pasó en la postclásica a una responsabilidad subsidiaria pero, de igual modo, objetiva.

⁴⁷ Ref. GIMÉNEZ CANDELA, T., *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1981, p. 21, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 47, p. 45.

⁴⁸ Aunque este límite no está exento de críticas, lo que sí estaba claro eran las notas que se predicaban de dicha etapa: que no podían hablar –*qui fari non possunt*– y carecían de inteligencia –*nullum intellectum habet*–; y su equiparación a los *furiosi* –*vid. SCHIPANI, S., Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1968, pp. 219-223–.

⁴⁹ FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 320, pues a los *infanti proximus* se les equiparaba a los infantes, y ref. ROTONDI, F., «Dalla Lex Aquilia all'art. 1151 Cod. Civ. Recherche storico-dogmatiche», *Riv. dir. Comm.*, 1916, I, p. 956, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 34, p. 42.

⁵⁰ THOYOT, G., *De la responsabilité du fait d'autrui*, th, París, 1910, pp. 14-15.

Por otra parte, si bien existen antecedentes legales en el Derecho romano respecto a la responsabilidad por hecho ajeno de los padres, no los hemos encontrado respecto a los guardadores de los incapaces. No obstante, hay que tener en cuenta dos datos con carácter previo: por un lado, que en un principio no existía la curatela del loco, al igual que tampoco la tutela del impúber, pues el propio *paterfamilia* era quien ejercía las funciones de protección propias de la tutela y de la curatela, y, así entendida, se transmitía por la herencia al *heres* de su causante, junto con su patrimonio, ya que la herencia tenía un elemento espiritual, la *potestas*, y otro material, el patrimonio. Y fueron las mismas causas que propiciaron la aparición de la tutela como cargo autónomo, las que hicieron que surgiera la necesidad de designar a alguien que llevase a cabo la protección del loco, supliendo la capacidad de obrar de la que éste carece por su enfermedad⁵¹. Y, por otro, que el nombramiento del curador sólo procedía una vez salido el loco de la pubertad a causa del carácter absorbente de la tutela de los menores, de tal manera que fuera cual fuese la salud mental del pupilo, la *vis atractiva* de la tutela *impuberum*, primero, y de la *cura minorum*, después, dejan la *cura furiosi* exclusivamente para los mayores de los veinticinco años.

En definitiva, si el curador se daba al loco siempre y cuando careciese de tutor o *paterfamilias*, tal y como se desprende de

⁵¹ La aparición de la tutela como cargo autónomo trae causa, tanto de la quiebra de la unidad familiar como grupo político, como del hecho de que la herencia adquiriera un sentido eminentemente patrimonialista a raíz de que la *actio familiae erciscundae*, creada por las XII Tablas, permitiera que los herederos pudieran exigir la partición de la herencia. Así aparece la tutela testamentaria, en la que el *paterfamilias* nombra un tutor *sui iuris* diferente de la persona del heredero del pater; y en su defecto, las XII Tablas llaman a desempeñar la tutela legítima a aquellas personas que, si el impúber muriese, le heredarían *ab intestato*, es decir, a su agnado más próximo y si no hay agnado ordenan que el gentil sea su heredero. Pues bien, a partir de dicho momento se va a producir una relación entre herencia y tutela, esta última concebida no como un derecho del sujeto, sino como un poder del tutor, que usará en su propio beneficio: el tutor cuida del patrimonio con el interés del que defiende unas expectativas hereditarias, su fin principal es salvaguardar el patrimonio e impedir que el incapaz pueda, por su impericia, dilapidar los bienes que ha recibido en la herencia paterna y que es necesario conservar para la familia civil. En esta época, como se ha dicho, «la tutela es una especie de presucesión», de modo que recuerda la anterior potestad del *paterfamilias*, en cuanto haz de facultades amplísimas sobre el patrimonio, quedando en un segundo plano las funciones asistenciales y de educación, los cuales «corrían a cargo de la madre o de otros parientes más próximos». En consecuencia, su régimen de responsabilidad era muy limitado, a pesar de que ya en las XII Tablas aparecen dos remedios contra la mala gestión, la *accusatio suspecti tutoris* y la *actio rationibus distrahendis*, aunque, más bien, tenía como finalidad salvaguardar el buen nombre de las funciones tutelares por el respeto que los romanos sentían hacia sus instituciones —*vid. ref. ORTOLÁN, M., Historia de la Legislación Romana*, traducida de la 4.ª edición por D. Melquiades Pérez Rivas, Madrid, 1869, p. 102, y COLIN/CAPITANT., *Curso Elemental de Derecho Civil*, anotado por Demófilo de Buen, t. II, V.1, ed. Reus, 1923, p. 82; ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano, ob. cit.*, p. 224, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, pp. 25-29—.

las XII Tablas⁵², se puede decir que hasta los veinticinco años la responsabilidad del guardador del loco se superponía a la del *paterfamilias* y, por el criterio de imputación analizado, o a la responsabilidad del tutor o curador del menor. Si bien esta última no se regulaba en los textos legales, en contraste con la evolución que experimentaron las medidas de protección del patrimonio del pupilo frente al tutor, sin descuidar el aspecto humano, y que se concretaron en la época Justiniana en: la *actio tutelae*, como acción de rendición de cuentas para obtener la devolución de los bienes administrados con sus aumentos, indemnizando los perjuicios causados por la mala gestión, la *inventario in tabularis* y garantía *ius iurandum*, la *actio subsidiaria* y el privilegio *exigendi*⁵³.

Pero, entonces, una vez nombrado curador a quien tuviera más de veinticinco años, habida cuenta de que la curatela se derivaba inmediatamente del hecho de la enfermedad, en el sentido de que se consideraba suficiente la fama o la convicción general para que el pariente a quien correspondía la ejerciese o la dejase de ejercer por el solo hecho de la curación⁵⁴, nos preguntamos si el curador devenía responsable de los actos ilícitos que cometiera el enfermo.

Si nos centramos en el Derecho posclásico o bizantino, que nos resulta de mayor interés pues en él se inspiraron los redactores de Las Partidas, hay que resaltar que, según el Digesto los incapaces, furiosos y dementes⁵⁵ no se encontraban entre las personas sometidas a la potestad de otro, ya que según su título VI del Libro I las personas sometidas eran solamente los esclavos (D.1,6,1) y los hijos (D.6,3,5,11), y si la única responsabilidad civil por hecho

⁵² Ref. ORTOLÁN, M., *Historia ...*, ob. cit., p. 101, Tabla V: «Por lo que hace al loco que no tiene curador (*custos*), que cuiden de su persona y bienes sus agnados, y a falta de éstos, sus gentiles», en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., ob. cit., np. 167, p. 56, de modo que, a diferencia de la tutela, no se concibió una curatela testamentaria.

⁵³ Para un análisis de todas estas medidas, vid. GUTIÉRREZ CALLES, J. L., ob. cit., pp. 43-50-90.

⁵⁴ ARIAS RAMOS, J./ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano*, t. II, 18.^a ed. Madrid, 1986, pp. 752-754, que nos explica que correspondía al magistrado apreciar este cambio una vez constatado el hecho natural de la recuperación de la cordura.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, np. 102, p. 23. Al final, Justiniano establece que los intervalos lúcidos únicamente suspenden la curatela y que el curador conservará su título pero no tendrá ningún poder para administrar y la razón de su permanencia en el cargo no es otra que la de retomar la administración de los bienes en caso de una vuelta a la locura, sin necesidad de una nueva investidura en el cargo (C. De cur.fur. 5,70, 6).

⁵⁵ Ref. HUBER, 1,23, 7, p. 64; GUTIÉRREZ, *Consilium*, 14, 7, III, p. 59, en DE CASTRO y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, ed. Civitas, Madrid, 1984 (reed. en un solo vol. De dos publicaciones: T. I. *Libro preliminar. Introducción al Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949; T. II. *Derecho de la persona. Parte primera: la persona y su estado civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952) np. 5 y 9, p. 297. La doctrina romanista distinguía el furioso que definía como «*rabie animi agitetur, saepe cum intervallis*», del demente, «*sine aliquo iudicio*», pero señalaban como caracteres comunes el que carecen de voluntad y de consentimiento.

ajeno que se reguló era la responsabilidad civil de los *alieni iuris*, ¿no parece deducirse, desde una primera aproximación, que no había lugar a la responsabilidad civil por hecho ajeno del incapaz? Asimismo, es significativo que, según el Digesto, los poderes que recaían sobre los locos o *furiosi* (D.26,5,12) y dementes o desmemoriados (D.27,10,16)⁵⁶ eran amplísimos, siendo el curador *plenissimus curator*⁵⁷, pero en la práctica parecía constatarse que los poderes se reducían al ámbito patrimonial, o, incluso, que el ejercicio del contenido personal sólo era posible respecto de aquellos locos que podían ser controlados por sus parientes, pues aquellos otros que ofrecieran peligro para sí o los demás (*furiosis*) eran encarcelados por los gobernadores⁵⁸. En definitiva, creemos que la única responsabilidad civil del curador era por hecho propio, cuando, por ejemplo, el daño causado por el incapaz había sido ocasionado por mandato de aquél, pero no como guardador de incapaz, y cuyo criterio de imputación sería la culpa en el sentido que hemos explicado en el apartado anterior.

En cualquier caso, llegado este punto, si a lo dicho unimos el dato de que en el Derecho romano los actos de los furiosos y dementes se igualaban, al igual que la de los infantes, a supuestos de fuerza mayor⁵⁹, se desprende que los actos que realizaban los incapaces no se indemnizaban por nadie.

⁵⁶ D. 27, 10, 16, regula la curatela de los desmemoriados.

⁵⁷ Si bien, no hay dudas respecto al contenido personal de la curatela en las XII Tablas, hay diferentes opiniones doctrinales acerca de si tal contenido pervive en el Derecho clásico y postclásico (D. 27,10,7, pr). Así, hay teorías: por un lado, patrimonialistas que no comparten el que la guarda de la persona que correspondía al curador según las XII Tablas se concedería al *curator furiosi* en la época clásica –*vid.* ref. GIRAD, P. F, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, París, 1924, p. 235, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *ob. cit.*, np. 99, p. 23; y, por otro, personalistas que defienden que el curador del loco tenía bajo su cuidado su persona y administraba sus bienes –*vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *ob. cit.*, p. 23. Y para un resumen de las posturas doctrinales acerca de si la curatela tenía un contenido personal o patrimonial, *vid.* GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, pp. 62-65, que concluye que, a pesar de que hay que lamentar con Schulz la pérdida de la página de la Instituta de Gayo concerniente a esta materia y que tanta luz podría arrojar sobre ella en la época clásica, se puede deducir que los textos legales romanos (D. 27,10,7 pr). (Juliano Lib. XXI Digestorum; D. 27,10,13) (Gayo. 3. ed. Prov), revelan la importancia que el cuidado personal del enfermo tenía para el jurisconsulto romano, que, aun cuando el curador no sea idóneo para llevar la administración, si desempeña con provecho para el pupilo las atenciones personales debe ser mantenido en el cargo, encomendándose la administración, sin que la gestión de bienes ejerza esa *vis atractiva* sobre el trato humano.

⁵⁸ Ref. D. 1, 18,13,1 (Ulpiano Lib. VII de oficio Proconsulis), p. 83, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, np. 175, p. 58.

⁵⁹ D. 9,2,5: «(...) si un loco hubiese causado daño ¿se aplica la acción de la Ley Aquilia? Pegaso lo negó, porque, ¿qué culpa tiene el que no es cuerdo? Y esto es certísimo. De ahí que cesará en este caso la acción de la Ley Aquilia, como cesa si un cuadrúpedo hubiese causado daño o si cayera una teja. Si hubiere causado el daño un infante, deberá decirse lo mismo, pero si lo hubiese hecho un impúber, dice Labeón que, toda vez que se obliga por el hurto, queda obligado también por la Ley Aquilia. Y opino que esto es cierto con tal que sea capaz de discernir la injusticia (*Ulp. 18 ed.*).

3. EN EL DERECHO MEDIEVAL

A. Nacimiento de la responsabilidad civil de los familiares del incapaz. Las Partidas

Si avanzamos en el análisis histórico, se puede afirmar que en realidad es en la alta Edad Media cuando en el Derecho germano se consagran reglas específicas sobre la responsabilidad por hecho ajeno, frente a los supuestos concretos regulados por el Derecho romano, de «las personas que vigilan o supervisan a otras», y que se caracterizaron por su íntima conexión con la organización de la familia (*sippe*) de aquella época, esto es, como unidad social extensa de estructura fija⁶⁰. De modo sucinto, y como nos explica Le Gall, en razón de que los individuos no eran propietarios sino de modo limitado y, en general, adquirirían bienes para la comunidad familiar, el jefe de tal familia, como su representante, era responsable civilmente por los actos dañosos de cada uno de los miembros de la familia, con independencia de la capacidad o no de éstos. En consecuencia, esta responsabilidad por hecho ajeno se caracterizaba por ser una responsabilidad objetiva⁶¹.

Sin embargo, hemos de esperar al Derecho común en la baja Edad Media, que se caracterizó por un renacimiento del Derecho romano, para que aparezcan las primeras notas de la responsabilidad por hecho ajeno de los «familiares» del incapaz. Pues a pesar de que el Derecho medieval, en teoría, respetaba y aceptaba el principio romano que no amparaba responsabilidad alguna por los daños causados por los incapaces, es incuestionable que, a su vez, también empezó a manifestarse la necesidad social de determinar las personas que debieran soportar la responsabilidad por

⁶⁰ La dictadura que el *pater-familias* impone en la gens romana, no se aprecia en la institución correlativa a la misma entre los germanos, la *sippe*, en que la autoridad doméstica es detenida por todos los miembros varones y capaces de tomar las armas. Y dicho espíritu colectivo trasciende en el orden religioso, en el derecho sucesorio y en la tutela, la cual correspondía a la *sippe* que la ejercía en mano común, para más adelante pasar esta tutela colectiva familiar a ser desempeñada por uno de sus miembros a modo de delegado de toda la familia. Recaía la tutela, entonces, en el más próximo pariente varón, bajo cuya potestad colocaba el primitivo derecho germano a los ciegos, sordos, mudos, débiles de espíritu, locos, y viejos, cuando no podían lanzarse a caballo con espada y escudo, desde un lugar poco elevado –*Vid. MENÉNDEZ PIDAL Y DE MONTES, F., «La mala fe en las relaciones tutelares», RGLJ, 1929, t. 154, np. 1, p. 182.*

⁶¹ LE GALL, J. P., «Liability for person under supervision», *Int. Enc. Comp. Law*, IX, Torts, chapter 3, Tübingen-The Hague-Boston-London, 1983, n. 87, 26, p. 4. Y acerca del espíritu comunitario de la familia germana, *vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., Estudio de Derecho civil*, t. IV, 1.º, Madrid, 1898, p. 173, que destaca que la propiedad se extendía a la familia entera, sin que nadie fuera propietario exclusivo de los bienes, en cuanto todos tenían un derecho igual, lo que justificaría el desconocimiento por los germanos del testamento.

los daños causados por sus *supervisees*⁶². En concreto, de las escasas referencias que existen, encontramos que según el Código de Eurico el tutor del loco se le permite tenerle sujeto para evitar los daños de los que tendría que responder⁶³. Y, en dicha línea, el comentarista Bartolo de Sasoferrato estableció que el guardador del incapaz, normalmente los padres, estaba obligado a vigilar al incapaz, y que los padres o familiares debían responder por los daños ocasionados por los parientes locos⁶⁴. Si bien, al hablar de familiares en plural no parecen referirse, según una primera aproximación, al tutor del incapaz (ciegos, sordos, mudos, débiles de espíritu, locos y viejos, cuando no podían lanzarse a caballo con espada y escudo desde un lugar poco elevado), en la medida en que la tutela plural antigua, el *mundium* o conjunto de todo el grupo familiar agnaticio como poder en su propio interés y con carácter patrimonial, se transformó en tutela única, al pasar a residir en el *mundualdo*, que era generalmente el más próximo pariente del pupilo y en quien delegaba la familia para, de igual modo, gestionar y administrar el patrimonio del incapaz⁶⁵. No obstante, es un dato importante, que dado el espíritu comunitario que anima a la *sippe*, ésta tomara sobre sí la alimentación y necesidades más elementales del incapaz cuando careciese de aquellos bienes; e incluso, se afirma que la intervención obligada de los parientes en determinados actos relativos al pupilo se mantiene, durante mucho tiempo, como un vestigio de la primitiva tutela colectiva.

Con el marco histórico expuesto, se puede decir que en la España visigoda medieval, a pesar de la complejidad jurídica que le caracterizaba, merced a la pervivencia de sistemas jurídicos muy heterogéneos, además de un cuarteamiento del territorio que hace imposible determinar hasta dónde penetra lo que se viene denominando como Derecho español bajo medieval⁶⁶, eran claras dos grandes influencias: I.^a En primer lugar, *los textos de inspiración germánica anteriores y coetáneos a Las Partidas*,

⁶² LE GALL, J. P., *ob. cit.*, p. 4.

⁶³ D'ORS, A., *El Código de Eurico*. Roma-Madrid, 1960, Estudios Visigóticos, p. 158. El Código de Eurico recoge en la Antiqua 8,3,2 que el daño causado por mano del hombre debe ser indemnizado según estimación judicial: «*Si quis alienum ortum vastaverit, statim iuxta damni estimationem a iudice coactus domino orti cogatur exolvere*».

⁶⁴ *In leg. iure provisum*, C. DE FABRIC. Lib. II, 9; y LABBÉ, J. E., «De la démence au point de vue de la responsabilité et de la imputabilité en matière civile», *Rev. crit. lég. jur.*, 1870, p. 128, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 70, p. 49.

⁶⁵ OSSORIO MORALES, J., «La pluralidad de tutores» (contribución a la reforma del régimen tutelar español), *Estudios de Derecho Privado*, ed. Bosch, Barcelona, 1942, pp. 81-114, especialmente. p. 95.

⁶⁶ *Vid.* el interesante estudio de GARCÍA-GALLO, A., «El carácter germánico de la épica y del derecho en la edad media española», *AHDE*, t. XXV, núm. 79, pp. 670-679.

sobre todo en lo que concierne a la materia de la tutela, como refleja el Derecho consuetudinario consignado en los Fueros locales y territoriales de todos los Estados de la península hasta el siglo XIV⁶⁷; influjo que fue, en palabras de Ossorio Morales, sorprendente, pues los Fueros, apartándose del Derecho romano, nos muestran constantemente a la familia realizando funciones activas de guarda⁶⁸. Si bien, respecto a la guarda de los incapaces, en esta época de «oscurantismo, superstición, intolerancia y misticismo exaltado»⁶⁹, se desanda el camino andado por el Derecho romano, pues en los Fueros más representativos únicamente se regula la guarda de los huérfanos menores de edad, no encontrando referencias a la guarda de los locos o dementes; y en el caso en que las hubiera, adolecían de la falta de cualquier alusión a los aspectos personales de su guarda.

En definitiva, la nota común era la hostilidad con la que el Derecho medieval contemplaba al enfermo mental, animadversión concretada en el propio Fuero Real (F.R I, II, I) donde se afirma que «*el loco en la culpa será cuerdo por la pena*»; de ahí que las referencias a aquél eran, o bien para negar la posibilidad de realizar actos jurídicos, así en el Fuero Juzgo, Fuero Viejo y Fuero Real, o para indicar que el padre no puede desentenderse del incapaz ni expulsarle del lugar por locura, sino que tan solo puede, *tenerle atado o encerrado, para evitar daños de los que tendría que responder*, como se manifiesta, claramente, en el Fuero de Cuenca, como cabecera de una familia de Fueros de gran autoridad en Castilla que resume su estado jurídico durante el siglo XII, y cuya expansión contribuyó a eliminar paulatinamente la enorme dispersión jurídica surgida tras la reconquista⁷⁰. En concreto, el fragmento Conquense R. 146 (209) primitivo afirma que: «*Si un padre, o una madre tiene un hijo perturbado y teme pagar las penas pecuniarias de los delitos que pueda come-*

⁶⁷ Ref. HINOJOSA NAVEROS, E., *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, p. 410, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *ob. cit.*, np. 136, p. 28.

⁶⁸ OSSORIO MORALES, J., «La pluralidad de tutores ...», *ob. cit.*, pp. 96-97.

⁶⁹ CABREIRA FORNEIRO, J., *Psiquiatría y derecho*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 1990, p. 20. Y para un análisis de las causas sociales que provocaron dicha situación, *vid.* MENÉNDEZ PIDAL, R., *Historia de España*, t. III, (España visigoda), p. 398. La España visigoda se caracteriza por la indigencia, debido a la concentración de la propiedad fundiaria en manos de los potentes, la presión fiscal, la baja productividad del suelo y la opresión señorial sobre el campesinado, lo cual crea enormes bolsas de pobreza, de cerrazón y de ignorancia. De modo que en esta época se aprecia la ausencia de una definición de la enfermedad psíquica fruto del desconocimiento sobre el origen de la misma.

⁷⁰ Ref. GALO SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho*, Universidad de Valladolid, 1972, p. 75; MUÑOZ Y ROMERO, T., *Colección de los Fueros Municipales y Cartas Pueblas, con una advertencia inicial del autor*, ed. Atlas, Madrid, 1874, p. 4, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., np. 40 y 41, p. 107, que alude hay que no hay Fuero en Castilla-León comparable con el que Don Alfonso VIII dio a la ciudad de Cuenca.

*ter, téngalo cautivo o atado hasta que se calme o se cure, mientras continúe fuera de sí, para que no cause daño; pues por cualquier daño que cause, los padres tienen que responder, y no le valdrá a aquél que haya renegado de él ante el Concejo o lo haya desheredado. Este precepto está establecido para que nadie diga que su hijo está loco o perturbado y que renuncia ante él ante el Concejo y luego, con ocultación y engaño, haga que él mate a alguien o cause un incendio o cualquier otro daño»*⁷¹. Si bien, y por otra parte, es significativa la regulación que este Fuero, y todos los pertenecientes a su grupo derivados de él, hace de la tutela del huérfano, pues ya hemos apuntado el olvido jurídico de la del incapaz, en el sentido de que, según Ossorio Morales, si bien el huérfano y sus bienes habían de quedar en poder de una sola persona —el padre, la madre o un pariente—, ésta (tutor) era como un órgano representante del grupo familiar, a quien en puridad correspondía la misión de velar por aquéllos; esto es, era pues a los «parientes más cercanos del huérfano o incapaz» a quienes correspondía la guarda en forma de supertutela⁷². E, incluso, del Derecho territorial castellano del siglo XIII se deduce que los parientes más próximos desempeñaban una verdadera guarda activa del huérfano⁷³.

Recapitulando e indagando en lo expuesto hasta ahora se puede decir que, de los escasos datos que los textos medievales españoles de inspiración germánica hacen a la guarda del loco o enajenado, y más aún a la responsabilidad civil por los daños causados por éstos, sólo tenemos una única referencia. Ésta es la del Fuero de Cuenca citada en el párrafo anterior que hacía referencia a la responsabilidad civil del familiar del incapaz, más en concreto, del progenitor del incapaz que sobrevivía a la muerte del otro⁷⁴, pero sin alusión alguna al caso en que hubieran muerto ambos progenitores. Y si a esto unimos el dato expuesto anteriormente de que la misión estricta de velar por la persona del huérfano, y también entonces por la del incapaz, correspondía a

⁷¹ Ref. Fuero de Cuenca, 2.^a edición traducida y anotada por el prof. VALMAÑA VICENTE, A, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, np. 46, p. 110.

⁷² OSSORIO MORALES, J., «La pluralidad de tutores...», *ob. cit.*, pp. 101-102.

⁷³ *Ibid.*, p. 104, lo cual se desprende del Fuero Viejo de Castilla (lib. V, título IV), por consiguiente tanto si los próximos parientes asumen sólo la guarda personal —por quedar los bienes arrendados a un extraño—, o, también, patrimonial en concepto de arrendamiento, lo hacen conjuntamente, actuando todos ellos como guardadores. No se trata aquí ya sólo de una supertutela colectiva, como en el prototipo Cuenca-Teruel, sino de una verdadera guarda activa desempeñada por todos los parientes próximos.

⁷⁴ Hay autores que sostienen que la patria potestad en la España de la reconquista era un poder conjunto y solidario del padre y de la madre, y que, por consiguiente, se extinguía al morir uno cualquiera de los cónyuges —ref. UREÑA, R., *Una tradición jurídica española*, discurso, Madrid, 1913, en OSSORIO MORALES, J., *ob. cit.*, np. 51, p. 99.

los parientes más cercanos, frente a la obligación del tutor que parecía ceñirse estrictamente al ámbito patrimonial, se podría conjeturar que, en caso de que murieran ambos progenitores, la responsabilidad civil del tutor tendría más que ver con la defensa del patrimonio familiar, que con una preocupación por su guarda, de modo que el criterio de imputación estaría más cerca del objetivo que del subjetivo o falta de cuidado en la guarda del incapaz. Si bien, y respecto a la responsabilidad civil de los progenitores del incapaz que es en realidad la regulada y prevista por el Fuero, dado que la preocupación de los progenitores por la guarda del incapaz se reducía a eludir una responsabilidad pecuniaria por los daños que pudiera causar el loco en libertad, entendemos que la razón para imputar el daño a aquéllos tampoco residía en la falta de diligencia o solícito cuidado del incapaz, sino más bien en una culpa en todo caso objetiva, la violación de la regla de no tenerle encerrado. De tal modo, que parece ser tributo de esta época la vinculación que se va a producir en épocas posteriores entre la responsabilidad civil y la obligación de vigilancia impuesta a los familiares del incapaz, vigilancia que se traducía en esta época en tenerle encerrado, pues su incumplimiento les hacía responsables civiles de los perjuicios ocasionados. Y esta regla parecía ser coherente, por otro lado, con el concepto, más bien el perjuicio, que se tenía en esta época histórica de locura como *vitium*, esto es, como vicio o imperfección de la persona y, por tanto, permanente⁷⁵, afectando de por vida al demente.

II.^a En segundo lugar, a la configuración del Derecho medieval español *también contribuyeron Las Partidas, coetáneas a los Fueros mencionados*, y que, en materia de guarda y protección de los incapaces, recogen la concepción justiniana⁷⁶, en la que nos vamos a detener porque junto con la Ley de Enjuiciamiento Civil, representan la doctrina vigente hasta la promulgación del CC⁷⁷; si bien, con la advertencia previa de que, respecto a las instituciones de guarda, Las Partidas fueron alteradas por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁷⁵ Éste fue el sentido que le atribuyó el Fuero Juzgo, que dio igual participación a la legislación romana y goda –*vid. ref. MINGUIJÓN, S., Historia del Derecho español*, Labor, Barcelona, 1927, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, np. 51, p. 113.

⁷⁶ En el siglo XII tiene lugar la penetración del Derecho romano-justiniano, que satisfacía las nuevas necesidades sociales, reelaborado por los juristas italianos de la escuela boloñesa a través de Las Partidas. Sin embargo, la recepción no fue una labor puramente mimética, sino que el rey Alfonso X el Sabio supo armonizar el elemento romano con el Derecho castellano, fuertemente germanizado, y de ahí parte de su éxito, pues a ningún pueblo le es dado pensar con el alma de otro.

⁷⁷ MANRESA Y NAVARRO, J. M. DE, *Comentarios al CC español*, t. XII, 6.^a ed., Madrid, 1973, pp. 839-840.

ciamiento Civil de 1855 y de 1881 por la incursión que el nuevo texto hacía en el derecho sustantivo⁷⁸.

De tal manera, la Ley 9.^a, del título I, de La Partida VII representa el antecedente del artículo 1903.3 CC, cuando establece que: «*no están exentos de culpa los parientes de éstos (furioso y desmemoriado), cuando no los hacen guardar de manera que no puedan hacer mal a otro*»⁷⁹. Y si ponemos en conexión sistemática esta norma con la que consagra, en la Ley 3.^a del título XV de la misma Partida, la irresponsabilidad del infante, del loco y del desmemoriado⁸⁰, en coherencia con su incapacidad para prestar consentimiento, contraer matrimonio, hacer testamento, o realizar cualquier acto civil, se deduce que los parientes del incapaz eran los únicos responsables del daño que causara un incapaz, a diferencia, como veremos, de los daños que causara un menor.

Ahora bien, para vislumbrar el criterio de imputación, nos cuestionamos, en primer lugar, si el legislador, cuando nombra como responsables a los «parientes» que debían guardar al incapaz, se estaba refiriendo a los guardadores de los incapaces, en puridad, los llamados curadores ejemplares de los mayores de veinticinco años *locos o desmemoriados*, los cuales podían ser testamentarios, si bien parte de la doctrina niega este tipo de curatela para los ena-

⁷⁸ Ref. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil Español*, t. I, Madrid, 1862, pp. 694-695, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, np. 3, p. 145, que sobre el alcance reformador que las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento tuvieron en las instituciones de guarda afirma que: «su doctrina constituye un estado en la ciencia: no han derogado lo antiguo, se han dictado más bien con el fin de buscar los medios de aplicarlo; pero con o sin intención de los autores, las alteraciones son de tal manera radicales, que al lado de ellas muchas leyes de Partida pertenecen a la historia».

⁷⁹ Ley 9.^a, Título I, Partida VII: «*Moço menor de catorze años no puede fer acufado de ningu yerro q pufieffen q ouieffe fecho en razó de luxuria. Ca maguer fetrabajaffe de fazer tal yerro como este, nó deue ome afmar q lo podría cúplir. E fi por aventura acaefcieffe q lo cúplieffe nó aura entendimiéto cúplido para entéder, nin faber lo q fazia. E poréde nó puede fer acufado, nin le deué dar pena porende. Pero fi acaefcieffe q este tal, otro yerro fizieffe, affi como fi firieffe, o mataffe, o furtaffe, o otro fecho femefante deftos e fueffe mayor de diez añoso, e medio, e menor de catorze: dezimos que bien lo puedé ende acufare fi aquel yerro le fuere prouado non le deuen dar tan grand pena en el cuerpo, nin en el auer como fariá a otro que fueffe de mayor edad, ate gela deuédar my mas leue. Pero fi fueffe menor de diez años e medio: eftóce non le pueden acufar de ningu yerro que fizieffe. Efto mifmo dezimos q feria del loco, o del furiofo, o del defmemoriado q lo non pueden acufar de cofa que fizieffe mientras q le durare la locura. Pero no fon fin culpa los parientes dellos, quando non les fazen guardar de guifa que non puedan fazer mal a otri*».

⁸⁰ Ley 3.^a, Título XV, Partida VII: «*Emendar, e pechar deue el daño aquel que lo fizo a aquel que lo refcibio. E efto le puede fer demandao quier lo ouieffe fecho por fus manos o auinieffe por fu culpa, o fueffe fecho por fu mandado o por fu confejo. Fuera de fi aquel que fizo el daño fueffe loco o defmemoriado o menor de diez año e medio: o fi alguno lo ouieffe fecho amparando afsi mefmo o afus cofas. Ca eftonce non podría fer demandada emienda del daño que defta guifa fizieffe*».

jenados⁸¹; legítimos⁸²; y por último dativos⁸³. Y es que Las Partidas, en cuanto inspiradas en el Derecho romano según veíamos, es el primer texto jurídico español en el que encontramos concreta referencia y regulación a la curatela del loco en la ley 13.^a, del título XVI de la Partida VI según la cual: «*curadores son llamados en latín aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorce años, e menores de veynte e cinco años, seyendo en su acuerdo. E aun a los que fuessen mayores, seyendo locos o desmemoriados*»⁸⁴.

Entendemos, en orden a dar una respuesta a la cuestión anterior, que una interpretación gramatical y sistemática de la norma jurídica nos llevaría a negar la identificación apuntada, a pesar de que los curadores ejemplares legítimos eran familiares, los más próximos, del incapaz. Y esto en base a dos razones: 1.^a La primera, porque, sentado que Las Partidas no recogen como regla general la curatela plural⁸⁵, si el legislador hubiese querido indicar a los curadores no habría hablado en plural de «los familiares del incapaz», que sólo son, a nuestro entender, los curadores legítimos en potencia; e, incluso, en el caso en que el curador legítimo no fuese apto el Juez podía nombrar como curador a un amigo del incapaz no familiar.

⁸¹ La curatela ejemplar testamentaria consistía en el curador designado por los padres en disposición testamentaria, o por persona que instituya heredero o dejado legado y manda de importancia al incapaz. La mayoría de la doctrina defiende la preferencia de la tutela testamentaria frente a la dativa y legítima, de lo que disiente DE CASTRO, merced a que las Partidas (6,16,13) distinguían: el guardador del menor de veinticinco años – que no podía ser dejado en testamento, con la única excepción de que el juzgador entendiéndose que era beneficioso para el mozo, y, entonces, estaba obligado a confirmarla –, del guardador de los locos y desmemoriados, en los que no cabe el curador testamentario – *vid.* DE CASTRO y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, ed. Civitas, Madrid, 1984 [ed. facsímil de *Derecho civil de España*. t. II. Derecho de la persona, ed. Instituto de Estudios Políticos (I.E.P), Madrid, 1952, pp. 294-295].

⁸² En la materia de curatela Las Partidas son la base y la Ley de Enjuiciamiento Civil la doctrina, pues ésta contiene disposiciones posteriores que completan a aquélla. Así, aunque Las Partidas no recogieron, de modo expreso, la curatela ejemplar legítima del incapaz, según la LEC de 1855 la curatela ejemplar legítima debería recaer por su orden en las personas que se expresan, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlo: padre, mujer, hijos, madre, abuelos y hermanos del incapacitado; si hubiere varios hermanos o hijos, serán preferidos los varones a las hembras y el mayor al menor; concurriendo abuelos paternos, y maternos, serán también preferidos los varones a las hembras, y en el caso de ser del mismo sexo, los que lo sean por parte del padre a los que lo fueren por la de la madre – *vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *ob. cit.*, p. 37.

⁸³ *Ibid.*, p. 37. En la curatela ejemplar dativa, no existiendo las personas mencionadas en el párrafo anterior, o no siendo aptas para la curatela, el Juez podrá nombrar a la que estimare más a propósito para desempeñarla, prefiriendo, si reunieren la necesaria capacidad, a la que sea pariente o amigo del incapacitado o de sus padres – artículo 1247 LEC 1855, y 1851 LEC 1881.

⁸⁴ Las Siete Partidas, glosadas por el licenciado GREGORIO LÓPEZ del Consejo Real de las Indias de su Majestad, Salamanca, 1555.

⁸⁵ Si OSSORIO MORALES, J., *ob. cit.*, pp. 104-105, nos explica que Las Partidas admitieron la pluralidad de los tutores como excepción al principio general del tutor único, inspirándose en las normas del Derecho romano, entendemos lo mismo para la curatela.

2.^a Y la segunda razón residiría en que, en contraste con el requisito de la guarda (personal) del incapaz, como presupuesto de la responsabilidad civil de los familiares de éste según los términos de la Ley citada, *cuando no los hacen guardar de manera que no puedan hacer mal a otro*, el curador no estaba obligado a convivir con el incapaz, y por tanto a vigilarle *strictu sensu*⁸⁶, pues se puede afirmar que la finalidad de la curatela en Las Partidas era atender, en primer término, al cuidado de los bienes y, en segundo lugar, a la persona⁸⁷. Y esta afirmación la creemos válida con independencia de la teoría que se adopte acerca de la polémica existente sobre el contenido personal de la curatela en Las Partidas a causa de la ausencia de su regulación⁸⁸. Pues, por un lado, si se sigue *la tesis de que la curatela en Las Partidas constituye una protección especial respecto a la protección general que es la tutela* y, por eso, sólo se regulan las normas que la diferencian de la general, presumiendo la regulación de esta última por analogía a lo no regulado⁸⁹, entonces, las obligaciones que incumbían al curador que

⁸⁶ Aunque en Las Partidas se puede observar una cierta preocupación por el aspecto personal que se concreta en la remoción del tutor por sospechoso, cuando éste no atiende al cuidado de la persona con la diligencia necesaria, discernir el cuidado debido es cuestión difícil de desentrañar, pues Las Partidas, si bien hacen referencia expresa a la guarda del loco o desmemoriado, remiten su contenido a lo regulado para los menores, y esta remisión, siendo válida para lo patrimonial no lo es para lo personal. Por ello, no cabe hablar de obligación de enseñarles a leer y escribir, ni la de hacerles aprender un oficio, pero sí que deben los curadores hacer frente a la manutención del demente, dedicando a ello la cantidad que el Juez señale, con cargo a los bienes del incapaz y sus frutos.

⁸⁷ NAVARRO AMANDI, M., *Reglamento General para la ejecución de las Leyes civiles Españolas I*, Madrid, 1881, p. 172.

⁸⁸ Pues, una parte de la doctrina entiende que Las Partidas no regulan el contenido de la curatela del loco, ni, por tanto, la guarda de la persona de éste –*vid.* MARTÍN GRANIZO-FERNÁNDEZ, M., «La incapacidad de los locos y dementes: ¿es susceptible de graduación en nuestro Derecho positivo?», *RGLJ*, 1967, t. LIV, núm. 222 de la Colección, p. 228; y otra entiende que tanto la tutela como la curatela se daban para la persona y para los bienes del pupilo menor o incapaz –*vid.* SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. IV, vol. 2.º, Derecho de familia, Madrid, 1898 p. 1245.

⁸⁹ GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, p. 121, que razona que de una detenida lectura del título XVI de la Sexta Partida que lleva por título «Cómo se deben guardar los huérfanos y los bienes que heredan á la muerte de sus padres», se puede deducir que los curadores son una clase de guardadores, genérico éste que engloba a tutores y curadores. Además, Las Partidas encabezan todas las leyes de dicho título con rúbricas que aluden siempre a guarda y guardadores y sólo cuando se refiere a los guardadores de los locos o desmemoriados, y por lógica influencia del Derecho romano, los califica como curadores, sin que ello signifique un régimen distinto en cuanto al contenido, sino su asimilación en cuanto fuere posible y lo permita el incapaz sobre el que recae la guarda, en sus dos modalidades (menores de edad o incapaces). Por tanto si la guarda del huérfano comprende la custodia de su persona y bienes no hay razón para dudar que tenga alcance distinto en atención a que el pupilo padezca una enfermedad mental. Cuestión diferente es que, la enajenación impida a veces, en atención a las circunstancias, desarrollar plenamente el contenido personal, pero ello no desvirtúa el régimen personal y patrimonial que Las Partidas dan a la guarda, *ab initio*. Además, es precisamente a partir de la Ley XIII, cuando se desarrolla el régimen que Las Partidas contiene para los guardadores, sin que se excluya del mismo a los curadores. De modo que se puede decir que las funciones, deberes y responsabilidades del curador se regulan por las mismas disposiciones establecidas por la tutela, salvando las

alcanzaban a la persona eran las mismas que para la tutela de los huérfanos, y se reducirían a las siguientes: a la representación del incapaz en juicio y fuera de él; a la educación del incapaz de acuerdo con su rango, en el sentido de su dirección moral y civil, siendo más problemático el mandato de enseñarle a leer y escribir y el correspondiente menester u oficio; a dar alimentos y vestido al incapaz en el sentido de cubrir al sometido todas las necesidades y las atenciones de su patrimonio, y conforme señale el Juez; el cual, también, determinará el lugar donde ha de criarse el menor o mozo, si no lo hicieron en testamento el padre o el abuelo⁹⁰. Es significativo, entonces, que la ley 19.^a, título XVI, de la Partida VI estableciera que, si el testamento no indicaba dónde debía criarse el menor el Juez debería escoger a un hombre bueno, *que ame la persona del huérfano e el prouecho del*, y que no tuviera derecho a heredarle en caso de muerte del menor, y, en todo caso, la madre, si existe y no se vuelve a casar, puede criar al menor⁹¹.

Y, por otro, si se sigue la *tesis contraria, que niega la aplicación analógica del contenido de la tutela a la curatela*, entonces, el contenido de ésta sólo sería patrimonial, y de igual modo, excluiría el deber de guarda y vigilancia. Esta segunda tesis parece que se corrobora, en una primera aproximación, con el contenido de las Leyes de Enjuiciamiento Civil posteriores ya que, teniendo en cuenta con Gutiérrez Fernández que en materia de curatela Las Partidas son la base y la Ley de Enjuiciamiento Civil la doctrina al contener ésta disposiciones posteriores que completan aquélla⁹², la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y, posteriormente, la de 1881, reguló el procedimiento para el

diferencias de carácter secundario –ref. DOMINGO DE MORATÓ, DR., *El Derecho civil español con las correspondencias del Derecho romano*, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de los intérpretes, en especial las Instituciones y del Digesto Romano-Hispalense de D. JUAN DE SALAS, segunda edición, t. I, Valladolid, 1877–. En definitiva, la curatela en Las Partidas constituye una protección especial respecto a la protección general que es la tutela, de modo que sólo se regulan las normas que la diferencian de la general, y, por tanto, se presume la regulación de esta última por analogía a lo no regulado.

⁹⁰ Cfr. Ley 16.^a, Título XVI, Partida VI; Ley 16.^a y 20.^a, Título XVI, Partida VI; Ley 17.^a, Título XVI, Partida VI.

⁹¹ Ley 19.^a, título XVI, Partida VI: «Criarse deue el huérfano en aquel lugar, e con aquellas personas, que mando el padre, o el abuelo en su testamento. E si por aventura, en el testamento de ninguno dellos non fuesse esto puesto, estonce el Juez del logar deue catar con grand femencia, e escoger algund ome bueno, que ame la persona del huérfano, e el prouecho del; e que sea atal, que muriendo el moço, non aya derecho de heredar lo suyo. Pero si ouisse madre, que fuesse muger de buena fama, bien le puede dar el fijo, que lo crie, e ella puedelo tener mientras mantouiere biudez, e non casare. Mas luego que casare, deuen sacar el huérfano de su poder, porque dixeron los Sabios, que la muger suele amar tanto al nueuo marido, que non tan solamente le daría los bienes de sus fijos, mas aun, que consitiera en la muerte dellos, por fazer plazer a su marido».

⁹² Ref. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. I, Madrid, 1862, p. 643, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *ob. cit.*, np. 177, p. 37.

nombramiento del «curador ejemplar», aunque solamente se refiere al instituido para la administración de los bienes de aquellos que previamente habían sido declarados incapaces (sordomudos de nacimiento, pródigos, locos e imbeciles)⁹³, dejando huérfano de toda regulación el aspecto personal de la guarda. De igual modo, la posterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 reprodujo las disposiciones de la anterior en lo que se refiere a la curatela ejemplar de los locos o dementes centrada, al igual que la anterior, en el aspecto patrimonialista, pues el artículo 1847 LEC 1881 se refería únicamente a la persona incapacitada para administrar sus bienes, a la que se le nombrará curador ejemplar, encabezando el expediente con testimonio de dicha sentencia⁹⁴. Inclusive, de alguna resolución del Tribunal Supremo cuando estaban vigentes dichas Leyes, que declaró que no había lugar a la remoción del curador de un enajenado si éste, actuando en su beneficio, encomendó su atención y cuidado a un tercero, parece forjarse la idea de la compatibilidad del carácter personalísimo del cargo con la transferencia del cuidado personal a terceros en todo aquello en que no era absolutamente necesaria la presencia e intervención de un curador⁹⁵; facilitando, por otra parte, el encierro de éste, preludio del que

⁹³ Ref. HERNÁNDEZ DE LA RÚA, V., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, t. 5, Madrid, 1856, en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, pp. 146-157, que alude a las siguientes obligaciones y derechos del curador testamentario –legítimo (art. 1245 LEC: padre-hijos– mujer-madre– abuelos y hermanos del incapacitado), y dativa (art. 1247 LEC, el Juez a falta de los anteriores podría nombrar a quien estime más a propósito para desempeñarla, prefiriendo, si reunieran la necesaria capacidad, las que sean parientes o amigos íntimos del incapacitado o de sus padres): I.º) Antes de la administración de los bienes: a) pedir discernimiento (arts. 1251-1252), lo que no se exigía al tutor, que era la necesidad de protocolizar el expediente que se formase para el nombramiento del curador en la notaría o escribanía del lugar del domicilio de incapacitado dando con ello la necesaria publicidad de la persona que desde el nombramiento representaba los intereses del incapacitado; b) dar fianzas para asegurar el caudal que haya de entregárseles, con la excepción del curador testamentario nombrado por el padre; c) la retribución del curador (art. 126); f) la obligación de fidelidad en el desempeño del cargo (art. 1296); II.º) Durante el ejercicio del cargo, la licencia judicial de la venta de bienes raíces y otros (art. 1401); y III.º) Al concluir la curatela, rendir cuentas de su gestión (art. 1272).

⁹⁴ GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, p. 159, que se refiere a la crítica del senador COMAS acerca del carácter interesado de toda la normativa anterior al CC en materia de tutela y curatela –en *Diario de Sesiones del Senado*, sesión de 11 de marzo de 1885 (núm. 83)–, frente al que, por el contrario, SILVELA argüía que el aspecto personal no era materia que pudiera inscribirse en el CC, ya que la legislación se limita a velar por la fortuna del huérfano, pues ¡ojalá que todo lo demás pudiera inscribirse en un CC!

⁹⁵ Cfr. Ref. la sentencia de 22.12.1860 (Jurisprudencia civil, núm. 365, de 22 de diciembre de 1860, pp. 815-817), en GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, np. 64, p. 123, que trata de una demanda que se dirige contra el curador de un enfermo mental, que ante la imposibilidad de poder llevar a cabo el cuidado personal y patrimonial del enajenado, encomienda esta tarea a un vecino, así como el cuidado de su propia hija, a quienes no podía atender por tener que ocuparse de las faenas agrícolas y haber envidado. Y también, núm. 308, de 28 de diciembre de 1863 (pp. 812-815); núm. 346, de 13 de diciembre de 1873 (pp. 668-669); y núm. 247, de 2 de octubre de 1878 (pp. 253-257).

se iba a producir de modo masivo en el siglo XVII, como veremos más adelante.

En virtud de lo expuesto hasta ahora, consideramos que los familiares del guardador, responsables civiles del incapaz según la Ley 9.^a del título I de la Partida VII, no eran los curadores; sino, y por influencia del elemento germánico en Las Partidas, los parientes más cercanos del incapaz, que eran los que ejercían la guarda activa de éste. De tal modo que, por una parte, rechazamos cualquier criterio de imputación basado en una «vinculación patrimonial» merced, a su vez, a la conexión que, como vestigio desde el Derecho romano, existía entre la tutela/curatela y la herencia, en el sentido de que el tutor/curador era el heredero más próximo del incapaz sometido a tal *potestas*⁹⁶, y así tiene su reflejo en la curatela ejemplar legítima en Las Partidas. Y, por otra, opinamos que, entonces, el criterio de imputación en la responsabilidad civil de los familiares del incapaz que eran los responsables civiles según dicha Ley, era, desde una primera aproximación, la culpa. Pues, dicho texto legal basaba la responsabilidad, a pesar de sus términos ambiguos, en un juicio acerca de la conducta de éstos, en razón de incidir en el hecho de haberles dejado de guardar de modo que no causaren daño. Y aunque la interpretación del concepto de culpa permanece confuso en dicha época, nos decantamos, por una culpa no en sentido técnico o psicológico de negligencia o falta de esfuerzo en la guarda del incapaz, sino en el de ilicitud, esto es, el de acción antijurídica o contraria a derecho; al igual que veíamos en su precedente medieval del Fuero Conquense. En definitiva, entendemos que el criterio de imputación era una culpa más aparente que real o pudiéramos decir que una culpa objetiva, en el sentido de que la razón de justicia para imputar el daño al familiar era evitar el daño al tercero, esto es, en ser el familiar el garante de impedir el daño del incapaz por poder tener a dicho sujeto encerrado; idea que trae causa de la etapa precedente.

Sea como fuere, Las Partidas parecen traer la novedad de centrar una responsabilidad por hecho ajeno, la de los locos y desmemoriados, en la idea de la falta de vigilancia de éstos y, por tanto, fortalece la conexión entre responsabilidad civil del guardador y vigilancia-encierro.

⁹⁶ Sobre la concepción tutela-herencia, *vid.*, la referencia bibliográfica de GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *ob. cit.*, np. 6, p. 6; y OSSORIO MORALES, J. A., *ob. cit.*, p. 107, si bien dicha concepción deja de tener valor a pasar a tener la tutela como una función tuitiva, de protección y asistencia, establecida en beneficio exclusivo del pupilo.

B. Cambios en la responsabilidad civil del padre del menor. Las Partidas

Dando paso al otro supuesto de responsabilidad por hecho ajeno que nos ocupa, el Derecho medieval de los países que conforman el sistema continental, según el parecer de algunos autores, amén de que no aportó novedad alguna respecto a la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos en el Derecho romano, convierte en principio general la responsabilidad civil de los menores que son independientes de los actos dañosos que cometan⁹⁷.

Sin embargo, y respecto al Derecho medieval español, entendemos que la responsabilidad civil de los padres en Las Partidas, aunque parece estar aparentemente en línea de continuidad con el Derecho romano, tiene algún cambio digno de resaltar. Éste se desprende, de modo implícito, de los tres datos normativos siguientes: 1) en primer lugar, la única referencia explícita a la responsabilidad civil de los padres se encuentra en la Ley 5.^a del título XV, de la Partida VII, que regula la responsabilidad civil del padre por los daños que causare el hijo que estuviere bajo el poder de su padre, y por mandato de éste, excluyendo la responsabilidad del menor en estos casos, a excepción de los supuestos de deshonra y el delito de matar que hubiera sido cometido por el menor por mandato del padre, que no libera al hijo por no estar obligado a obedecer tal mandato. Y añade la Ley que: «*Pero fi alguno deftos fobre dichos q estan en poder de otro, fizieffen tuerto, o daño a alguno fin mandado de aquel en cuyo poder eftouieffe: efton ce cada uno de los q lo fizieffen, feren tenudos de fazer la enmienda, e non aqlllos en cuyo poder eftouieffen*». 2) En segundo lugar, y recordando lo que ya hemos apuntado anteriormente, el último párrafo de la Ley 9.^a, del título I, de la Partida VII, que se refiere a la responsabilidad de los parientes de los irresponsables, alude a la de los parientes de los locos y desmemoriados, pero excluye, a nuestro entender, a la de los padres de los menores de diez años y medio. 3) Y, por último, la Ley 4.^a, título XIII, de la Partida VII, que trata de la responsabilidad delictual del señor por los robos de sus siervos o de los hombres que vivían con él y por mandato de éste, aunque matizaba que el señor no estaba en culpa si los

⁹⁷ LE GALL, J. P., «Liability for person under supervision», *ob. cit.*, p. 4.

Y respecto al Derecho medieval español anterior a Las Partidas, y tras un análisis del Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, y el Fuero Real, se puede concluir que no hay en nuestro Derecho referencias concretas en relación con la responsabilidad de los menores – *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, pp. 51 y 53–.

siervos cometieron el robo sin mandato de su señor, o si sabiéndolo no lo pudo evitar⁹⁸.

Si ponemos en conexión sistemática los datos normativos expuestos, podemos deducir, por una parte, que los menores mayores de diez años y medio eran directamente responsables del daño que habían causado por un hecho cometido sin mandato de su padre⁹⁹. Y, por otro, que, desde una primera aproximación, Las Partidas regulan una responsabilidad de los padres por hecho propio y no ajeno, pues, como se ha visto, la Ley 5.^a del título XV de la Partida VII hace responder sólo del daño cometido por el menor con la anuencia del padre; frente al Derecho romano que trataba de la responsabilidad del padre por los hechos del menor cometidos sin la anuencia del padre y de modo objetivo, como se ha expuesto anteriormente.

Pero nos llama la atención, a su vez, que la Ley 5.^a del Título XV de la Partida VII no establece la matización que hace la Ley 4.^a del título XIII de la Partida VII, que regula la responsabilidad delictual del señor por el robo cometido por alguno de sus esclavos u hombres que vivían con él, de que el señor no está en culpa si el siervo comete el robo conociéndolo el señor, pero sin poderlo evitar; de lo que se deduce, *a sensu contrario*, que el señor es responsable cuando el siervo haya cometido el robo sin el mandato de su señor, pero, sin embargo, ha tenido conocimiento del mismo, y pudiéndolo evitar, no lo ha hecho.

Por consiguiente, la ausencia apuntada puede interpretarse de dos modos: por un lado, que el legislador, si pudiendo hacer la matización no la ha hecho, ha querido que la responsabilidad del padre respecto al hijo sólo sea por hecho propio, y, por tanto, se deduzca una regla general de irresponsabilidad del padre por hecho ajeno. Y, por otro, que hay que hacer una interpretación sistemática de ambas Leyes y, por tanto, el término «mandato» de la Ley 5.^a, título XV de la Partida VI ha de interpretarse extensivamente y, en consecuencia, que el padre va a responder, tanto cuando el menor realiza el hecho por mandato del padre como cuando el padre conoce del hecho que va a realizar el menor, y pudiéndolo evitar, no lo hace. En otras palabras, el padre respondería por hecho ajeno y por culpa objetiva.

En orden a tomar posición por una u otra de las interpretaciones expuestas, hemos tenido en cuenta un breve análisis del Derecho

⁹⁸ «Robo haciendo siervos de algun ome, sin mandado de su señor, o con sabiduria non lo pudiendo vedar non es culpa el señor porende.»

⁹⁹ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, p. 54. Y con posterioridad a Las Partidas también se le reconoce la capacidad delictual al púber, o menores mayores de catorce años en los hombres y doce en las mujeres, como se recoge por GÓMEZ, Antonio, en los comentarios a las Leyes de Toro de 1505 –*Opera Omnia, Variarum Resolutionum, Juris civilis, Communis et Regii*, Salmantica, 1579 (Lugduni, 1701), III, Delictorum, núm. 55-59, pp. 413-415–.

francés de la misma etapa histórica que tratamos, ya que es sabida su influencia en nuestro sistema jurídico civil.

Es importante resaltar que el hecho de que la mayoría de las costumbres de los países del norte del país no contuvieran una norma específica acerca de la materia que tratamos se interpretó por la mayoría de la doctrina en el sentido de que el padre no podía ser declarado responsable de los delitos o cuasidelitos cometidos por su hijo púber o impúber¹⁰⁰. Incluso, como pone de manifiesto López Sánchez, la tesis contraria que defendía que se extendiera el ámbito de aplicación de la única costumbre que regulaba de modo general la responsabilidad civil del padre por los hechos de sus hijos no tenía un alcance tan grande como parece desprenderse en un primer momento, pues ésta, después de disponer que el padre era responsable, añadía que «no está obligado a reparar el delito cometido por el niño de tan corta edad, que el procedimiento criminal no sería válido»¹⁰¹.

En definitiva, del análisis conjunto del *Droit coutumier* se deduce la irresponsabilidad de los padres, a excepción de que los hijos hubieran cometido el daño mientras cumplían algún encargo de su progenitor¹⁰², en términos parecidos a Las Partidas en el Derecho español. Por consiguiente, podemos concluir que Las Partidas consagraron como regla general una irresponsabilidad de los padres por hecho ajeno, si bien podemos afirmar que éstos respondían por hecho propio o como comitentes ordinarios, tanto si el menor cometía el daño por su mandato, o si el hijo comete el daño mientras cumplía el mandato del padre, pues, según la doctrina francesa, en este caso el padre responde al ser culpable por haber empleado a alguien que no tenía la capacidad de cumplir la función que le encargó.

C. A modo de resumen comparativo

Finalmente, de los datos jurídicos de las etapas históricas analizadas se puede inferir, a nuestro juicio, una desconexión total entre la responsabilidad civil de los padres del menor y la del guardador del incapaz, y, en concreto, de su criterio de imputación.

Mientras la responsabilidad civil del *paterfamilias* en el Derecho romano era objetiva y por hecho ajeno, había una laguna legal

¹⁰⁰ BLANC, E., *La responsabilité des parents* (préf. BESSON, M. A.), Librairie du Journal des Notaires et des avocats, Paris, 1953, p. 22; LEBRETON, M. C., *L'enfant et la responsabilité civile*, th, Rouen, 1996, p. 9.

¹⁰¹ Ref. JACQUEMIN, B., *ob. cit.*, pp. 33-36, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 103, p. 57.

¹⁰² BLANC, E., *ob. cit.*, p. 24.

respecto a la responsabilidad civil del guardador del incapaz. Y fue el reconocimiento de un principio de responsabilidad civil por hecho ajeno en el Derecho medieval germánico, inexistente en el Derecho romano, lo que propició la primera formulación de una responsabilidad civil del «familiar del incapaz», quien, a nuestro entender, no se identificaba con el guardador legal de éste, sino con los familiares más próximos del incapaz a quienes correspondía la guarda activa. En concreto, dicha responsabilidad civil se configuraba por hecho ajeno y, por culpa, pero ésta en un sentido objetivo, esto es, más próximo a una actuación «contraria a derecho» que a la negligencia o culpa en sentido técnico, ya que aquélla se juzgaba en función de no haber encerrado al incapaz en orden a no causar daños, y no en atención a la falta de esfuerzo o diligencia en el cuidado o guarda del incapaz. Sin embargo, a su vez, la responsabilidad del familiar del incapaz en el Derecho medieval contrasta con una cuasiirresponsabilidad del padre, como guardador legal del menor, en la misma etapa histórica, pues su responsabilidad se reducía a una responsabilidad por hecho propio y por culpa, esto es, por el daño causado por el menor por mandato de éste.

Y la razón de tal diferencia puede encontrarse en que la responsabilidad civil de los padres no ha estado fundada históricamente en la guarda del hijo, sino en razones de insolvencia, merced, quizás, a la específica evolución en la situación jurídica del menor, como hemos apuntado en líneas anteriores. Mientras que la responsabilidad civil de los familiares de los incapaces sí parece haberse concebido, desde sus orígenes históricos, fundamentada en su guarda, como se refleja en que la responsabilidad civil correspondía no a los guardadores legales que se ocupaban meramente de su situación patrimonial, sino a quien vivía, *de facto*, con el incapaz, y debido, también, a la específica concepción que se tenía del incapaz y a su distinta situación jurídica respecto a la del menor, pues la locura ha implicado, casi en una línea de continuidad hasta un tiempo relativamente reciente, y, desde un punto de vista sociojurídico, el «deber de encerrar» a los que la padecían, como vamos a constatar en el siguiente período histórico.

Finalmente, hay que decir que también ha existido en esta etapa histórica una desconexión entre la responsabilidad civil del menor de edad y la del incapaz. Pues, frente a la posible responsabilidad civil del menor de edad púber o cercano a la edad de la pubertad en el Derecho romano posclásico y la responsabilidad civil del menor mayor de diez años y medio según Las Partidas, no se ha reconocido, en texto jurídico alguno, la posible responsabilidad civil del

incapaz, pues a éste se le consideraba, en todo caso, privado de conocimiento y voluntad.

III. DEL DERECHO NATURAL A LA ETAPA DE LAS CODIFICACIONES

El Derecho natural de la Edad Moderna (xv) hasta el final del antiguo régimen (xviii), en realidad, fue una síntesis de las múltiples influencias romanas y canonistas, con la introducción simultánea de las concepciones filosóficas propias de la época, de tal modo que el racionalismo de esta etapa histórica se conjugó bien, en un primer momento, con la concepción subjetiva¹⁰³. Si bien, y aunque parezca contradictorio, hay que precisar que esta misma racionalidad hizo que la Escuela del Derecho natural defendiera, entre sus postulados, la responsabilidad sin culpa o la responsabilidad basada en la equidad que tenía en cuenta la situación económica de las partes; y que tanta influencia ejercieron en las Codificaciones de ascendencia germánica¹⁰⁴.

Por consiguiente, podemos afirmar que la época de las Codificaciones en la edad contemporánea es la que va a unir el concepto de responsabilidad civil, legado de épocas anteriores, a la idea de libertad¹⁰⁵, resumiéndose en la regla: «*no hay responsabilidad sin culpa*»; aunque con la dificultad común de no recoger un concepto de culpa civil. En otras palabras, la novedad que introdujo el iusnaturalismo moderno en el concepto de culpabilidad fue la de otorgar una nueva base al sistema, liberándolo del excesivo apego a las fuentes romanas, y permitiendo la formulación del principio general de responsabilidad por culpa como una regla derivada de la propia naturaleza del hombre, siendo Hugo Grocio el que por primera vez enunció dicho principio¹⁰⁶, reafirmando así la finalidad esen-

¹⁰³ RANJARD, Y., *La responsabilité civile dans Domat, thèse, droit, París, 1943*; POTHIER, *Traité des obligations*, ed. París, 1821, núm. 116, nos explica que en esta época Grocius ejerció una gran influencia de la escuela española de Salamanca, cuyo método permaneció fiel a la tradición romanista, de modo que su originalidad no es tan destacable como se prodiga –*Di iure Bellis ac Pacis*–, Livre, II, chap. 17, traité *De damno per injuriam dato*.

¹⁰⁴ LE GALL, J. P., «Liability for persons under supervision», *ob. cit.*, p. 4. En el siglo xviii la doctrina del Derecho natural introdujo nuevas ideas en el panorama de la responsabilidad civil, tales como el principio de la equidad y de la responsabilidad civil sin culpa. Y, también, LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, p. 63.

¹⁰⁵ En la codificación francesa las intervenciones de Bertrand de Greuille al Tribunal, y de Tarrible al Cuerpo Legislativo son bien conocidos –Locré, t. XIII, pp. 40-58– en el sentido de preferir, frente a la enumeración del Antiguo régimen, el principio absoluto de que «todo hombre es garante de sus hechos».

¹⁰⁶ Ref. GROCIO, H., *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. III (versión directa del origen latino por J. Torrubiano Ripoll), ed. Reus, Madrid, 1925, pp. 7 y 8, en Peña López, F.,

cialmente ética y moralizadora de la culpa. De modo que, por un lado, en lo que se refiere a los requisitos que determinan la existencia de culpa, se sigue manteniendo por la mayoría de los autores la necesidad de que el que ejecuta la acción dañosa tenga la capacidad de entender y de querer, y de la realización de un comportamiento doloso o culposo en sentido estricto; y, por otro, respecto a la doctrina de los grados de la culpa, se recoge la doctrina tripartita, admitiéndose la culpa levísima, ya que la Ley natural obliga a comportarse para con el prójimo con el cuidado de un diligentísimo padre de familia, y el límite de la culpa es igualmente identificado con el caso fortuito «donde, por supuesto, no se ha mezclado culpa alguna»¹⁰⁷.

Y, para un análisis más detenido de la etapa precodificadora española, hemos encontrado interesante dividir la exposición en los precedentes de la Codificación penal y los de la Codificación civil, pues vamos a constatar tendencias distintas en lo que respecta a la responsabilidad civil que nos ocupa.

1. PRECEDENTES DE LA CODIFICACIÓN PENAL

En una primera aproximación, las conclusiones expuestas acerca de la evolución en la responsabilidad civil de los padres y del diferente criterio de imputación consagrado en Las Partidas para la responsabilidad civil de los padres de un menor y los guardadores de un incapaz, parecen tener línea de continuidad con los Códigos penales vigentes cuando regían Las Partidas. Sin embargo, sí vamos a ver cómo se produce un punto de inflexión con el Código Penal de 1848 (CP).

A. La responsabilidad civil de los padres del menor y de los guardadores del incapaz

En un primer momento, el primer anteproyecto de CP de 1821 recoge la responsabilidad objetiva de los padres, y, sin embargo, por culpa de los guardadores del incapaz; en términos parecidos a

ob. cit., np. 53, p. 25, que afirma que: «nace, naturalmente, obligación, si se hizo el daño, de que se resarza». Y a la formulación de este autor se le unieron con posterioridad las de parte de los grandes maestros de la Escuela moderna del Derecho natural como PUFFENDORF, S., *De Jure Naturae et Gentium*, t. I, ed. Minerva, GMBH, Frankfurt, 1979 (ed. facsímil de la G. Moscovius de 1759), pp. 297, 304 y 305), y WOLF. Y el razonamiento concreto a través del cual los diversos autores llegan a la formulación del principio difiere, pero todos coinciden en otorgarle el valor de máxima jurídica extraída de la razón natural.

¹⁰⁷ PEÑA LÓPEZ, F., *ob. cit.*, pp. 27 y 28.

los del CP de 1822. En concreto, este primer Proyecto de Código Penal de 1821 no contemplaba la responsabilidad específica de los padres, sino la responsabilidad de los ascendientes, preferentemente el grado más cercano, y, dentro del mismo grado, el hombre sobre la mujer, pues ésta sólo era responsable a falta del pariente masculino del mismo grado¹⁰⁸. Y esta responsabilidad era objetiva, como se desprende de los términos del párrafo primero del artículo 28, que establecen que dichos ascendientes responden de las acciones de sus hijos, nietos y biznietos menores de edad que tengan bajo su autoridad y en su compañía, sin añadir posibilidad alguna de exoneración. Y estos términos se reproducen en el apartado primero del artículo 27 del CP 1822, especificando, como novedad, que la responsabilidad de los padres es subsidiaria de la de los menores de veinticinco años y se reducía a la legítima de bienes que el hijo heredaría¹⁰⁹. De tal modo que esta condición matiza, de algún modo, la objetividad.

Frente a la responsabilidad objetiva de los padres, el apartado tercero del artículo 27 del Anteproyecto del Código Penal (APC) de 1821, en términos semejantes al apartado cuarto del artículo 28 del Código Penal (CP) de 1822, parecen consagrar una clara responsabilidad subjetiva, en línea de continuidad con Las Partidas, «*de los obligados a guardar la persona del que esté en estado de demencia o delirio, respecto del daño que éste cause, por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia*».

Sin embargo, se ve un cierto cambio en el APC de 1830, pues, aunque en lo que respecta a la responsabilidad de los padres es idéntica a la precedente, la responsabilidad de los guardadores del incapaz sufre dos cambios que no son de escaso calado: por una parte, su criterio de imputación parece ser objetivo, al no permitir su exoneración; y, por otra, cambia el ámbito subjetivo de aplicación respecto a sus precedentes históricos, pues establece que son responsables los padres, tutores o las personas a cuyo cargo esté legalmente su guarda y custodia, en vez de hablar genéricamente, como en textos precedentes, de familiares u obligados a la guarda

¹⁰⁸ Quizá, en razón de que la Partida IV, título XVII, Ley I, y II, señalaba que la patria potestad de los padres podía recaer sobre sus hijos, nietos, y bisnietos, pero los parientes femeninos no podían tener la patria potestad –*vid.* NAVARRO MICHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, ed. Bosch, Barcelona, 1998, np. 76, p. 47–.

¹⁰⁹ Artículo 27: «(...) Los que están obligados a responder de las acciones de otros son los siguientes: Primero, el padre, abuelo o bisabuelo, respecto de los hijos, nietos o biznietos menores de veinte años de edad que tengan bajo su patria potestad y en su compañía; entendiéndose que esta responsabilidad debe ser subsidiaria en defecto de bienes propios del delincuente, y que nunca se ha de extender a mayor cantidad que la que importe la porción legítima de bienes que el hijo, nieto o biznieto heredaría de su padre, abuelo o bisabuelo».

del incapaz¹¹⁰. Este cambio, a nuestro entender, no va a ser baladé en orden al requisito posterior de la compañía que se va a exigir legalmente en textos legales posteriores, pues, *prima facie*, los tutores y curadores no están obligados a la compañía del incapaz ni a vigilarles.

En consecuencia, y posteriormente, el Proyecto de Código Penal de 1834 terminará por regular ambas responsabilidades en un solo precepto con un criterio de imputación objetivo¹¹¹.

El punto de inflexión más importante, respecto al criterio de imputación en la responsabilidad civil de padres y guardadores, lo encontramos en el CP de 1848, de gran influencia en el Proyecto de CC de 1851¹¹²; aunque, a su vez, aquél estuvo imbuido del racionalismo propio de la época y del CC francés, con las matizaciones que siguen. En concreto, los párrafos primero y segundo del artículo 16 recogen, por primera vez, que el criterio de imputación, tanto de los padres del menor como de los guardadores del incapaz, es la «culpa presunta», aunque la de los guardadores del incapaz es directa, y la de los padres, en coherencia con sus antecedentes históricos españoles, vuelve a ser subsidiaria¹¹³.

Pero en orden a interpretar la voluntad del legislador respecto al idéntico criterio de imputación fijado para ambos guardadores, hemos encontrado de gran utilidad acudir a las discusiones de los codificadores registradas en las Actas de la Comisión General de

¹¹⁰ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, Codificación penal, vol. II, ed. Ministerio de Justicia, C. G. C., Centro de Publicaciones, Madrid, 1970, pp. 142 y 143. Artículo 17: «La demencia habitual y manifiesta, y la estupidez y falta absoluta de razón y sentido común, son excepciones que relevan de culpabilidad». Artículo 18: «Pero del resarcimiento del daño que ocasionasen los dementes y los estúpidos son responsables con sus propios bienes, sus padres, sus tutores, o las personas a cuyo cargo está legalmente su guarda y custodia».

Artículo 35: «Los menores de diez años y medio no pueden ser considerados delincuentes». Artículo 36: «Los padres, tutores, y demás personas en cuya compañía y autoridad vivan los menores que hayan delinquido, serán civilmente responsables de la indemnización de daños y perjuicios causados por el menor delincuente, y la satisfacción de las penas pecuniarias que con arreglo a esta ley deban ser condenados».

¹¹¹ *Ibid.*, p. 398. Artículo 15: «La menor edad de diez años y medio, la demencia habitual y manifiesta, la estupidez o falta absoluta de razón y sentido común son excepciones que relevan de culpabilidad». Artículo 16: «Pero al resarcimiento del daño que ocasionasen los dementes y los estúpidos son responsables con sus propios bienes sus padres, tutores o las personas a cuyo cargo esté legalmente su guarda y custodia».

¹¹² GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios al CC español*, t. IV, Madrid, 1852; (reimpresión de la edición de 1852, llevada a cabo por la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza), 1974, p. 252.

¹¹³ Artículo 16.1.º: «En el caso del número 1.º del artículo 8 (el loco y el demente, a no ser que haya obrado en un intervalo de razón) son responsables civilmente por los hechos que ejecutaren los locos o dementes las personas que los tengan bajo su guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia». Artículo 16.2.º: «En los casos de los núms. 2.º y 3.º (el menor de nueve años y el mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento) responderán con sus propios bienes los menores de quince años que ejecuten el hecho penado por la ley. Si no tuvieran bienes, responderán sus padres o guardadores, en la forma expresada en la regla 1.ª».

Codificación del CP 1848 (1844-1845)¹¹⁴, de cuya información extraemos dos ideas de interés: 1.^a) la primera de ellas es que hacían residir el criterio de imputación en la «culpa» en base, no tanto en argumentos de una mejor guarda y vigilancia del menor de edad y del incapaz, o de la prevención de los daños que éstos pudieran cometer, sino en «que la ley no puede querer absurdos», esto es, en la propia razonabilidad del criterio, propio de la filosofía de la época. En estos términos argumentaba Pacheco el criterio de imputación en la responsabilidad civil de los guardadores del incapaz, al incidir en que sería ciertamente absurdo imponer responsabilidad a un curador que hubiese cumplido con sus obligaciones, pues la razón decía que no podía tener responsabilidad quien hubiese puesto en el desempeño de su encargo la oportuna y debida diligencia¹¹⁵. Y, en términos semejantes, para los padres del menor¹¹⁶. 2.^a) Y la segunda de las ideas es que, durante los debates mencionados, no dejaron de levantarse voces criticando la igualdad del criterio de imputación para los padres del menor y los guardadores del incapaz, cuando, por el contrario, la guarda de menor era de todo punto distinta a la guarda que se debía ejercer sobre el incapaz. En este sentido, se puso de manifiesto que, tratándose de los guardadores del loco, la responsabilidad había de ser más grande porque su encargo era tenerle «asegurado»¹¹⁷. Y esta expresión parece indicar, según la mentalidad de la época, el hecho de que al incapaz había que tenerle «encerrado», pues así lo ratifican las palabras de Luziáraga cuando afirma que: «*hay que diferenciar si el loco hace daño dentro de la habitación en que se halla custodiado o se le permite salir fuera y entonces comete el daño. En el primer caso no es responsable el guardador, en el segundo sí*»¹¹⁸. Y, por el contrario, tratándose de la guarda de los padres, la responsabilidad había de ser menor, pues al menor de edad no se le puede encerrar»¹¹⁹.

Por consiguiente, se defendía, parece ser, de *lege data*, que a los padres no se les puede exigir más que la culpa *levis*, y al guardador del loco hasta la *levissima*¹²⁰; y de *lege ferenda*, se pronunciaban a

¹¹⁴ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, t. 5. Codificación penal, vol. II. Apéndice IV. Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código Penal (1844-1845), *ob. cit.*, pp. 351 y ss.

¹¹⁵ PACHECO, J. F., *El Código Penal comentado y concordado (estudio preliminar y anotaciones de A. Téllez Aguilera)*, ed. Edifoser, Madrid, 2000, p. 290.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 292.

¹¹⁷ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, Apéndice IV, *ob. cit.*, p. 550.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 550.

¹¹⁹ PACHECO, J. F., *El Código Penal ...*, *ob. cit.*, p. 292.

¹²⁰ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, Apéndice IV, *ob. cit.*, p. 550. El Sr. Vila defendía que: «si un padre o tutor tienen que sufrir algo en ciertos casos no es por lo que ha ejecutado el hijo o el pupilo, sino por la falta propia de no haberlo evitado».

favor de que la regulación fuera distinta, en el sentido de que se mantuviera la culpa presunta para los guardadores del incapaz, pero no para la de los padres ¹²¹. De todos modos, a nuestro entender, el hecho de que el CP de 1848 fijara como criterio de imputación común la «culpa presunta», a pesar de voces en contra, es una manera de introducir la culpa objetiva diferente a la culpa psicológica o de diligencia en la guarda. Pues las presunciones de culpa expresan, más un juicio fundado en las probabilidades estadísticas y en la objetiva inobservancia de una norma jurídica de cautela, que en una valoración del actuar de la persona y de sus perfiles subjetivos ¹²². Si bien, es significativo que de *lege ferenda* se defendiera la culpa presunta y objetiva para los guardadores del incapaz, pero se aconsejara la culpa probada, y entendemos que en un sentido técnico o de negligencia, para los padres, lo cual puede ser coherente con la capacidad de ciertos menores y la situación jurídica de reconocimiento de ciertas capacidades frente a la situación jurídica del incapaz.

Y llegando al análisis del CP de 1870, cuyo artículo 19 es de clara influencia francesa y antecedente inmediato del artículo 1903 CC ¹²³, vemos que se regula la responsabilidad de los guardadores de incapaces y padres de menores en un mismo párrafo, y bajo el mismo criterio de imputación que su antecesor, la «culpa presunta», aunque por la referida ascendencia francesa convirtió a la responsabilidad de los padres en directa ¹²⁴, si bien no recoge como presupuesto de la responsabilidad civil de ambos guardadores la compañía como lo exigía el precepto francés. Y así ha continuado a través de la historia codificadora penal: en el artículo 77 del CP 1928; en el artículo 20 del CP 1932; y, por último, en el artículo 20 del Texto refundido de 1973 (aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de sep-

usando las facultades que tiene; y si el padre o tutor pudieron impedir el mal deben responder por su falta propia». En términos parecidos se pronunció el Sr. Luzuriaga al afirmar de modo taxativo que: «el que no tiene respecto de un muchacho la diligencia de un buen padre de familia no debe ser responsable».

¹²¹ PACHECO, J. F., *El Código Penal ...*, *ob. cit.*, p. 292, argumenta que: «si el encargado de un demente debería *probar* para eximirse que no existió culpa por su parte negligencia ni culpa; el encargado de un menor de quince años no habría de tener, a nuestro juicio, una obligación tan indispensable. Creemos que la prueba no debería competirle, que su prueba no debería ser necesario. Solamente le impondríamos responsabilidad cuando constase su descuido. Así lo decía primitivamente el artículo, y no entendemos que se haya acertado reformándolo. La Junta de Colegios de Abogados opina también como nosotros».

¹²² Aunque referido a la normativa italiana, *vid.* CORSARO, L., «Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 156.

¹²³ De CASTRO, F., *Derecho civil de España*, t. II, *ob. cit.*, p. 190.

¹²⁴ El artículo 19.1 establece que son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el loco o el imbecil, y el menor de nueve años o el mayor de quince que no hubiera obrado con discernimiento, «los que lo tengan bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia».

tiembre), que supuso un punto de inflexión en cuanto a la carga de la prueba al sustituir la expresión: «a no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia» de los Códigos anteriores, por el de «siempre que hubiera por su parte culpa o negligencia». Este cambio lo atribuimos más al temor de los penalistas a la presunción de culpa, de todo punto infundado al recordar que estamos en materia civil, que a cualquier argumento jurídico de otra naturaleza.

No obstante, en orden a comprender que en esta etapa histórica la igualdad jurídica en lo que respecta a la responsabilidad civil de los guardadores del menor y del incapaz no deja de ser teórica, creemos de interés recoger el apunte de Bercovitz Cano acerca de la primera normativa sobre los internamientos de los presuntos enfermos mentales.

En concreto, en los Reales Decretos de 1885 se recogía la subordinación de la actuación de las autoridades gubernativas locales a la voluntad de los familiares del presunto enfermo mental, y esto, aunque se tratase de un enfermo especialmente peligroso, de manera que si la familia decidía hacerse cargo del enfermo, no había lugar al internamiento mismo, e incluso aquélla respondería penalmente de los daños que pudiera causar el enfermo¹²⁵. En concreto, la norma quinta de la Real Orden de 20 de junio de 1885 recuerda, de modo expreso, la responsabilidad prevista en el artículo 599, números 2 y 3 del CP de 1870 que equipara la negligencia en la custodia de un loco a la de los animales feroces y dañinos, a la hora de castigar penalmente la falta de diligencia debida en la custodia de unos y otros. Y lo que es más sorprendente es el hecho de que esta norma jurídica haya tenido una línea de continuidad hasta el CP de 1973, en cuyo artículo 580 se consagraba que serían castigados con las penas de multa de 250 a 2.500 pesetas y a reprensión privada a los encargados de la guarda o custodia de un enajenado que le dejasen de vigilar por las calles o sitios públicos sin la debida vigilancia, y a los dueños de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en disposición de causar mal¹²⁶.

B. La responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz

En relación a la responsabilidad civil por hecho propio del menor de edad y del incapaz, hay que resaltar que en los primeros

¹²⁵ BERCOVITZ CANO, R., *La marginación de los locos en el Derecho*, ed. Taurus Ediciones, Madrid, 1976, p. 137.

¹²⁶ *Ibid.*, artículo 485, núms. 10 y 11, CP de 1848; artículo 495, núms. 8 y 9, CP de 1850; artículo 599, núms. 2 y 3, CP de 1870; artículo 810, núms. 2 y 3, CP 1928; artículos 575, núms. 2 y 3, CP de 1932; artículo 580, núms. 1 y 2, CP de 1944; y el artículo 580, CP de 1973.

Códigos penales sólo se regulaba la irresponsabilidad del menor de edad hasta los siete años, dependiendo la responsabilidad penal de aquellos menores que superaran una determinada edad de si había obrado o no con discernimiento y malicia; pero en lo que se refiere a la responsabilidad civil sólo se aludía a la responsabilidad civil por hecho ajeno de los guardadores, tal y como hemos analizado en el apartado anterior.

Sin embargo, nos queremos detener en cómo trató el CP 1848 la responsabilidad civil por hecho propio de los menores de edad y de los incapaces. En concreto, al margen de la responsabilidad civil por culpa si alguien comete un delito, si se ponen en conexión sistemática los párrafos primero y segundo del artículo 16 CP se desprende que los menores de quince años inimputables penales son responsables civiles directos del daño, y los locos y dementes inimputables penales son responsables civiles, aunque subsidiariamente.

Las teorías, sin embargo, que sustentaron y explicaron el tipo de criterio de imputación de la responsabilidad civil de los menores e incapaces inimputables penales se dividen, en nuestra opinión y siguiendo las Actas de la Comisión General de Codificación del CP 1848 (1844-1845), en dos: las que sostienen un criterio de imputación subjetivo y objetivo, respectivamente. El interés de sus razones en orden a interpretar el precepto legal anterior, en el que se afirma la responsabilidad civil directa de los menores mayores de quince años y subsidiaria de los incapaces, nos lleva a estudiar aquéllas con más detenimiento.

La teoría subjetiva la sustentaron Goyena y Luziáraga, lo que les llevaba a dos tipos de afirmaciones. Por una parte, estar en contra de la responsabilidad de los locos y dementes e infantes, pues argüían que: «donde no hay culpa no hay voluntad», y, en su caso, sólo habían de responder los guardadores de éstos ¹²⁷. Y, por otra, una afirmación de todo punto interesante, defender la responsabilidad de los menores no infantes sobre la base de su imputabilidad civil, que es distinta de la imputabilidad penal ¹²⁸, merced a que la

¹²⁷ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, apéndice IV, *ob. cit.*, pp. 547 y 548, recoge la opinión del Sr. Goyena y el Sr. Luziáraga de que para imponer la responsabilidad a los infantes y a los locos y dementes falta el elemento de la moralidad.

¹²⁸ PACHECO, J. F., *El Código Penal ...*, *ob. cit.*, pp. 164 y 163, nos explica el requisito de la imputabilidad penal, el discernimiento, en los siguientes términos: «discernir no es sólo juzgar, ni discernimiento es cualquier juicio; si fuera así, no cabría la menor duda de que habría de hallarse en el menor de quince años, ya que de ocho a diez años ya juzgan, y de trece y catorce tienen raciocinio. Por tanto, no es la mera voluntad ni el menor ejercicio de la simple razón, ni juzgar únicamente, en globo, lo bueno y lo malo. Discernir es “juzgar con rectitud”, distinguir una cosa de otra por las diferencias que hay entre ellas. (...). Tanto indican la inteligencia de la mente como la noción de lo que pasa y sucede en el mundo. Por eso los niños no tienen discernimiento: fáltales lo objetivo para que sea recto y

responsabilidad civil no requiere que concurren las mismas circunstancias que para la criminal, pues: «para la primera basta que haya conocimiento del daño que se causó, aunque no de la moralidad del acto»¹²⁹. De modo que los partidarios de esta teoría querían bajar la edad, de nueve a siete años, para declararles responsables civiles sobre la base de su imputabilidad civil.

Por otra parte, la teoría objetiva la sostuvieron Pacheco y Seijas sobre la base, en esencia, de que en la responsabilidad de los infantes y de los locos y dementes concurren todos los elementos de equidad, ya que hay que atenerse al gran principio de que la sociedad debe defender al individuo¹³⁰. Más en concreto, respecto a los incapaces, se argüía: «que el triste estado de nuestra inteligencia no puede eximirnos de la regla, razonable y justa, de que hemos de responder de las consecuencias de nuestros hechos, pues así como el demente ha de pagar lo que come, así también ha de reparar lo que daña. En definitiva, la justicia social ha de ampararle en su triste estado; mas esa protección no se ha de convertir en perjuicio de los que le rodean»¹³¹. Y, en términos semejantes razonan para los menores, pues arguyen que «no pueden ser de mejor condición los menores de quince años, para el punto de la responsabilidad civil, que lo son los locos y dementes»¹³².

Es interesante, por último, apuntar a la opinión ecléctica de Goyena que, amén de defender, como hemos expuesto, una responsabilidad civil subjetiva de los menores imputables civiles, entiende que rige un criterio de imputación objetivo para los incapaces y ciertos menores, pues nos advierte que los artículos del título II, capítulo II, del CP de 1848 se basan en un principio general que informa claramente la regulación de la responsabilidad civil: «Toda persona está obligada a reparar el daño que hubiere causado sin derecho o sin razón, ya lo cause voluntariamente o lo ocasione involuntariamente». Y razona que aunque, en general, los menores de quince años y los incapaces causaron el daño involuntariamente, lo ocasionaron sin razón y sin derecho, y entre la alternativa de que sufra el daño el que lo causó inocentemente y el que lo padeció también sin dar motivo alguno para que se lo ocasione, la ley no

completo el uso de la razón. Sin duda, tienen ya la idea del bien y del mal; pero esa idea es confusa; pero no conocen las consecuencias de los males».

¹²⁹ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, Apéndice IV, *ob. cit.*, pp. 548. El Sr. Luzuriága argumentaba que en el mismo principio se ha impuesto la responsabilidad civil a una porción de personas que no han tomado parte en el delito, y que sólo han contribuido indirectamente al daño sin conocer, ni participar de la moralidad del acto.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 548.

¹³¹ PACHECO, J. F., *El Código Penal ...*, *ob. cit.*, p. 290. En sentido parecido, ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. IV. Voz: personas responsables civilmente de los delitos y faltas, Madrid, 1876, p. 581.

¹³² PACHECO, J. F., *El Código Penal ...*, *ob. cit.*, p. 291.

duda en hacerlo recaer sobre aquél, como menos acreedor que éste a su consideración, y en virtud del Derecho civil que protege al injustamente perjudicado¹³³.

A nuestro juicio, la ambigüedad de los términos de los preceptos reguladores de la responsabilidad civil de menores de edad y de los incapaces en el CP de 1848, al no señalar, de modo explícito, criterio de imputación alguno, otorga una mayor flexibilidad al juzgador, como hemos constatado de los comentarios a dicha Ley. Pues aunque era claro que defendían para los locos y dementes un criterio de imputación objetivo, sin embargo, dejaron la puerta abierta a la posible imputabilidad civil del menor inimputable penal, permitiendo al juzgador: o bien responsabilizar al menor sobre la base de su culpa; o bien, responsabilizar al menor, sobre la base de un criterio objetivo, en ciertos supuestos en los que el menor fuera inimputable civil (quizás ante la insolvencia de los padres), al igual que los incapaces; aunque, respecto a estos últimos, no dejan lugar alguno a una posible imputabilidad civil¹³⁴.

Y, por último, es dable incidir en el hecho que el párrafo segundo del artículo 19 del CP de 1870 une la responsabilidad de los menores de edad y la de los incapaces, configurando a ambas con un carácter subsidiario, y, *prima facie*, bajo un criterio de imputación objetivo; lo que también ha tenido una línea de continuidad en la historia codificadora hasta el artículo 20 CP 1973¹³⁵. De modo que, a nuestro juicio, este cambio supone un paso atrás respecto al CP 1848 por dos razones: en primer lugar, porque el hecho de

¹³³ GARCÍA GOYENA, F., *Febrero reformado*, 4.ª ed., t.V, Madrid, 1852, resalta las diferencias entre el menor y el incapaz, de modo que defiende que la responsabilidad directa de los menores se fundamenta en que aunque el menor no percibe bastante la inmoralidad de la acción no carece de inteligencia e instinto suficiente para comprender el daño material que ocasionó, lo que no milita en el loco; y, por tanto, la guarda de los menores no exige la gran vigilancia que la de los dementes y, antes al contrario, la necesidad de atender a su educación requiere que se les deje la libertad necesaria para seguir sus estudios u oficio.

¹³⁴ Esta opción puede encontrar fundamento en las palabras de Pacheco al defender: «Es mi concepto que el que sufre un mal debe ser indemnizado, sea loco o niño el causante, pero respecto a éste advierto también que el loco es la persona absolutamente privada de razón» —*vid.* LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, t. 5, Apéndice IV, *ob. cit.*, p. 549—.

¹³⁵ En lo que ha existido un cambio es, por un lado, en elevar la edad para ser inimputable penal a los dieciséis años, lo que se produjo en el CP de 1928, y, por otro, en la terminología utilizada para referirse a los incapaces: loco o imbecil (CP 1870), enfermo mental (CP 1928); enajenados y sordomudos (CP 1932); enajenado, y el que por sufrir alteración en la percepción tiene alterada la conciencia de la realidad (CP 1973).

Así, el artículo 20 CP. Primera. 2.º pf: «No habiendo persona que las tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes las propias personas a que hace referencia el párrafo anterior (el enajenado, y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, el menor de dieciséis años, y el que por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad) dentro de los límites que para el embargo de los bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal».

que la responsabilidad civil del menor de edad y la del incapaz se regulen conjuntamente conlleva que el prejuicio doctrinal y jurisprudencial de que el incapaz es, en todo caso, irresponsable civil se traspase al menor de edad, a pesar de que los términos legales del CP 1870 siguen siendo tan ambiguos como los del CP precedente, al no recoger explícitamente criterio de imputación alguno, y difícil, por tanto, la posibilidad que ofrecían los términos del CP 1848 de, al menos, declarar responsable civil al menor de edad sobre la base de su imputabilidad civil. Y, en segundo lugar, porque configurar ambas responsabilidades con carácter subsidiario favorece, a su vez, la interpretación del criterio de imputación en un sentido objetivo, pues con tal carácter se regulaba la responsabilidad civil del incapaz en el CP precedente, del que se juzgaba que era inimputable penal y civil en todo caso.

Sin embargo, creemos que tampoco dejan de ser válidos los razonamientos expuestos, aunque por una doctrina minoritaria, respecto al doble criterio de imputación para menores; pues así lo refrenda DE CASTRO cuando, de modo taxativo, afirma que la responsabilidad patrimonial del menor puede nacer, *además*¹³⁶, con independencia de su culpa o negligencia, cuando (por su edad) haya obrado sin pleno conocimiento. Por el contrario, este autor sólo admite la responsabilidad objetiva para el incapaz¹³⁷, en lo que disentimos, pero como esta cuestión desborda la intención de este apartado, dejamos su análisis para un momento posterior.

C. A modo de resumen comparativo

La codificación penal trae dos novedades a resaltar respecto a nuestro tema de estudio. Por una parte, en relación a la responsabilidad por hecho propio, que la responsabilidad objetiva del menor de edad y del incapaz, o sin culpa, encuentra su primera formulación legal al regularse la responsabilidad civil *ex delicto*. Si bien, hay que precisar que, cuando la responsabilidad civil del menor de edad y la del incapaz se ha regulado separadamente, la flexibilidad de los términos legales permitía la posibilidad del doble criterio de imputación en la responsabilidad civil del menor de edad: una responsabilidad civil objetiva para el menor de edad inimputable penal y civil, y la responsabilidad civil por culpa para el menor de edad imputable civil; frente al prejuicio histórico constante de que el incapaz es irresponsable civil en todo caso, a causa del concepto que se tenía de la enfermedad psíquica en particular, y del incapaz,

¹³⁶ Se refiere a la responsabilidad por culpa.

¹³⁷ DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, t. II, *ob. cit.*, pp. 191 y 318.

en general. Sin embargo, en el momento en que ambas responsabilidades se regularon conjuntamente en el CP de 1870, y con carácter subsidiario, se dio un paso atrás, dificultando la posibilidad apuntada del doble criterio de imputación, al menos, para el menor de edad, como pondrá de manifiesto la opinión doctrinal mayoritaria española que se estudiará en los capítulos siguientes.

Y por otra, en relación a la responsabilidad por hecho ajeno, que, sentado que las codificaciones penales apuntadas regían cuando estaban vigentes, aún, Las Partidas, se ha constatado, curiosamente, una clara disparidad entre ambas normativas en lo que respecta al criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres del menor. Pues, la irresponsabilidad civil por hecho ajeno de los padres deja de tener carta de naturaleza en los primeros Códigos penales que consagran un criterio objetivo de imputación, al igual que el Derecho romano, y, en un momento posterior, en el CP de 1848 que consagra, por primera vez, una responsabilidad civil subjetiva, por culpa presunta, en la misma línea que los guardadores del incapaz. Y, por el contrario, hemos visto una paridad entre Las Partidas y la normativa penal en lo que respecta al criterio de imputación por culpa en la responsabilidad civil de los guardadores del incapaz, de tal modo que se convierte en una constante histórica. Aunque, comparando ambas normativas, hemos encontrado, sin embargo, una clara disonancia en lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación en la responsabilidad civil por hecho del incapaz, pues, recordemos, Las Partidas declaran responsables a los «familiares» del incapaz, y llegamos a la conclusión que éstos no podían ser los curadores de aquél al no tener el deber de compañía; y, sin embargo, las Codificaciones penales dejan de hablar de familiar y declaran responsable, de modo novedoso, «al guardador legal» del incapaz, en orden, creemos, a equipararlo al guardador legal del menor, que son los padres.

En definitiva, las disonancias apuntadas entre la normativa penal y civil en esta etapa histórica tienen su explicación, a nuestro juicio, en la novedosa regulación conjunta de la responsabilidad civil de los padres del menor y de los guardadores legales del incapaz en la codificación penal, lo que trajo como consecuencia que se produjeran influencias recíprocas en la conformación jurídica de ambas responsabilidades civiles, y sobre todo en el criterio de imputación: así, el criterio de la culpa, aunque en un sentido objetivo, que ha caracterizado históricamente a la responsabilidad civil de los familiares del incapaz parece contagiar a la responsabilidad civil de los padres del menor que pasa a ser, por primera vez, por culpa presunta. Y, a su vez, el hecho de que los padres del menor

fueran los guardadores legales de éste pudo influir en que pasara de residenciarse la responsabilidad civil de los familiares del incapaz, que vivían con él, a los guardadores legales del incapaz, los tutores, que, como se ha apuntado, no tienen el deber legal de compañía. De modo que dicho cambio va a plantear, desde una primera aproximación, un problema en la etapa siguiente, en concreto, en relación con uno de los presupuestos de la responsabilidad civil del guardador del incapaz consagrado en el nuevo CC español de 1889, por influencia del francés, y que va a tener una línea de continuidad hasta la normativa actual: el «deber de compañía», pues, mientras los padres tienen el deber de compañía de los hijos, lo que permite su vigilancia, los tutores y otros guardadores legales no la tienen, como regla general, respecto a los incapaces.

2. PRECEDENTES DE LA CODIFICACIÓN CIVIL: ESPECIAL REFERENCIA AL PROYECTO ISABELINO DE 1851, Y A LA INFLUENCIA FRANCESA

No podemos ignorar, en primer lugar, la innegable influencia francesa en la formulación de un principio general de responsabilidad civil¹³⁸. En concreto, Domat fue quién, elevándose sobre supuestos particulares, formula el principio general de responsabilidad civil que, frente a la fórmula de Grocio, tiene como ventaja el ser heredera directa de toda la tradición romanista, ya que en este autor confluyen las dos corrientes constituidas por la Escuela romanista culta (empleando los viejos métodos de la recepción del Derecho romano del *mos italicus* y del *mos gallicus*)¹³⁹. Y, lo que es más relevante a efectos de nuestro objeto de estudio, por una parte, definió a la culpa extracontractual¹⁴⁰ como «el error o la temeridad

¹³⁸ La responsabilidad civil experimentó un giro cualitativo en su larga trayectoria hacia la formulación de un principio general. Ésta tuvo lugar en una primera fase al difundirse, paulatinamente, el carácter penal que había informado a las indicadas figuras –ya se reflejó la ausencia del carácter penal en la Glosa, a través de la «*actio civilis*»– cuyo objeto vino a consistir sólo en obtener el correspondiente resarcimiento. De manera que, aunque la obligación de reparar el daño no constituía un principio general, sin embargo, se empezó a plasmar en enunciados muy generales comprensivos de cualquier hipótesis de lesión injusta, llegándose a pautas de gran amplitud expresivas de una exigencia de justicia capaz de dar respuesta a toda suerte de eventos lesivos, y sólo en época relativamente reciente, como ya se ha apuntado, se llamó a dicha obligación responsabilidad.

¹³⁹ DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, París, 1777, l. II, tit. VIII, sect. IV, n. I: «*Toutes les pertes ou dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'aurait pas eu l'intention de nuire.*».

¹⁴⁰ GANZZANIGA, J. L., *ob. cit.*, p. 25, nos explica que Domat distinguía tres clases de culpa: las que provienen de crímenes y delitos, las que son faltas a las obligaciones contractuales, y las que no son ni lo uno ni lo otro.

de tratar cuestiones de las que uno no es capaz, con independencia de que dicha incapacidad viniera de su ignorancia o de la enfermedad o deficiencia mental de quien lo acomete»¹⁴¹; y, por otra, estableció el límite de la responsabilidad civil en el caso fortuito o «acontecimiento independiente de la voluntad de las personas a quienes sobreviene», siempre y cuando no se deba a la *faute* de una persona, pues en este caso quien resultare autor de la falta cometida debe reparar el daño que haya ocasionado»¹⁴². En otras palabras, en el siglo XVII, cuando se produjo el tránsito hacia una formulación general, se admitía que el fundamento de la responsabilidad civil era la equidad en el sentido de la natural exigencia de «*chacun supporte le mal que son erreur ou son imprudence cause*»¹⁴³.

Si bien, y de igual modo, no se puede obviar la influencia que el Proyecto de CC de 1851 ejerció en el artículo 1902 del vigente CC, pues, como dejamos apuntado, el propio mandato de la Base 1.^a de la Ley de Bases de 1888¹⁴⁴ manda tener por fundamento el Proyecto de CC de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, el que no podía ser reformado por el CC más que en cuanto ciertas y determinadas Bases así lo exigieran, o por aquellos principios que hubieran obtenido ya el aplauso y la aceptación universal del Derecho¹⁴⁵. Y, asimismo, este Proyecto supuso un cambio en la regulación y tratamiento del enajenado respecto a Las Partidas, al determinar el ámbito de las funciones del curador del enajenado (arts. 278, 279 y 285).

¹⁴¹ DOMAT, J., *Institutions du droit français*, «*C'est une faute et une témérité de se mêler de ce dont on n'est pas capable: soit que l'incapacité vienne de l'ignorance ou de l'infirmité et faiblesse de celui qui l'entreprind*».

¹⁴² Ref. DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. II (trad. D. Felio Villarubias y D. José Sardá), ed. Librería de Esteban Pujal, Barcelona, 1861, p. 65, en Peña López, F., *ob. cit.*, np. 75, p. 31.

¹⁴³ «Cada uno soporta el mal que su error o su imprudencia cause.»

¹⁴⁴ Introducción, por de los Mozos, J. L., en *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889*, preparada por Rosario Herrera y M.^a Ángeles Vallejo, Archiveras Bibliotecarias de las Cortes Generales, vol. I., ed. CCGP, Senado, Madrid, p. 58, que nos habla del valor de la Ley de bases: «(...) tiene un indudable valor interpretativo, como instrumento de interpretación histórica (referida al contenido histórico –dogmático que informa un precepto formulado de forma sucinta o lacónica) y aún como interpretación finalista, tomada en cuenta en función histórica (naturalmente para precisar la actual y verdadera *ratio legis* del precepto y que, en muchos casos, modifica por razones de actualización o de adecuación a una nueva orientación el precepto anterior...)». Esta afirmación la corrobora la jurisprudencia en las SSTs de 23 de junio de 1949; 22 de diciembre de 1943; 10 de febrero de 1947; 22 de enero de 1948; o 16 de mayo de 1963, etcétera.

¹⁴⁵ Discurso del senador COMAS, Augusto, en Sesión de 5 de febrero de 1889 (núm. 37), «Enmiendas y Adiciones al Código Civil publicado por el Gobierno. 1888-1889. Senado. Debates», en *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889...*, *ob. cit.*, p. 1114.

A. La responsabilidad civil del menor de edad y del incapaz

La doctrina mencionada de Domat tuvo innegable repercusión en el artículo 1382 *Code* francés, en el que se residencia la responsabilidad civil por hecho propio, en concreto en la palabra *faute* (falta o error), pues durante los trabajos preparatorios al CC francés se recogió que: «*todo individuo es garante de sus actos. Si este acto causa a otro algún daño, es necesario que quien lo ha causado por su faute esté obligado a repararlo, siendo la razón que la ley no puede equilibrar entre el que se equivoca y el que sufre el daño. Esta regla constante, invariable, tiene la finalidad de que quien sufra un daño por el hecho o la faute de alguien encuentre en todos los casos un medio de indemnización*»¹⁴⁶. En otras palabras, los trabajos preparatorios al CC querían presentar un principio de seguridad para proporcionar a todo ciudadano, indistintamente, plena confianza en ver reparado cualquier perjuicio causado por él a otro, lo que era coherente con los criterios rectores de la obra codificadora que desembocó en el artículo 1382 del CC francés¹⁴⁷.

El precepto francés, a su vez, influyó en el artículo 1900 del Proyecto Isabelino de 1851¹⁴⁸, ya que éste se limitó a refundir, por

¹⁴⁶ FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, réimpr. de l'édition de 1827. Osnabrück, pp. 474-489: «*Tout individu est garant de son fait. Si ce fait cause à autrui quelque dommage, il faut que celui par la faute duquel il est arrivé soit tenu de le réparer*», siendo la razón que la ley no puede equilibrar entre el que se equivoca y el que sufre el daño. «*Cette règle constante, invariable, qui veut que celui qui souffre un dommage par le fait ou la faute de quelqu'un trouve dans tous les cas un moyen d'indemnité*».

En concreto, TARRIBLE, en su Discurso al Cuerpo Legislativo, hace referencia de modo explícito a que: «La responsabilidad no puede alcanzar a quienes están exentos de todo reproche; pero este acto de justicia hacia ellos no puede librar al verdadero autor del daño: menor o encargado, alumno o aprendiz, queda siempre obligado a repararlo, cualquiera que sea su condición». Y, BERTRAND DE GREUILLE en su Comunicación hecha al Tribunal el 6 de febrero de 1804: «Todo individuo es garante de sus hechos, y ésta es una de las primeras máximas de la sociedad de la que se sigue que, si un hecho causa a otro algún daño, se está obligado a repararlo. Este principio es consecuencia de orden público. La ley no puede establecer un equilibrio entre el que se equivoca y el que sufre. Donde quiera que contemple que un ciudadano ha sufrido una pérdida, excrutina si le hubiera sido posible al autor no causarla. Todo lo que él tiene derecho a exigir es que no se infame su persona y que se le conserve su honor. Pero no es exigirle demasiado imponerle sanciones pecuniarias proporcionadas a la entera magnitud de lo que él ha hecho sufrir a otro, por su poca prudencia e inatención» –FENET, P. A., *ob. cit.*, pp. 475 y 489–.

¹⁴⁷ Ref. *Naissance du Code civil*, préface de François EWALD, París, 1989, p. 338, en LÓPEZ JAOSTE, J. J., «El principio de responsabilidad civil...», *ob. cit.*, np. 43, p. 4933. Dicho precepto se aprobó sin debate: «*Tout fait quelqu'un de l'homme que cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*». Se fundó «*en la raison, la sagesse, l'équité naturelle, et dans les principes de la plus saine morale qu'on ée puissés les régles du quasi-délits*».

¹⁴⁸ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias y motivos...*, *ob. cit.*, p. 253, nos indica los precedentes del artículo 1900 del Proyecto del CC de 1851, «Todo el que ejecuta un hecho en que interviene algún género de culpa o negligencia, aunque no constituya delito o falta,

un lado, el 1382 del *Code* que establece, como consecuencia de cualquier hecho dañoso del hombre, la obligación de reparar el perjuicio a cargo de «*celui par la faute duquel il est arrivé*»¹⁴⁹, y por otro, el artículo 1383 que responsabiliza al agente «*non seulement par son fait, mais encore par sa negligence ou par son imprudence*»¹⁵⁰. Y, de nuevo, el precepto isabelino influyó, como hemos apuntado, en el artículo 1902 CC, de modo que se puede entender que el principio jurídico que lo informa es que toda persona es garante de sus hechos con independencia de sus condiciones personales subjetivas.

De este encadenamiento de influencias se desprende que, para llegar al verdadero sentido que tiene el término culpa en el artículo 1902 CC, hemos de tener en cuenta que ésta supone una traducción poco afortunada de la palabra *faut* del *Code* de Napoleón, que ha conllevado que el significado de culpa se identifique únicamente con su sentido actual de culpa subjetiva o negligencia que exige la imputabilidad en el autor. Y, sin embargo, según hemos expuesto, el concepto de *faute* porta en sí la connotación, además, de «acción torpe», comprendiéndose en ella supuestos de dolo, de culpa y de casos en que, sin culpabilidad subjetiva, surge, por lo que pudiéramos llamar antijuridicidad objetiva, la obligación de indemnizar. Por consiguiente, según Lacruz, el artículo 1902 CC incluye en su ámbito de aplicación, además de la culpa negligencia, por un lado, a los actos involuntarios¹⁵¹, y por otro, a los actos realizados por incapaces.

está obligado a la reparación del perjuicio ocasionado a tercero», que encabezaba el capítulo III intitulado «De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia».

Este autor resalta que, además de la influencia de ciertos Códigos europeos (redactado conforme los artículos, 1384 Francés que usan de las palabras, como ya hemos visto, *culpa o negligencia, imprudencia*, 1336 y 1337 Napolitanos, 1500 y 1501 Sardos, 1037 y 1038 de Vaud, 1401 y 1402 Holandeses y 2294 y 2295 de la Luisiana); era evidente la del Derecho romano, en concreto del título 2 libro 39 del Digesto, ya sea la ley 27, párrafo 5: «*Si quis alteri damnum faxit quod usserit, fregerit, ruperit, injuria: tantum oes dominio dare damnas esto*»; la ley 5, párrafo 1: «*Injuriam hic accipimus quod non jure factum est, hoc est contra jus: damnum culpa datum, etiam aba eo qui nocere noluit*»; y la ley 44 «*In lege Aquilia et levissima culpa venit*». Lo que lo constata el hecho de que de dicha nota se impregnaron las Partidas, en concreto, la regulación de todo el largo título 15 de la Partida 7.^a que consagra que «*Tenudo es de fazer emienda, porque, como quier que el non fizo a sabiendas el daño al otro, pero acaesció por su culpa*».

¹⁴⁹ «... a cargo de quién por su culpa ha ocurrido el daño.»

¹⁵⁰ «... no solamente por su hecho, sino también por su negligencia o su imprudencia...»

¹⁵¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, *Contratos y cuasicontratos*, ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 496. En opinión del autor el artículo 1902 CC no especifica tal distinción, por lo que si alguien causa daños mediante un hecho suyo involuntario, pero que de algún modo pudo o debió evitar, subsiste la obligación de resarcir, pues ha perjudicado a otro interviniendo negligencia. A lo dicho le une el criterio sistemático, pues los preceptos 1903 ss. CC no atienden para exonerar de ella a la voluntariedad del hecho, sino a la diligencia puesta para evitar el daño, «*y no va a ser el agente del daño de mejor condición que sus animales*».

B. La responsabilidad civil de los padres del menor y de los guardadores del incapaz

En lo que respecta a la responsabilidad civil por hecho ajeno, Domat no reconoció la existencia de la responsabilidad civil del cabeza de familia como categoría independiente; no obstante, aludió a ella y a la presunción de culpa de modo implícito, según Ranyard, al referirse a «los que, pudiendo impedir un daño que, por algún deber, tenían la obligación de prevenir, hubieran faltado, podrán quedar obligados según las circunstancias»¹⁵². Y fue Pothier, en un momento posterior, quien formuló un principio general de responsabilidad civil por hecho ajeno en los siguientes términos: «no solamente la persona que ha cometido un delito o cuasidelito está obligada a la reparación del daño que ha causado, sino que quienes tienen bajo su autoridad a dichas personas, tales como los padres, madres, tutores, y preceptores, son responsables de esta obligación cuando el delito o cuasidelito ha sido cometido en su presencia y, generalmente, cuando pudiendo evitarlo no lo han hecho. Pero si ellos no lo han podido evitar, no son responsables, aun cuando el delito hubiera sido cometido a su vista o lo hayan sabido»¹⁵³.

En puridad de términos, este principio de responsabilidad por hecho ajeno se resumía en que el padre debía responder, salvo que hubiere probado que no pudo impedir el hecho del menor; culpa que se presumía en caso de que el menor cometiera el daño en su presencia, y que, por el contrario, se resolvía caso por caso, en el supuesto de ausencia.

Y de nuevo, las doctrinas de Domat y Pothier encontraron eco, de modo directo, en la elaboración del artículo 1384 *Code* francés que se corresponde en lo esencial, a excepción de la desaparición de la responsabilidad del tutor, al artículo 19 del Proyecto del CC francés presentado por Bigot-de-Préameneau el 24 de noviembre de 1803CC y que establecía que: «*el padre y la madre, tras la muerte del marido, es responsable del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos. Y esta responsabilidad tenía lugar a menos que el padre, la madre, patronos y comitentes probasen que no pudieron impedir el hecho que daba lugar a esta responsabilidad*»¹⁵⁴.

¹⁵² Ref. RANYARD, Y., *La responsabilité civile dans Domat*, París, 1943, lib. II, tit. VIII, sec. IV, VIII, p. 75, en LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, np. 115, p. 59.

¹⁵³ POTHIER, R. J., *Traité des obligations. Oeuvres*, t. I, París, 1825, núm. 121.

¹⁵⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *ob. cit.*, pp. 62 y 65. En lo que respecta a la responsabilidad civil de los padres, el CC francés parece haberse inspirado en la *Coutume de Bretagne*, y, más directamente, en las doctrinas de Domat y Pothier que se referían expresamente a una responsabilidad civil presunta general del padre.

Pero a lo largo del debate de elaboración del CC francés se incidieron en dos ideas en lo que respecta a la responsabilidad civil de los padres, pues, como hemos dicho, se había eliminado la del tutor. Por un lado, en la idea de que aquella debía ser enmarcada en sus justos términos, limitándola a la responsabilidad por los hechos de los hijos menores que habitasen con ellos¹⁵⁵. En razón de que esta responsabilidad guarda relación con la potestad o la autoridad que la ley atribuye a los padres sobre sus hijos menores; más en concreto, con la necesidad que tienen de vigilar su conducta con celo, de modo que si los hijos no viven con los padres el ejercicio del poder del padre es menos seguro, y su vigilancia casi ilusoria¹⁵⁶. Y, por otro, en la idea de garantía, a veces la única con la que cuenta la víctima de la reparación del daño, de tal modo que se reguló la presunción de culpa con la pretensión de restringir al máximo la posibilidad de que el padre pudiera exonerarse. Y justificaron dicha restricción, a su vez, en que los padres están investidos legalmente de la autoridad suficiente para que sus hijos respeten los intereses ajenos, de modo que si éstos son transgredidos debe entenderse que había existido un claro relajamiento de la disciplina doméstica que constituye falta o negligencia, y sólo podrán exonerarse si demuestran probar que no pudieron impedir el hecho, ya que la imposibilidad constante equivale a fuerza mayor¹⁵⁷. En definitiva, el CC francés estableció que el hecho de que un menor que habite con sus padres cause un daño presume negligencia en el padre, y es una causa indirecta, pero suficiente, para hacer recaer sobre ellos la carga de la reparación.

Y la fórmula francesa ejerció, a su vez, influencia en el artículo 1901 del Proyecto del CC español de 1851 en lo que respecta al requisito de la compañía, el cual incide en la idea de la dependencia entre los padres y el hijo, pues aquel precepto señalaba que: *«(...) el padre y la madre viuda son responsables de los perjuicios causados por los hijos que están bajo su potestad, y viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y en su compañía. Esta disposición se extiende a los curadores de los locos o dementes. (...) La responsabilidad de que se trate en todos los casos de este artículos cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».*

¹⁵⁵ En estos términos se expresaba TREILHARD al presentar el título IV del libro III de Proyecto al Consejo de Estado –*vid.* FENET, P. A., t. XIII, *ob. cit.*, pp. 467 y 478–.

¹⁵⁶ En estos términos se expresaba BERTRAND DE GREUILLE en su Informe al Tribunal –*vid.* FENET, P. A., t. XIII, *ob. cit.*, pp. 475 y 476.

¹⁵⁷ En estos términos se expresaba TARRIBLE en su discurso al Cuerpo Legislativo –*vid.* FENET, P. A., t. XIII, *ob. cit.*, pp. 475 y 476–.

Sin embargo, el precepto isabelino, antecedente directo de nuestro artículo 1903 CC, introduce elementos importantes para el entendimiento de esta institución, que difirieren del precepto francés: en primer lugar, en lo que respecta al concepto jurídico indeterminado de «toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño» como fórmula que compendia la exoneración de responsabilidad civil de padres, tutores y curadores¹⁵⁸, ya que la fórmula francesa reside en: «hacer todo lo posible para evitar el daño», la que implica, en una primera aproximación, una mayor objetividad que el modelo español. Si bien, si se tienen en cuenta los antecedentes históricos expuestos, no parece coherente interpretar la expresión de la cláusula exoneradora del precepto español en el sentido de que el criterio de imputación reside en haber vigilado o haber educado mal a los hijos, sino en un sentido más de garantía. Y, en segundo lugar, en el hecho de que los tutores y curadores quedaran comprendidos en el precepto, cuando el CC francés los excluye en el artículo 1384. Esta referencia, entonces, parece tomarse del artículo 2299 del CC de Luisiana de 1824¹⁵⁹ que añade al francés el párrafo que reza que: «los tutores y los curadores son responsables del daño causado por los menores e insanos que estén bajo su guarda»¹⁶⁰. Sin embargo, se puede constatar cómo este precepto, a diferencia del 1901 del CC de 1851, no incluía como requisito de la responsabilidad civil del tutor la compañía del incapaz, sino solamente la guarda. Entendemos que el hecho de que el Código de Luisiana no exigiera la compañía, como requisito de la responsabilidad civil de los tutores y curadores del incapaz, salvó la incoherencia de la que adolece el precepto español. Pues, al igual que otros Códigos europeos contemporáneos, el CC de Luisiana no incluía entre los deberes del curador la compañía, pues era común que el loco o demente estuviera internado en una *maison de la santé*, o *lieu de sûreté*¹⁶¹, a excepción de que el tutor fuera el espo-

¹⁵⁸ NAVARRO MICHEL, M., *ob. cit.*, p. 51.

¹⁵⁹ DE SAINT-JOSEPH, A., *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, deuxième édition, t. II, París, 1856, p. 457. La *Louisiane* es el único Estado de América del Norte que ha querido coordinador de sus costumbres y sus leyes para elaborar un CC regular. Este Estado se regía con anterioridad a 1824 por las leyes españolas, por la costumbre de París, y por innumerables estatutos de los Estados Unidos. En 1824, la sexta legislatura de Luisiana puso fin a esta confusión de leyes tan voluminosas y contradictorias votando un CC de 1.352 artículos, para el que el de Napoleón ha sido en gran parte modelo.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 538: «Les tuteurs et curateurs des mineurs et insensés sont responsables du dommage causé para ceux qui sont sous leur garde».

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 477, y t. I, p. 45. El artículo 404 del CC de Luisiana: «Según los caracteres de la enfermedad y el estado de su fortuna, el Juez puede ordenar que el enfermo será tratado en su domicilio, o en una casa de salud. Incluso, puede internarlo en lugar de seguridad si es peligroso». Y, en términos parecidos, el artículo 510 del CC de Napoleón que,

so/a respecto a su cónyuge ¹⁶²; y, por otra parte, sólo exigía, en lo que respecta a la persona del incapaz, a través de una remisión del régimen de la curatela del incapaz a la de la tutela del menor, el deber de educación; de dar alimento; y de representar legalmente al incapaz dentro y fuera de juicio ¹⁶³. Incluso, se llegó a regular que el menor bajo tutela debía vivir con su madre no tutora, como consagró el artículo 218 del CC austríaco ABGB de 1811 ¹⁶⁴.

C. A modo de resumen comparativo

Como conclusión en lo que respecta a la responsabilidad por hecho propio, hemos comprobado a lo largo de este trayecto histórico que la responsabilidad civil de menores e incapaces se ha admitido históricamente en nuestro Derecho a partir de la codificación penal, sobre la base de un criterio de imputación objetivo, habiéndole precedido una tradicional irresponsabilidad civil del incapaz; aunque, por el contrario, ofreciendo fundamento a la responsabilidad civil del menor imputable civil y a la irresponsabilidad del menor inimputable civil. Pero la influencia francesa, y su afán por elevar como principio general de imputación a la culpa, ha sido el factor exógeno que ha propiciado que en el Derecho español la palabra culpa adquiriera un significado objetivo; de tal modo que la culpa objetiva o social ha sustituido al histórico criterio objetivo de imputación en orden a acoger los supuestos de responsabilidad de menores e incapaces inimputables civiles. A su vez, este significado es coherente con la filosofía codificadora expuesta, de que toda persona es garante de sus hechos.

aunque sería el Consejo de familia el que decidiría si el incapaz ha de ser tratado en su domicilio, en una casa de salud o en un hospicio.

¹⁶² DE SAINT JOSEPH, A., *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, deuxième édition, t. I, *ob. cit.*, p. 44. Artículo 506 del Código de Napoleón.

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 37 y 38 y 44 y 45; t. II, p. 366. El artículo 509 del *Code* de Napoleón establece que las normas sobre la tutela de los menores se aplicarán a la tutela de los incapaces; y también, el artículo 506 del CC holandés, influido por el *Code*. E., incluso, el artículo 282 ABGB de 1811, de influencia de principios germánicos, establece que los derechos y los deberes de los curadores nombrados para el cuidado, sea de la persona, sea del patrimonio de la persona sometida a curatela, son determinados según la regulación de la tutela.

El artículo 510 *Code* establece, como matiz particular de los tutores del incapaz, que los ingresos del incapaz serán destinados a mejorar su salud. Ahora bien, es expresivo el artículo 217 del ABGB de 1811 que en caso de que la conducta del tutelado sea irreverente, el tutor se dirige a los *parientes más próximos* o a la *autoridad judicial* para reprimirle, lo que parece demostrar la falta de convivencia del tutor, que rige también para el curador. Y el 216 establece que el tutor tiene en cuanto a la educación del menor los mismos deberes que un padre; y el 219 el deber de alimentos.

¹⁶⁴ DE SAINT JOSEPH, A., *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, deuxième édition, t. I, *ob. cit.*, p. 37. Art. 218: «*La personne du mineur ser ordinairement confiée a la mère, même remariée et n'ayant pas la tutelle, à moins que l'intérêt du mineur n'exige le contraire*».

Y en lo que respecta a la responsabilidad civil por hecho ajeno, hemos constatado cómo la inclusión del requisito de la compañía en el artículo 1091 del Proyecto parece traer causa en la regulación conjunta en un mismo párrafo del precepto civil de la responsabilidad civil de los padres del menor, que por influencia de la norma francesa introdujo el requisito de la compañía, y la de los guardadores legales del incapaz. Sin embargo, dicha inclusión no parecía ser coherente, ni con la ausencia de dicho requisito en el precepto que tomamos por modelo para regular la responsabilidad civil del tutor del incapaz, el artículo 2299 del CC de Luisiana, ni con la razón jurídica que estaba presente en los codificadores franceses para establecerlo como presupuesto de la responsabilidad civil de los padres, esto es, la conexión entre la responsabilidad con el deber de vigilancia como parte del contenido de la potestad o autoridad de los padres respecto a los hijos. Ya que el Proyecto de 1851 nada decía respecto al contenido personal de la curatela para el que es «incapaz de administrar sus bienes por sí mismo»¹⁶⁵, a excepción de la referencia a que la primera obligación del curador había de ser cuidar de que el incapaz adquiriera o recobre su capacidad, debiéndose aplicar a este fin los productos de sus bienes¹⁶⁶. Y esto último, a pesar del acuerdo doctrinal de que este texto jurídico contribuyó a mejorar la regulación futura de la tutela del loco¹⁶⁷, pues regula por primera vez un procedimiento de incapacitación contradictorio y ordinario, respecto al que, según el comentario de García Goyena al artículo 281 del Proyecto, existía, de un lado, la obligación del Fiscal de pedir la declaración de incapacidad del loco que se encuentra en estado de furor, porque en tal caso peligran el reposo público y la seguridad individual, y de otro, la facultad de pedirla en el resto de los casos si no la pidieren los parientes o cónyuges del incapaz o éste no los tuviere¹⁶⁸. E, incluso, aunque sigue la

¹⁶⁵ GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, p. 166, pues la protección jurídica se arbitra, exclusivamente, para el aspecto material, olvidándose de lo personal.

¹⁶⁶ A excepción de la referencia al aspecto personal del enajenado, entre las obligaciones del curador, en el primer Proyecto de CC de 1821, pero volviendo a desaparecer en el Proyecto de 1836 que daba preferencia a quien económicamente puede garantizar la gestión al margen de su preparación y dedicación personal (arts. 491, 492, 493, 494 y 495) –GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, pp. 163, 165 y 170.

¹⁶⁷ VILAR BADÍA, R., *La protección jurídica del loco o demente y del deficiente mental*, Pretor, núm. 67, 1972, p. 126.

¹⁶⁸ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del CC español*, *ob. cit.*, p. 159. E, incluso, el artículo 283 del Proyecto contempla la posibilidad de nombrar un administrador o curador interino, evitando con ello, desde el momento en que se aprecie la necesidad de guarda, situaciones de vacío de poder y desgobierno de los intereses económicos del incapaz; y el artículo 282, al regular la actividad del órgano judicial que conoce de la incapacitación, hace obligatorio el interrogatorio del demandado, mientras que, sorprendentemente, la intervención de los facultativos sólo tendrá lugar cuando lo estime necesario el Tribunal de primera instancia.

línea patrimonialista de la que no se apartó ningún texto jurídico anterior, permite graduar la declaración de incapacidad del demente en atención al nivel de discernimiento que resulte acreditado en autos.

IV. CÓDIGO CIVIL DE 1889

Finalmente, el Anteproyecto de CC de 1882-1888, como ya hemos apuntado, tomó como base el Proyecto de 1851 como reflejan los términos del artículo 13 del capítulo II del Libro IV que rezaba que: *«(...) el padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en la misma morada (...). La responsabilidad de que trata este artículo, cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»*. Y, finalmente, estos términos encontraron una línea de continuidad con los del artículo 1903 CC, que sólo cambia la expresión de *habitar en la misma morada* por la de *«habitan en su compañía»*.

Es de resaltar el cambio en la redacción final del artículo del Anteproyecto al no incluir la responsabilidad civil del curador y regular solamente la del tutor del menor y del incapacitado, frente a lo establecido en el Proyecto de CC de 1851 y, como apuntamos anteriormente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que reguló el procedimiento para el nombramiento del «curador ejemplar», del mismo modo que la posterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹⁶⁹. Sea como fuere, la variación apuntada se debe a que la desaparición de la curatela tuvo lugar, según Martín-Calero, en la sesión de 23 de septiembre de 1881, cuando el ponente Gamazo da cuenta a la Comisión de la existencia de un borrador, aparte del que seguía las líneas del Proyecto de 1851 que reservaba la curatela para los mayores incapaces, en el que se unifica la tutela y la curatela hasta los veintitrés años para los menores de edad no emancipados, los locos, sordomudos que no supieran leer ni escribir, pródigos e interdictos, que fue preferido, al final, por la Comisión debido, en parte, al establecimiento de una sola edad y desaparecer la pubertad como edad intermedia¹⁷⁰. Esta elección pasó, de modo

¹⁶⁹ GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, p. 159.

¹⁷⁰ Para un análisis profundo de las causas y razones de técnica jurídica que acompañaron a la unión de ambas figuras, *vid.* PESET REIG, M., «Los antecedentes de la unión de

sorprendente, a los sucesivos trabajos sin suscitar discusión alguna, de modo que la supresión de nuestra tradicional curatela pasó casi desapercibida en las discusiones que precedieron a la promulgación del CC; a excepción de la interesante enmienda de Comas que recoge la curatela como medio supletorio o complementario de la capacidad civil¹⁷¹.

Pues bien, con independencia de las críticas unánimes a la unidad de guarda que produjo nuestra obra codificadora, pues se reveló ineficaz para proveer al cuidado de individuos que por sus condiciones personales o circunstancias especiales precisan de instituciones supletorias de capacidad con matices y necesidades muy distintas¹⁷², en lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, ha influido, junto con la concepción de la tutela puramente patri-

la tutela y la curatela en el CC español», *RCDI*, 1971, pp. 297-337, quien nos explica que a fines del siglo XVIII y principios del XIX se produjo como hecho fundamental para el Derecho, los movimientos e ideas revolucionarias francesas que condujeron a la aparición de un auténtico Derecho público, así como a la sistematización racionalista del Derecho privado. El ciudadano fue obsequiado con una serie de derechos fundamentales que conferirían su esfera de libertad y actuación política en la declaración de derechos de 1789, y entonces, para el disfrute de aquel conjunto de derechos públicos se opta por la determinación de una edad unitaria en los veintiún años. Y como lógica consecuencia, la dualidad entre tutela y curatela pierde su significado en la guarda del menor. La fijación de una única edad tuvo influencia en el artículo 276 del proyecto de García Goyena de 1851 más afrancesado que establecía que «la mayor de edad comienza a los veinte años cumplidos», de modo que aunque elimina la curatela del menor de edad conserva la del enajenado. Y finalmente el CC fijó la mayoría de edad en los veintitrés años.

¹⁷¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *ob. cit.*, p. 60. En el mismo sentido GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, pp. 172-173, que afirma que el Proyecto de 1882 se aparta del criterio sustentado en el artículo 285 del Proyecto de 1851 según el cual, los Tribunales pueden declarar la incapacidad absoluta o prohibir al incapaz ciertos actos, pues, ahora el artículo 184 del Proyecto (igual al 218 del CC) establece que: «la declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente. La que se refiera a sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquéllos». En definitiva, este precepto corta de raíz la graduación de la capacidad de obrar que se reconocía a los Tribunales respecto a los incapaces, lo que suscitó problemas respecto a la incapacitación por locura pues cada vez era más evidente (los avances científicos y farmacológicos lo ponían de manifiesto) que las enfermedades mentales adecuadamente tratadas tenían una incidencia muy variable en la capacidad del demente, debiendo ajustar la incapacitación al grado de afección realmente padecido por el tutelado, dejando intacta aquella esfera de la personalidad no afectada. Y fue, al final, la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que recuperó la posibilidad de la graduación a partir de la STS de 5 de marzo de 1947, en la que expone que la demencia y el retraso constituyen estados distintos y faltan en la ley normas reguladoras de la tutela para el segundo de dichos supuestos, si bien, como uno de los fines perseguidos por el CC en materia de incapacidad es el de establecer la debida congruencia entre la amplitud de la misma y el correlativo suplemento, resulta lógico y conforme con las exigencias de la realidad ajustar la extensión de la tutela en los casos de retraso mental al mayor o menor grado de intensidad en el que el mismo se manifieste.

¹⁷² *Ibid.*, np. 345, p. 67, que se refiere a la STS de 6 de febrero de 1968 (*RJA* 1968, 733); y SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. IV, V. 2.º (Derecho de familia), Madrid, 1898, pp. 1273-1274, que apunta que es de lamentar que para los casos de representación y complemento de capacidad del menor e incapacitado en circunstancias más o menos transitorias y de excepción, no se haya conservado la curatela con su mero carácter individual y sin las condiciones complejas y orgánicas que constituyen el sistema tutelar vigente, de difícil uso y adaptación a esos casos singulares.

monialista que heredó el CC de 1889 de legislaciones precedentes¹⁷³, en que se acentuara un concepto restrictivo de incapaz, generalizando sus limitaciones a todos los ámbitos de su personalidad, y, por tanto, que no se salvara el prejuicio de su irresponsabilidad civil en todo caso, y que quedara en el olvido la posibilidad del doble criterio de imputación.

En definitiva, esta etapa histórica trae como novedad el presupuesto de la compañía en la responsabilidad civil de los padres del menor y de los guardadores del incapaz, lo que contribuyó a que la doctrina estableciera una conexión entre el criterio de imputación de aquéllos y el tipo de guarda que se debe ejercer sobre el menor y el incapaz, respectivamente; afirmando, por tanto, que el criterio de imputación es la culpa o negligencia, en el sentido de que el vínculo existente entre el autor material del hecho (menor e incapaz) y el responsable (padre y tutor del incapaz) hace presumir que el daño se debe atribuir al descuido o falta de vigilancia de la persona a quien la ley hace responsable. Sin embargo, hemos visto que, históricamente, no ha existido dicha correlación en lo que a la responsabilidad civil de los padres se refiere, y, en cualquier caso, la conexión entre la responsabilidad y la guarda llevaba a establecer como criterio de imputación la culpa en sentido objetivo, esto es, más bien como una conducta contraria a derecho, que como juicio sobre la conducta del guardador.

No obstante, en la práctica, y frente a la responsabilidad civil de los padres, eran escasos los supuestos en los que el tutor había de hacer frente a hechos dañosos ejecutados por el demente pues, si tenemos en cuenta la concepción y mentalidad de la época hacia el demente como algo molesto, unido a las facilidades que introdujeron las sucesivas disposiciones reguladoras del internamiento de aquél¹⁷⁴, hacían que no se diera ninguno de los dos presupuestos que la responsabilidad civil por hecho de otro exigía: el estar bajo su autoridad y vivir en su compañía; lo que parecía conformar la regla general para el CC de 1889, pues, por un lado, el 290 CC aceptaba como habitual que el tutor y el enfermo tuvieran diferente domicilio al señalar, como contenido del registro de cada tutela, en sus números primero y segundo el domicilio del incapaz y del tutor, respectivamente¹⁷⁵, en sentido semejante al artículo 510 del CC

¹⁷³ Artículo 213 CC 1889 y jurisprudencia de la época –SSTS 28 de diciembre de 1863; 23 de febrero y 30 de noviembre de 1867– que sólo se refiere a la incapacidad para administrar bienes –*vid.* MARTÍN GRANIZO, F., «La capacidad de los locos y dementes...», *ob. cit.*, pp. 230-234.

¹⁷⁴ *Vid.* *Infra.* II.2.A.b'.b''.a''' del capítulo cuarto.

¹⁷⁵ ABELLA, J., *CC español*, reformado conforme a lo dispuesto en la Ley de 26 de mayo y Real Decreto de 24 de julio de 1889, Madrid, 1890, p. 128. Artículo 290: «El registro de cada tutela deberá contener: 1.º El nombre, apellido, edad y domicilio del menor o

francés¹⁷⁶; y, por otro, la jurisprudencia llegó a declarar que «ningún precepto legal vigente exige que el tutor ejecute por sí mismo o personalmente todos los actos inherentes al ejercicio de su cargo, tanto *en lo que respecta a la persona (del menor) como a sus bienes*»¹⁷⁷. Incluso, como contenido del deber de velar del tutor por el tutelado sito en el artículo 299 CC no se contiene el deber de compañía, sino solamente, la procura de alimentos al tutelado, educarle y procurarle una formación integral, a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad, y a rendir cuenta anual acerca de su situación de la persona y de la administración de sus bienes, y todo esto frente al artículo 154 CC, regulador de los deberes y facultades que integran la patria potestad, que sí contempla el deber de compañía.

Por otra parte, en el caso en que se dieran los presupuestos citados al estar ante, según la terminología de la época, un loco tranquilo, la disciplina tan severa a la que estaban sujetos y la ausencia en aquella sociedad, escasamente tecnificada, de los riesgos de la moderna sociedad desarrollada hacía que, de igual modo, fueran escasos los supuestos en que el tutor había de hacer frente a hechos dañosos ejecutados por el demente; en realidad, no se encuentra

incapaz, y la extensión y límite de la tutela, cuando haya sido judicialmente declarada la incapacidad. 2.º El nombre, apellido, profesión y domicilio del tutor y la expresión de si es testamentario, legítimo o dativo (...).

La falta de unidad de residencia parecía ser una posibilidad tanto para la tutela del menor como la del demente, *vid.* RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., *La tutela*, ed. Bosch, Barcelona, 1954, p. 264, que nos explica, respecto al cuidado de la persona del pupilo, que el tutor no goza de tan amplia libertad como el padre, pues tiene que educar y alimentar al menor con estricta sujeción a las disposiciones de los padres y a las que, en defecto de éstos, hubiera adoptado el Consejo (art. 264.1). Por eso *no hay unidad de domicilio, salvo que los padres lo hayan dispuesto así o lo determinase el Consejo, cuando el tutor cambie de residencia.*

¹⁷⁶ PLANIOL, M./ RIPERT, J., *Tratado de Derecho civil francés*, t. I. Las personas, estado y capacidad, traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz, Cultural, S.A., Habana, 1927, pp. 505 y 651, que respecto a las particularidades de la tutela del interdicto respecto al huérfano establece que es el Consejo, y no el tutor, el que decide, de acuerdo con los recursos y el estado de salud del interdicto, si el alineado ha de ser cuidado en su domicilio o en una clínica u hospital (art. 510). Hay que exceptuar, no obstante, el caso en que el interdicto sea una mujer casada, puesto que el marido, tutor o no, conserva entonces sobre ella la potestad marital. Y respecto a la tutela del menor indica que, el padre o la madre que muere el último, o el Consejo de familia que nombra al tutor, pueden encargar –ref. París, 8 marzo 1840, D. *Jur. Gén.*, v. *Minorité*, núm. 393; Rouen, 4 enero 1883, D. 83.2.155–, la guarda del pupilo a una persona que no sea el tutor. Pero una vez que el tutor haya sido nombrado y se le ha encargado de la guarda del hijo, ésta no puede privársele de ella, y, entonces, la guarda del tutor implica las mismas prerrogativas y las mismas obligaciones que la de los padres, esto es, el tutor determina, pues, la religión del pupilo; su forma de educación y el lugar en que ha de residir; vigila su correspondencia y regula sus relaciones.

¹⁷⁷ Ref. STS de 18 de diciembre de 1900, en SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil y el CC e Historia general de la legislación española*, t. V, vol. 2.º. «Derecho de familia», Madrid, 1912, p. 1304.

sentencia alguna al respecto¹⁷⁸. Si bien la Reforma del CC de 1983 que, en coherencia con la introducción de la tutela de autoridad, somete al internamiento de un presunto incapaz a autorización judicial previa, y de modo paralelo, la Reforma psiquiátrica desinstitucionalizadora de los antiguos manicomios, han traído la integración del demente, sobre todo en el ambiente familiar y el entorno social y que, en consecuencia, hoy en día, la responsabilidad civil del tutor sobre vigencia, al igual que otras figuras de guarda del incapaz, lo cual va a tener incidencia de igual modo en la responsabilidad civil de los padres que tienen la patria potestad prorrogada o rehabilitada de su hijo incapaz.

¹⁷⁸ GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *ob. cit.*, pp. 195-196, que nos explica que a quien se le encomendaba la tutela del enfermo mental podía optar bien por su internamiento o por vigilarle y atenderle en su propio domicilio, cuando de un loco tranquilo, no furioso se trataba, sometido a una potestad que, atendido su grado de discernimiento, permitía la sujeción del pupilo a una disciplina severa y estricta, imponiendo el respeto y obediencia que según el anterior artículo 263 del CC debían los incapacitados al tutor, bajo la presión de castigos físicos (que podían entenderse comprendidos en la facultad de corrección moderada que el Código reconocía a los tutores).

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Participan en esta Crónica

Beatriz Añoveros Terradas, Miriam Anderson, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo i Amayuelas, David Bondia García, Alexandra Braun, Esteve Bosch Capdevila, Andrés Cosialls Ubach, Martin Ebers, Mirko Faccioli, Beatriz Fernández Gregoraci, Cristina González Beilfuss, Sonia Martín Santisteban, Sergio Nasarre Aznar, Susana Navas Navarro, Jordi Nieva Fenoll, Barbara Pasa, Elise Poillot, Margarita Serna Vallejo, Pietro Sirena, Mauro Tescaro, Helena Torroja Mateu, Belén Trigo García, Stefano Troiano.

SUMARIO: PRESENTACIÓN.–EDITORIAL: Los Principios del Derecho contractual comunitario (Esther Arroyo Amayuelas).–RAPPORTS NACIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO, COMPARADO Y COMUNITARIO (2004-2005): Alemania, Bibliografía (Martin Ebers), España, Bibliografía (Esther Arroyo i Amayuelas), Legislación (Susana Navas Navarro), Francia, Bibliografía (Elise Poillot), Gran Bretaña, Bibliografía (Alexandra Braun), Italia, Bibliografía (Mirko Faccioli, Mauro Tescaro, Stefano Troiano, Barbara Pasa), Legislación (Mirko Faccioli, Mauro Tescaro, Stefano Troiano).–SECCIÓN TEMÁTICA: ESPACIO JUDICIAL EUROPEO, DERECHO DE FAMILIA, DERECHO DE AUTOR Y DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA: Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoveros Terradas). Derecho procesal comunitario (Jordi Nieva Fenoll). Derecho de contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo i Amayuelas). Derechos reales en la Unión Europea (Sergio Nasarre Aznar). Derecho de Familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss). Derecho de autor en la Unión Europea (Susana Navas Navarro). Derecho de Daños en la Unión Europea (Belén Trigo García). Derecho de *trust* en Europa (Sonia Martín Santisteban).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Helena Torroja Mateu y David Bondia García).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Lidia Arnau Raventós).–JURISPRUDENCIA NACIONAL (Miriam Anderson).–LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: RECENSIONES: Bussani, Mauro (ed.), *European Tort Law. Eastern and Western Perspectives*, Berna, Stämpfli Publishers, p. 379: ISBN-3-7272-2642-0 (Esteve Bosch Capdevila). Braat, Bente, *Indépendance et interdépendance patrimoniales des époux dans le régime matrimonial légal des droits français, néerlandais et suisse*, Berna, Ed. Staempfli, 2004, 496 pp. ISBN 3-7272-2164-X (Cristina González Beilfuss). Meller-Hannich, Caroline, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht. Private Freiheit und staatliche Ordnung*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2005, XVII, 345 pp. ISBN 3-16-148726-5 (Esther Arroyo-i Amayuelas). Rodota, Stefano, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 4 ed., 2007, 285 pp. ISBN 9788807103926 (Barbara Pasa). Schiek, Dagmar (dir.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, München, Sellier. European Law Publishers, 2007, 543 pp. ISBN: 978-3-935808-70-5 (Susana Navas Navarro). Schulze, Reiner (ed.), *New Features in Contract Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, 439 pp. ISBN 978-3-86653-036-2 (Beatriz Fernández Gregoraci). Van der Berg, Peter A. J., *The Politics of European Codification. A History of the Unification of Law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands* [Preface Ewoud Hondius]. Groningen, Europa Law Publishing, 2007. XVI+325 pp. ISBN: 13-978-90-76871-48-6

(Margarita Serna Vallejo).—VIDA JURÍDICA. RESEÑA DE CONGRESOS EN MATERIA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO. Il Diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore. Università degli studi di Pisa. Facoltà di giurisprudenza. Dipartimento di Diritto privato «Ugo Natoli». Dottorato di ricerca in diritto privato. 25-26 mayo 2007 (Pietro Sirena). *Sviluppi del Diritto dei Trust nel mondo – Trust Law Developments World-Wide*, Associazione Il trust in Italia, 19-20 de octubre de 2007 (Sonia Martín Santisteban). IV Congreso Internacional *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference*, Lleida, 25 y 26 de octubre de 2007 (Andrés Cosialls Ubach). Noticias breves de otros seminarios y congresos (Barbara Pasa y Sergio i Nasarre Aznar).

Presentación

Esta séptima crónica se cierra el 15 de noviembre de 2007. 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 Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Centro Europeo de Derecho del consumo, el Boletín de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Kehl*, entre otros.

La crónica está coordinada por los Profesores Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo i Amayuelas (Universitat de Barcelona), que es también quien ha traducido (del italiano) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

Los Principios del Derecho contractual comunitario

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*
Universitat de Barcelona

I. LA NECESIDAD DE COHERENCIA EN EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

Es conocida la voluntad de la Comisión europea de conseguir un mayor grado de coherencia en el ámbito del Derecho de contratos. Entre las varias iniciativas que hoy coexisten, interesa destacar el impulso dado a la redacción de un Marco Común de Referencia (= MCR), cuyos objetivos son la definición precisa de los términos jurídicos, la enunciación de principios fundamentales y la formulación de reglas del Derecho de contratos inspiradas tanto en el *acquis communautaire* como en las regulaciones de los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados Miembros. Según la Comisión, el MCR debe servir principalmente a la consecución de la mejora de la legislación comunitaria; sólo en un segundo momento cabrá plantear si, además, éste puede ser la base para elaborar un instrumento opcional¹. Es decir, un conjunto de reglas que las partes de un contrato podrán elegir para regular su relación jurídica.

En la redacción del citado MCR están implicados varios grupos de investigación, integrados por juristas de distintos países, que cuentan con la financiación que ofrece la red de excelencia «CoPECL», que los agrupa a todos. Las materias de las que se ocupa cada uno de ellos son distintas aunque, en relación con la sistematización de (parte del) Derecho contractual, el *Study Group* y el *Acquis Group* coinciden parcialmente. Pero su metodología es diversa. Las líneas que siguen tratan de presentar muy brevemente el trabajo del *Acquis Group*, con motivo de la publicación de un libro con los primeros resultados: los Principios del Derecho contractual comunitario (*Acquis Principles* o ACQP)². Los comentarios –necesariamente generales– que siguen a

* Profesora Titular de Derecho Civil, Universitat de Barcelona. La colaboración se enmarca en el Proyecto 2005 SGR 00759.

¹ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción (DOUE C 63/1, de 15 de marzo de 2003, par. 4.3, pp. 15-16); Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro [Bruselas, 11 de octubre de 2004, COM (2004) 651 final, no publicada en el DOUE], par. 2.1.2, pp. 5-6

² Research Group on the Existing Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract 1, München, Sellier, 2007. En

continuación son en buena parte tomados de los previamente realizados por los autores que participan en su redacción y, especialmente, del prefacio y las explicaciones introductorias.

II. LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL COMUNITARIO: LOS *ACQUIS PRINCIPLES*

Desde su creación en el año 2002, la finalidad del Grupo *Acquis* es la sistematización y consolidación del Derecho privado europeo comunitario³. La primera pregunta que puede plantearse el lector es ¿para qué? La segunda es ¿cómo hacerlo? Y la tercera ¿cuáles son, de momento, los resultados?

1. ¿Para qué unos *Acquis Principles*?

La pregunta exige responder a la finalidad que éstos cumplen. La respuesta es doble: por un lado, son un soporte indispensable en la redacción del MCR. Los ACQP proporcionan el «genuino» Derecho europeo en el que aquél debe basarse, lo que, en opinión de alguno de los miembros del grupo *Acquis*, debe interpretarse en el sentido de que, en las materias por él reguladas, deben primar las reglas del *Acquis* sobre las formuladas por el *Study Group* en base al Derecho comparado y los PECL⁴. Por otro lado, los Principios tienen la vocación de facilitar la transposición del Derecho comunitario en los Derechos nacionales y de servir de apoyo a la futura legislación comunitaria, así como a ayudar su interpretación (art. 1:101 ACQP). Esto es importante en el contexto actual de la revisión del *acquis* en el ámbito del Derecho de consumo⁵. Así, por ejemplo, si finalmente recibe una respuesta positiva la pregunta sobre si es conveniente acordar indemnización al perjudicado, en el caso de que el profesional infrinja sus

cuanto al uso de la expresión «Principios» para definir lo que, en realidad, también es un conjunto de reglas y definiciones, *vid. infra*, II, 3.1.

³ Sobre el Grupo *Acquis*, *vid.* www.acquis-group.org. Además, SCHULTE-NÖLKE, Hans; VOGEL, Christian, «Europäische Forschergruppe zur Systematisierung des geltenden Gemeinschaftsprivatrechts (Acquis Gruppe) gegründet» (2002) *Europarecht* 750-752; SCHULTE-NÖLKE, Hans, «Initiative für ein besseres Verständnis des neuen, europäisch geprägten Schuldrechts» (editorial) 8 (2002) *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht [= ZGS]*; PASA, Barbara, «Il progetti di ricerca europei sul diritto privato comune: il nuovo "Acquis Groupe"» (2002) *Contratto e Impresa/Europa* 654-661. El primer fruto de su labor fue el libro: SCHULZE, Reiner; EBERS, Martin; GRIGOLEIT, Hans-Christoph, *Informationspflichten im Acquis Communautaire*, Tübingen, Mohr, 2003. *Vid.* recensión en ARROYO AMAYUELAS, Esther en: 679 (2003) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario [RCDI]* 3026-3040.

⁴ SCHULZE, Reiner, «Die "Acquis Grundregeln" und der Gemeinsame referenzrahmen» 3 (2007) *Zeitschrift für europäisches Privatrecht [ZEuP]* [731-734], 733.

⁵ *Vid.* Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, presentado por la Comisión europea, Bruselas, 8 de febrero de 2007 [COM(2006) 744 final], *DOUE C* 61/1, de 15 de marzo de 2007, epígrafe 4.7: «[A]nother solution would be to combine such an extension of the cooling-off period with general remedies for the most serious breaches of information duties» (e.g. no information on price and address of the professional).

deberes de información, una ulterior refacción del *acquis* podría tener en cuenta la regla contenida en el artículo 2:207 (2) y (3) ACQP⁶.

2. ¿Cómo elaborarlos?

El punto de partida es facilitar la comprensión de las reglas que son vigentes. Para ello se debe definir, sistematizar y, cuando ello sea posible, generalizar las reglas que hoy existen en el acervo comunitario. De momento, se ha trabajado la parte general del contrato. Seguirá, en el futuro, la elaboración de la parte dedicada a los contratos en particular.

2.1 LA SELECCIÓN DE MATERIALES

El grupo trabaja con el Derecho comunitario existente, pero circunscribe la selección del material al Derecho contractual o que de alguna manera incide en el Derecho de contratos. Los Principios no tienen vocación de ser aplicados a otras áreas como el Derecho de familia, el de sucesiones, el laboral o el de sociedades (art. 1:101:3 ACQP). En su elaboración se han tenido en cuenta más de tres docenas de normas y la jurisprudencia del TJCE. El apéndice final del libro en que se publican los primeros resultados del Grupo *Acquis* proporciona información completa sobre el material utilizado y un índice remite a los preceptos en los que tales normas aparecen referidas.

2.2 LA METODOLOGÍA

A la hora de plantearse la generalización de las normas del *acquis*, el reto es determinar qué puede considerarse excepción a una supuesta regla general (*vgr.* la libertad de forma, art. 1:303 ACQP, que se obtiene, precisamente, a partir de la constatación de las numerosas previsiones formales que existen en el ámbito del Derecho del consumo) o, todo lo contrario, qué regla concreta es susceptible de ser transformada a un ámbito más general. Es así, por ejemplo, en relación con el artículo 2.2 *d* Dir. 99/44, sobre garantías en las ventas de consumo: si los bienes no cumplen con los estándares de calidad que espera el consumidor, ello querría decir que el empresario debería advertirle oportunamente y, por tanto, de ahí podría deducirse que existe un deber, siquiera indirecto, de información, en relación con los estándares de calidad y las prestaciones que serían normales según las circunstancias. Eso es lo que ahora recoge el artículo 2:201 ACQP que, además, lo extiende a los contratos de servicios y engloba situaciones en las que no importa que las partes sean profesionales o consumidores.

En algunos casos, el esfuerzo de sistematización ha obligado a introducir conceptos nuevos. Es el caso, por ejemplo, de la expresión «forma de texto» (art. 1:304 ACQP) –en terminología del § 126 *b* BGB– que expresa el nivel inferior de los diferentes requerimientos formales que existen en la jerarquía comunitaria (1:306 ACQP). Los otros son: el soporte duradero, el escrito, y a la firma, pero esta última sólo en los casos en que la forma escrita del contrato la incluya (requisito respecto del cual, por lo demás, el *acquis* no proporciona evidencias suficientes, ni tampoco en todos los derechos nacionales

⁶ *Vid. infra* epígrafe III, la traducción castellana de éste y el resto de preceptos.

existe una solución unánime). A veces, lo que ocurre es que se modifica levemente la formulación de una regla para expresar mejor el sentido que ya tiene en la Directiva. Así, los artículos 2:205(2), 2:301(1) reemplazan la expresión «antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido» que utilizan los artículos 10 (1) c, 11 (2) Dir. 2000/31, sobre comercio electrónico, por la expresión «antes de que la otra parte realice o acepte una oferta», lo que, en esencia, es lo mismo, porque la voluntad de la Directiva era no prejuzgar si lo que realiza el prestador de servicios es una oferta o simplemente una invitación a efectuarla. En la misma línea, artículo 4:108 (1) ACQP. En este mismo contexto, se suprime la expresión «prestador de servicios» y se substituye por «profesional» [art. 2:205, 4:108 (1) ACQP], de acuerdo con las definiciones previamente acuñada en el artículo 1:202 ACQP, que pretende obviar la diversidad terminológica que ofrecen las diferentes directivas para designar una de las partes del contrato.

La tarea de redactar principios sobre la base del *acquis* exige no innovar. Efectivamente, en el grupo no existe pretensión alguna de inventar nuevas reglas –en el sentido de proporcionar una solución más eficiente–, ni de llenar las lagunas que en el propio *acquis* son evidentes. Lo dicho, siempre salvo que el efecto útil del Derecho comunitario lo exija. Un ejemplo ayudará a entenderlo. El *acquis* no siempre proporciona indicios sobre los medios de tutela que asisten al consumidor que no ha sido informado correctamente, o no en la debida forma. Pero el efecto útil del Derecho comunitario exige incentivar el cumplimiento de tales deberes con provisiones adecuadas, entre las cuales, aunque no exclusivamente, se encuentra la posibilidad de reclamar daños y perjuicios [art. 2:206 (4) y art. 2:207 (2) ACQP].

La eventual reforma y, en su caso, mejora y ampliación de las reglas propuestas [vgr. definir si el ejercicio tempestivo del ejercicio del derecho de revocación implica también su eficacia, que es algo sobre lo cual el artículo 5:103 (2) ACQP no se pronuncia; o si el ejercicio de ese mismo derecho resuelve o impide la formación del contrato (art. 5:105 ACQP)] es, en su caso, una tarea *a posteriori*, que no sólo debe tener en cuenta el trabajo llevado a cabo por otros grupos igualmente involucrados en la redacción del MCR, sino que, además, encierra decisiones políticas que no corresponde tomar a los investigadores. El Grupo *Acquis*, conviene recordarlo, sólo trabaja con el acervo comunitario existente; no con los Derechos nacionales ni con otros instrumentos internacionales, por más que su general aceptación permita calificarlos de Derecho común europeo (vgr. Convenio de Viena). Si unos y otros se tienen en cuenta es sólo para mejor contextualizar los resultados a los que permite llegar el análisis del Derecho comunitario y, como es el caso cuando se recurre a los PECL, también para aprovechar las definiciones ya existentes [vgr., el art. 4:101 (1) PECL, en cuanto al acuerdo de las partes para entender concluido un contrato]. Un ejemplo, en relación con el soporte añadido que proporciona el Derecho comparado a la redacción de reglas del *acquis* es el del deber de actuar de buena fe en las relaciones precontractuales (art. 2:101 ACQP). Otro, relativo a la semejanza entre las provisiones del *acquis* (especialmente, D. 99/44) y el Convenio de Viena (art. 35), es el relativo al test de conformidad, que, como ya se ha señalado, en los ACQP se transforma en un deber de información del empresario sobre las características de los bienes y servicios que la otra parte puede fundada o razonablemente esperar (art. 2:201 ACQP). Aun podría añadirse el soporte que proporciona al artículo 6:201

ACQP la interpretación que del Convenio de Viena se realiza en los Estados Miembros, en relación con la necesidad de poner en conocimiento del cocontratante las cláusulas generales que se incluyen en el contrato.

3. ¿Cuál es el resultado?

Son principios, reglas y definiciones que, de momento, se limitan a unas disposiciones generales (Cap. 1); a regular la fase precontractual y, en concreto, la necesidad de actuar de buena fe y de acuerdo con las legítimas expectativas de los consumidores, así como los deberes de información (Cap. 2); a establecer reglas sobre la discriminación en el ámbito contractual (Cap. 3); sobre la formación del contrato (Cap. 4); el derecho de desistimiento (Cap. 5); las cláusulas no negociadas (Cap. 6); el cumplimiento de las obligaciones (Cap. 7); y, finalmente, los medios de tutela frente al incumplimiento (Cap. 8). Originariamente redactados en inglés, en esta crónica se da a conocer también la versión castellana del conjunto de los Principios, aunque el Capítulo 8: «Remedies» («medios de tutela») todavía no se haya publicado en inglés (lengua de trabajo del Grupo *Acquis*)⁷. Tal publicación, a la que se añadirá la de nuevas reglas, definiciones y principios –y los respectivos comentarios–, tendrá lugar a lo largo del año 2008, presumiblemente con el título *Contract 2*.

En la mayoría de supuestos, las reglas deben ser calificadas de «*black rules*». Esto es, preceptos para cuya redacción se ha tomado en cuenta exclusivamente el *acquis communautaire*. Ahora bien, también existen unas llamadas convencionalmente “*grey rules*” que, tal y como se señala oportunamente en la nota al pie de página que las acompaña, toman en consideración los trabajos que actualmente se están llevando a cabo para la redacción de un proyecto de MCR (en la versión de abril de 2007, sometida a cambios). Pero no se refieren al *acquis communautaire*. Si se añaden es sólo para completar las lagunas que puedan existir en el Derecho comunitario y para procurar la coherencia de lo que podría considerarse un nuevo *restatement* del Derecho contractual (esto es, los *Acquis Principles*). Son las siguientes: artículos 1:301, 4:103, 4:107.1, 6:204, 7:201.4, 7:202, 8:201, 8:202, 8:302.1 y 2, 8:304, 8:404.

En su redacción actual, algunos Principios deben considerarse provisionales (*vgr.* arts. 1:203, 1:302, 2:204, 2:205, 2:301), bien porque no han sido aun adoptados por el Pleno, bien porque es posible que, en el futuro, una nueva revisión exija modificaciones. Es muy probable, por ejemplo, que cuando se trabaje la parte de los contratos en particular, se aprecien nuevas relaciones con la parte general, de manera que ello exija, no tanto generalizar las reglas sobre determinados contratos (*vgr.* es de difícil generalización una regla que prevea la responsabilidad del profesional en caso de instalación incorrecta de los bienes, porque eso es típico de la venta de bienes de consumo), pero sí introducir especificaciones a determinadas cuestiones que pueden considerarse generales (*vgr.* la regla general que exige actuar de acuerdo con las legítimas expectativas del consumidor puede verse precisada por una regla especial que, en relación con las ventas de bienes de consumo, precise en qué casos se entiende que ello es así). Si el

⁷ Existen ya, también, en alemán. *Vid.* 3 (2007) *ZEuP* 896-908, Capítulos 1-7; 4 (2007), *ZEuP* 1157-1160, Cap. 8.

trabajo llevado a cabo hasta la fecha se da a conocer, aun no habiendo sido todavía completamente concluido, es con la esperanza de que las reacciones de académicos y profesionales del mundo jurídico ayuden a mejorar o perfeccionar el resultado.

3.1 REGLAS, PRINCIPIOS Y DEFINICIONES

Hasta ahora se ha hecho referencia indistinta o cumulativa a «Principios» y «reglas». Esa es, precisamente, la presentación que de los «Principios» (*vid.* rúbrica art. 1:101 ACQP) realiza el artículo 1:101 ACQP. Habría que añadir que, además, las Disposiciones generales (Capítulo 1) contienen definiciones («consumidor», «profesional», «por escrito», «forma del texto», «soporte duradero», etc.), aunque se presenten igualmente bajo la forma de reglas (meramente enunciativas), esto es, precedidas de la palabra «artículo». En ocasiones, se ha optado por limitar el texto a una definición (*vgr.* firma electrónica o manuscrita, art. 1:307 ACQP) en detrimento de la formulación de una regla más concreta (*vgr.* la que hubiera permitido equiparar la firma electrónica a la manuscrita, *ex EM*, 16 y 17 y el art. 5 Dir. 99/93, salvo en los casos en los que el *Acquis* exija expresamente la firma manuscrita, *vgr.* art. 2.2 *d* Dir. 68/151, Primera Directiva sobre sociedades). En realidad, los Principios, entendidos como aquellas reglas que se deducen de un ordenamiento jurídico, se deben obtener a partir de un conjunto de reglas ya existentes. En los ACQP hay más normas o reglas que principios, por la sencilla razón de que se trata todavía de un trabajo inacabado y, por tanto, es preciso ampliar el análisis a otras normas antes de establecer cuáles son los principios que de ellas puede deducirse. Con todo, con la misma función que los «considerandos» de las normas comunitarias, se apuntan algunos que reflejan la política jurídica y económica que subyace en las reglas. Estos van referidos a la función del contrato y su fuerza vinculante, a la libertad de contratación, la finalidad que cumple un Derecho contractual europeo y los deberes de información en ciertos tipos de contratos o en especiales situaciones contractuales. También es un Principio la prohibición de discriminación por razón de sexo, raza o etnia, tal y como indica la rúbrica del artículo 3:101 ACQP, lo que seguramente hace inadecuada su ubicación en el Capítulo 3, aunque, de momento –conviene insistir en ello– se trata de una sistemática provisional (*vid.* comentario A, 3). Más dudas plantea la consideración de la buena fe como principio general, a pesar de que tanto en las relaciones contractuales como en las precontractuales existe una tendencia en el Derecho comunitario a su generalización. Lo prueban, ahora, *vgr.* los artículos 2:102, 2:103, 6:301, 7:101, 7:102 ACQP (*vid.* art. 2:201 ACQP, comentario B 2; art. 7:101, comentario A, II, 2).

3.2 LA LENGUA Y LA TERMINOLOGÍA. LA TRADUCCIÓN CASTELLANA

Los Principios han sido originariamente escritos en inglés, por considerarse ésta, una vez más, la *lingua franca*, esto es, común a los diferentes miembros del grupo. Su redacción definitiva ha sido encomendada a un subgrupo, cuyos miembros están habituados a hablar y publicar en inglés, lo que dota el resultado de un notable grado de homogeneización y depuración estilística.

Se ha procurado que el uso de los términos fuera consistente. Esto comporta, esencialmente, tratar de averiguar si dos conceptos expresados de diferente manera en diferentes normas describen la misma idea. Si no es así –o al menos, si no está claro que sea así–, la diferencia se mantiene (vgr: la distinción entre «por escrito» –que incluye el soporte duradero– y «en papel» –que lo excluiría). En caso contrario, se trata de reformular la idea con otras frases o conceptos que expresen lo mismo y, además, de manera constante a lo largo de todo el articulado. Es paradigmática en este sentido la opción deliberada por utilizar el término «*business*» para englobar y reemplazar la variedad terminológica expresada en diferentes directivas con las palabras «proveedor», «profesional», «empresario», «vendedor» o «comerciante». En castellano, tal y como ya recomienda el propio grupo encargado de la redacción de los principios para el caso de su eventual traducción en inglés o francés, se ha optado por la traducción «profesional». La razón es que «*business*» –en realidad «negocio»– no es una persona física o jurídica (tal y como la define el art. 1:202 ACQP), sino una actividad. En otro orden de consideraciones, se ha decidido que lo que con distinta terminología designaba el derecho a desvincularse del contrato *ad nutum* en las Directivas, en los ACQP es un «*right to withdraw*», que en castellano se ha traducido por «derecho de desistimiento». Por otro lado, a pesar de que el ACQP contiene numerosas reglas que podrían ser calificadas de analíticas, también recurre a términos elásticos como «*reasonable*»/«*unreasonable*» [arts. 5:104, 5:105 (1) y (2), 5:202 (2) c, 6:201 (1), 6:305 (1) g, i, 8:201 (2) a y b, 8:202 (3) b-c y (5), 8:301 (1), 2, 8:302 (2), 8:304 (1), 8:402 (3), 8:403 ACQP], cuya concreción corresponde al legislador nacional o al juez. Además, se procura utilizar la expresión neutra «*termination [of the Contract]*» como consecuencia del incumplimiento de uno de los contratantes. Ello se ha traducido en castellano por «resolución» (art. 1124 CC) y no «rescisión», «revocación» o «desistimiento» que es, por el contrario, una terminología que frecuentemente se mezcla y confunde en las traducciones de los textos comunitarios.

Con algunas excepciones como la acabada de señalar, en general, el lector notará que en la versión castellana se ha optado más por «traducir» que por adaptar ciertas expresiones a una terminología más propia de la lengua o el lenguaje jurídico castellano. Así, «*notification*» no se traduce por «declaración», sino por «comunicación». La expresión «*duty*» se traduce siempre como «deber» y no, en los supuestos en que ello hubiera sido posible, como «carga» u «obligación». También en el artículo 6:101 (2) ACQP «*as part of a pre-formulated standard contract*» ha sido traducida por «como parte de un contrato de adhesión» y no «con condiciones generales predispuestas», para evitar términos con un exceso de carga normativa en castellano y siguiendo en este punto la versión castellana de la Dir. 93/13 (art. 3.1). Generalmente, «*standard contract terms*» se ha traducido como «cláusulas generales» (del contrato) y no como «condiciones generales (de la contratación)» (rúbrica L. 7/1998, 13 de abril).

Ocasionalmente, la traducción castellana peca de una cierta rigidez lingüística que, en beneficio de la literalidad, sacrifica en parte la estética del texto. Ocurre siempre que no se evita la reiteración de palabras que, en muchos casos, podía haberse obviado con la utilización de un pronombre. Pero, en este punto, se han seguido las mismas premisas utilizadas para la redacción original inglesa, en beneficio de la claridad. Por otra parte, el texto inglés de los *Principles* se caracteriza por su apego al inglés «de Bru-

selas», más que al genuino británico. En la medida de lo posible, pues, la traducción castellana también ha tomado en consideración la versión castellana de las directivas afectadas (*vgr.* art. 5:201, 6:305 ACQP) acaso, algunas veces, utilizando alguna palabra distinta si ésta se ha considerado más precisa. La voluntad de redactar Principios que puedan ayudar a la labor de transposición en los Estados Miembros exige que sea el propio legislador nacional –o el juez, en su labor de concreción de conceptos elásticos– el que deba expresar en su propio lenguaje el Derecho europeo que, mediante la transposición, hace suyo.

3.3 LA SISTEMÁTICA

La sistemática de los Principios es todavía incompleta y provisional. No sólo porque el *acquis* no permite llenar todas las Secciones que, idealmente, formarían un cuerpo completo de reglas sino, sobre todo, porque ésta se deberá adaptar o, en todo caso, discutir, con la que resulte del MCR. El hecho de que el *acquis* proporcione un mosaico incompleto y desordenado de normas tampoco facilita la plasmación legislativa concreta de muchas de las reglas que han podido destilarse a partir de su estudio. Por esa razón, por poner un solo ejemplo, ha sido imposible crear una sección dedicada, en la parte general, a la eficacia del contrato, que debiera haber contenido diferentes secciones dedicadas a las razones de invalidez o ineficacia, el derecho de desistimiento y los efectos de una y otro. Ello ha obligado, pues, a incluir el derecho de desistimiento –único aspecto que regulan los *Principles*– en un Capítulo independiente (Cap. 5).

La estructura de los Principios se aparta, en parte, de la de los códigos civiles en los Estados miembros. La parte general no exige crear excesivos subsistemas que la precisen. Basta, en esa misma sede, incluir algunos artículos que maticen la regla general. Es preciso recordar, de nuevo, el ejemplo antes citado sobre las legítimas expectativas (como supuesto de hecho, generalizado, del parámetro que debe servir para apreciar la conformidad con el contrato) y la no conformidad referida a la instalación de ciertos bienes (para precisar un supuesto de incumplimiento en un contrato de venta de bienes de consumo). Bastará, seguramente, crear una nueva sección en el Capítulo 7 (Sección 3), a propósito del cumplimiento en las ventas de consumo. En suma, tanto la parte general como la especial es distinta a la de los códigos. En los *Acquis Principles* hay menos divisiones.

El principio fundamental que rige la estructura de los *Acquis Principles* es el siguiente: no se trata de crear una sistemática que sea estéticamente perfecta, sino una que sea útil y funcional. Es decir, que facilite su consulta. Eso vale especialmente para la redacción de la parte especial, aun *in faciendo*: no se deben repetir reglas que, aunque puedan servir de «cojín» o «banderín de enganche», ya han sido generalizadas antes. No reglas adicionales, pues, sino meramente excluyentes de lo previamente afirmado con carácter general. Otro ejemplo paradigmático viene sugerido por el mayor o menor grado de detalle con el que se deberán presentar los deberes de información en cada contrato en particular.

III. TRADUCCIÓN CASTELLANA DE LOS PRINCIPIOS DEL ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

Capítulo 1. DISPOSICIONES GENERALES

Sección 1. *Ámbito de aplicación*

Artículo 1:101. *Ámbito de aplicación y propósito de estos Principios*

Sección 2. *Consumidor y profesional*

Artículo 1:201 *Consumidor*

Artículo 1:202 *Profesional*

Artículo 1:203 *Carácter imperativo de las normas de consumo*

Sección 3. *Comunicación y forma*

Artículo 1:301 *Manera de llevar a cabo la comunicación*

Artículo 1:302 *Comunicación electrónica*

Artículo 1:303 *Libertad de forma*

Artículo 1:304 *Forma de texto*

Artículo 1:305 *Soporte duradero*

Artículo 1:306 *Por escrito*

Artículo 1:307 *Firmas*

Capítulo 2. DEBERES PRECONTRACTUALES

Sección 1. *Deberes generales*

Artículo 2:101 *Buena fe*

Artículo 2:102 *Expectativas legítimas*

Artículo 2:103 *Negociaciones contrarias a la buena fe*

Sección 2. *Deberes de información precontractual*

Artículo 2:201 *Deber de informar sobre los bienes o servicios*

Artículo 2:202 *Deberes de información frente a los consumidores*

Artículo 2:203 *Deberes de información frente a consumidores en situación de inferioridad*

Artículo 2:204 *Deberes de información en comunicaciones en tiempo real*

Artículo 2:205 *Formación electrónica del contrato*

Artículo 2:206 *Claridad y forma de la información*

Artículo 2:207 *Medios de tutela en caso de infracción de los deberes de información*

Sección 3. *Deber de prevenir errores en la entrada de datos*

Artículo 2:301 *Corrección de errores en la entrada de datos*

Capítulo 3. NO DISCRIMINACIÓN

Sección 1. *Reglas generales/Definiciones*

Artículo 3:101 *Principio de no discriminación en el Derecho de contratos*

Artículo 3:102 *Discriminación*

Artículo 3:103 *Excepción*

Sección 2. *Medios de tutela*

Artículo 3:201 *Medios que sirven para dar satisfacción al perjudicado*

Artículo 3:202 *Contenido de los medios de tutela*

Artículo 3:203 *Carga de la prueba*

* Agradezco a Miriam Anderson (Universitat de Barcelona) sus amables sugerencias, que sin duda han contribuido a la mejora de la traducción de determinados preceptos. Esta versión castellana de los Acquis Principles aparecerá también en el libro de las Jornadas sobre el I Congreso sobre Derecho contractual europeo y Principios Unidroit, celebrado en Palma de Mallorca los días 26 y 27 de abril de 2007, cuya publicación se adelanta ahora en esta revista, con el permiso de los coordinadores.

Capítulo 4. FORMACIÓN

- Artículo 4:101 Acuerdo entre las partes
- Artículo 4:102 Conclusión del contrato
- Artículo 4:103 Oferta; declaraciones públicas
- Artículo 4:104 Bienes o servicios no solicitados
- Artículo 4:105 Declaraciones precontractuales de una de las partes
- Artículo 4:106 Declaraciones precontractuales y terceros
- Artículo 4:107 Carácter vinculante de las promesas unilaterales
- Artículo 4:108 Confirmación de la recepción

Capítulo 5. DERECHO DE DESISTIMIENTO

Sección 1. *Ejercicio y eficacia*

- Artículo 5:101 Carácter imperativo
- Artículo 5:102 Ejercicio del Derecho de desistimiento
- Artículo 5:103 Plazo para desistir
- Artículo 5:104 Comunicación del Derecho de desistimiento
- Artículo 5:105 Eficacia del desistimiento
- Artículo 5:106 Contratos vinculados

Sección 2. *Derechos de desistimiento especiales*

- Artículo 5:201 Contratos negociados fuera de establecimientos comerciales
- Artículo 5:202 Contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de tiempo compartido

Capítulo 6. CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE

Sección 1. *Ámbito de aplicación*

- Artículo 6:101 Objeto

Sección 2. *Inclusión e interpretación de las cláusulas*

- Artículo 6:201 Conocimiento de las cláusulas no negociadas individualmente
- Artículo 6:202 Preferencia de las cláusulas negociadas
- Artículo 6:203 Interpretación de las cláusulas
- Artículo 6:204 Conflicto entre cláusulas contractuales generales

Sección 3. *Eficacia de las cláusulas*

- Artículo 6:301 Cláusulas abusivas
- Artículo 6:302 Transparencia de las cláusulas
- Artículo 6:303 Ámbito de aplicación del test de abusividad
- Artículo 6:304 Listado de cláusulas abusivas
- Artículo 6:305 Lista indicativa de cláusulas abusivas
- Artículo 6:306 Eficacia de las cláusulas abusivas

Capítulo 7. CUMPLIMIENTO

Sección 1. *Deberes generales*

- Artículo 7:101 Deber de cumplimiento
- Artículo 7:102 Buena fe en el ejercicio de los derechos
- Artículo 7:103 Deber de lealtad
- Artículo 7:104 Deber de cooperación

Sección 2. *Modalidades de cumplimiento*

- Artículo 7:201 Tiempo del cumplimiento
- Artículo 7:202 Lugar de cumplimiento

Capítulo 8. MEDIOS DE TUTELA

Sección 1. *Reglas generales*

Artículo 8:101 Definición de incumplimiento

Artículo 8:102 Exclusión o limitación de los medios de tutela

Sección 2. *Cumplimiento y corrección del incumplimiento*

Artículo 8:201 Obligaciones pecuniarias

Artículo 8:202 Obligaciones no pecuniarias

Sección 3. *Resolución del contrato y reducción de la prestación*

Artículo 8:301 Motivos de resolución y de reducción de la prestación

Artículo 8:302 Notificación de la resolución

Artículo 8:303 Eficacia de la resolución

Artículo 8:304 Retención de la prestación

Sección 4. *Indemnización*

Artículo 8:401 Derecho a la indemnización

Artículo 8:402 Alcance de la indemnización

Artículo 8:403 Concurso de culpas y reducción de la indemnización

Artículo 8:404 Intereses de demora en el pago

Artículo 8:405 Intereses por el incumplimiento del acreedor

Artículo 8:406 Intereses en contratos mercantiles

Artículo 8:407 Cláusulas abusivas referidas a los intereses

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

SECCIÓN 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1:101 *Ámbito de aplicación y propósito de estos Principios.*

(1) Los siguientes principios y normas se formulan sobre la base del Derecho de la Comunidad Europea ya existente en el ámbito del Derecho de contratos.

(2) Estos principios y normas sirven como fuente para la redacción de normas, la transposición y la interpretación del Derecho comunitario europeo.

(3) No son formulados para ser aplicados en el ámbito del Derecho laboral, el Derecho de sociedades, el Derecho de familia o el Derecho de sucesiones.

SECCIÓN 2. CONSUMIDOR Y PROFESIONAL

Artículo 1:201 *Consumidor.*

Es consumidor cualquier persona física que principalmente actúe con un propósito ajeno a su actividad negocial.

Artículo 1:202 *Profesional.*

Es profesional cualquier persona física o jurídica, de titularidad pública o privada, que actúe autónomamente con finalidad comercial, laboral o profesional, incluso cuando no pretenda obtener lucro con tal actividad.

Artículo 1:203 *Carácter imperativo de las normas de consumo.*

(1) Salvo que se disponga otra cosa, no vinculan al consumidor las cláusulas contractuales que le perjudiquen, si éstas se apartan de las normas

que tienen especial aplicación en las relaciones entre profesionales y consumidores. Lo dicho no se aplica a los contratos sobre resolución de controversias pendientes.

(2) El párrafo (1) se aplica a las promesas unilaterales por analogía.

SECCIÓN 3. COMUNICACIÓN Y FORMA

Artículo 1:301 *Manera de llevar a cabo la comunicación*⁸.

La comunicación puede ser realizada de cualquier manera que resulte adecuada según las circunstancias.

Artículo 1:302 *Comunicación electrónica.*

Una comunicación realizada por medios electrónicos llega al destinatario cuando éste puede acceder a la misma. Esta norma es imperativa en las relaciones entre profesionales y consumidores, según el artículo 1:203.

Artículo 1:303 *Libertad de forma.*

Salvo que se disponga de otro modo, no es preciso observar forma alguna en el tráfico jurídico.

Artículo 1:304 *Forma de texto.*

La «forma de texto» es el texto expresado en signos alfabéticos o en cualquier otro signo inteligible por medio de cualquier soporte que permita la lectura, la grabación de la información que contenga y su reproducción material.

Artículo 1:305 *Soporte duradero.*

«Soporte duradero» es cualquier instrumento que permita a su destinatario almacenar información para su consulta en cualquier momento a lo largo de un periodo de tiempo adecuado a la finalidad que persiga la información, y que consienta la reproducción inalterada de tal información.

Artículo 1:306 *Por escrito.*

Se entiende que una declaración en forma de texto o en soporte duradero ha sido realizada «por escrito» si el texto puede almacenarse con carácter permanente y en caracteres que sean legibles de manera inmediata.

Artículo 1:307 *Firmas.*

(1) «Firma manuscrita» es el nombre o signo representativo de una persona, escritos de su propia mano con la finalidad de verificar su autenticidad;

(2) «Firma electrónica» son los datos en forma electrónica que se anexan o están lógicamente asociados a otros datos electrónicos y que sirven como método de verificación de la autenticidad;

(3) «electrónico» significa relativo a las tecnologías eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas o con propiedades similares.

(4) «Firma electrónica avanzada» es la firma electrónica que cumple con los siguientes requisitos:

(a) sólo puede ser atribuida al firmante;

(b) permite verificar la identidad del firmante;

(c) es creada mediante la utilización de mecanismos que están bajo el control exclusivo del firmante, y

⁸ Regla gris tomada del Proyecto de MCR II.-1:106 (2).

(d) está vinculada a los datos a los que se refiere de tal manera que puede detectarse cualquier cambio posterior de los mismos.

CAPÍTULO 2. DEBERES PRECONTRACTUALES

SECCIÓN 1. DEBERES GENERALES

Artículo 2:101 *Buena fe.*

En las relaciones precontractuales, las partes deben actuar de buena fe.

Artículo 2:102 *Expectativas legítimas.*

En las relaciones precontractuales, el profesional debe actuar con los especiales conocimientos técnicos y el cuidado que razonablemente quepa esperar y, en particular, según las legítimas expectativas de los consumidores.

Artículo 2:103 *Negociaciones contrarias a la buena fe.*

(1) Una parte es libre de entrar en negociaciones y no es responsable si no se alcanza ningún acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que ha llevado a cabo o interrumpido las negociaciones de manera contraria a la buena fe es responsable por los daños causados a la otra parte.

(3) En particular, una parte actúa de manera contraria a la buena fe cuando inicia o continúa las negociaciones sin la intención real de llegar a algún acuerdo.

SECCIÓN 2. DEBERES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

Artículo 2:201 *Deber de informar sobre los bienes o servicios.*

Antes de la conclusión de un contrato, una parte tiene el deber de proporcionar a la otra la información sobre los bienes y servicios que la otra parte pueda razonablemente esperar, teniendo en cuenta los estándares de calidad y las prestaciones que serían normales según las circunstancias.

Artículo 2:202 *Deberes de información frente a los consumidores.*

(1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2:201 y teniendo en cuenta todas las circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado, cuando un profesional ofrece bienes o servicios a un consumidor debe proporcionar toda la información material que, en el contexto dado, necesita un consumidor medio para tomar una decisión informada acerca de si desea o no concluir el contrato.

(2) Cuando un profesional utiliza comunicaciones comerciales que permiten al consumidor la adquisición de bienes o servicios debe proporcionar la siguiente información, siempre que la misma no se deduzca ya del contexto de la comunicación comercial:

– las características principales de los bienes o servicios, la dirección e identidad del profesional, el precio con inclusión de los gastos de envío, los impuestos y otros gastos, y, cuando exista, el derecho de desistimiento;

– las particularidades del pago, la entrega, la ejecución de la prestación y el tratamiento de las reclamaciones, si éstas se apartan de las exigencias de la diligencia profesional.

Artículo 2:203 *Deberes de información frente a consumidores en situación de inferioridad.*

(1) En el caso de transacciones que coloquen al consumidor en una situación de notoria desventaja informativa como consecuencia del medio

técnico que se utiliza para contratar, la distancia física entre el profesional y el consumidor, o la naturaleza de la transacción, el profesional, de acuerdo con las circunstancias, debe proveer información adecuada acerca de las características principales de los bienes, el precio con inclusión de los gastos de envío, los impuestos y otros gastos, la dirección e identidad del profesional con el que contrata el consumidor, las condiciones del contrato, los derechos y obligaciones de ambas partes contractuales y los medios de resolución de controversias disponibles. Esta información debe ser proporcionada, a lo más tardar, en el momento de la conclusión del contrato.

(2) Si existen deberes de información específicos en relación con situaciones concretas, éstos son preferentes a los deberes generales de información del párrafo (1).

Artículo 2:204 *Deberes de información en comunicaciones en tiempo real.*

(1) Nada más iniciar una comunicación a distancia en tiempo real con un consumidor, el profesional debe proporcionar información explícita acerca de su identidad y la finalidad comercial del contacto.

(2) Las comunicaciones a distancia en tiempo real incluyen el teléfono y los medios electrónicos como la transmisión de voz por internet (VOIP) y los chats por internet (IRC).

(3) Corresponde al profesional la carga de la prueba de que el consumidor ha recibido la información requerida en el párrafo (1).

Artículo 2:205 *Formación electrónica del contrato.*

(1) Si se debe concluir un contrato con medios electrónicos, el profesional, antes de que la otra parte realice o acepte una oferta, debe proporcionar acceso a todas las cláusulas contractuales empleadas, que deben estar disponibles en la forma de texto. Esta disposición es imperativa.

(2) Si un contrato debe ser concluido por medios electrónicos y sin comunicación individual, el profesional debe proporcionar la siguiente información, antes de que la otra parte realice o acepte una oferta:

- (a) los pasos técnicos que se deben seguir para concluir el contrato;
- (b) si el contrato concluido será archivado electrónicamente por el profesional y si éste va a ser accesible;
- (c) los medios técnicos para identificar y corregir errores;
- (d) las lenguas ofrecidas para la conclusión del contrato;

Este párrafo tiene carácter imperativo en las relaciones entre consumidores y profesionales, según el artículo 1:203.

Artículo 2:206 *Claridad y forma de la información.*

(1) El deber de información impuesto al profesional no se entiende cumplido, salvo que la información sea clara y precisa y expresada en un lenguaje sencillo e inteligible.

(2) En los contratos concluidos a distancia entre un profesional y un consumidor, la información relativa a las características de los bienes y servicios, el precio con inclusión de los gastos de envío, tasas y otros gastos, la dirección e identidad del profesional con el que contrata el consumidor, los derechos y deberes de las partes contratantes, y los medios de resolución de controversias, debe ser confirmada por escrito en el momento de conclusión del contrato, de la manera que se considere adecuada en cada caso.

(3) Cuando proporcionar información exija requisitos formales específicos, éstos priman sobre los requisitos generales de los párrafos (1) y (2).

Salvo que otra cosa se establezca, la escritura puede ser reemplazada por otra forma de texto en soporte duradero, siempre que el destinatario pueda adecuadamente acceder al mismo.

(4) La inobservancia de una determinada forma tiene las mismas consecuencias que la infracción de los deberes de información.

Artículo 2:207 *Medios de tutela en caso de infracción de los deberes de información.*

(1) Si según los precedentes artículos 2:203-2:205 el profesional debe proporcionar información a un consumidor antes de la conclusión de un contrato del que el consumidor tiene derecho a desistir, el plazo de desistimiento comienza cuando toda la información ha sido proporcionada. Sin embargo, esta norma no prolonga el periodo de desistimiento más allá de un año, contado a partir del momento de finalización del contrato.

(2) Incluso cuando no haya sido concluido contrato alguno, la infracción de los deberes establecidos en los artículos 2:201 a 2:206 permite a la otra parte reclamar una indemnización. Se aplica el Capítulo 8 por analogía.

(3) Si una de las partes infringe los deberes de los artículos 2:201 a 2:206, y el contrato ya ha sido concluido, forman parte de su contenido los deberes que la otra parte podía razonablemente esperar como consecuencia de la omisión o de la incorrección de la información. Los medios que sirven para dar satisfacción al perjudicado regulados en el Capítulo 8 se aplican a la infracción de tales deberes.

SECCIÓN 3. DEBER DE PREVENIR ERRORES EN LA ENTRADA DE DATOS

Artículo 2:301 *Corrección de errores en la entrada de datos.*

(1) Un profesional que ofrece la posibilidad de concluir contratos electrónicos sin comunicación individual debe poner a disposición de la otra parte medios técnicos efectivos y accesibles para identificar y corregir errores antes de que la otra parte realice o acepte una oferta. Esta norma es imperativa en las relaciones entre profesionales y consumidores, según el artículo 1:203.

(2) El artículo 2:202 se aplica por analogía.

CAPÍTULO 3. NO DISCRIMINACIÓN

SECCIÓN 1. REGLAS GENERALES/DEFINICIONES

Artículo 3:101 *Principio de no discriminación en el Derecho de contratos.*

Cualquier discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico está prohibida.

Artículo 3:102 *Discriminación.*

(1) «Discriminación» significa:

1. Una situación en la que una persona es tratada de manera menos favorable de lo que otra es, ha sido o hubiera sido tratada en una situación comparable;

2. Una situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, situaría a personas con determinadas características en particular desventaja en comparación con otras personas;

(2) La discriminación también incluye:

1. Conductas indeseadas que atentan contra la dignidad de una persona y que crean un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo; o que lo pretenden (acoso); o

2. Cualquier forma de comportamiento verbal o no verbal indeseado o una conducta física de carácter sexual que viola la dignidad de una persona, o lo pretende, en particular cuando tal conducta crea un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (acoso sexual).

3. Cualquier instrucción que ordene discriminar constituye también discriminación.

Artículo 3:103 *Excepción.*

El tratamiento desigual justificado por un fin legítimo no constituye discriminación si los medios utilizados para conseguirlo son apropiados y necesarios.

SECCIÓN 2. MEDIOS DE TUTELA

Artículo 3:201 *Medios que sirven para dar satisfacción al perjudicado.*

(1) Quien sufre discriminación por razón de sexo, origen étnico o racial en contratos de acceso o suministro de bienes o servicios puestos a disposición del público, incluyendo el alojamiento, tiene derecho a ser indemnizado.

(2) Cuando sea adecuado, la persona discriminada tiene derecho a servirse de otros medios o recursos dirigidos a deshacer las consecuencias del acto discriminatorio, o a prevenir discriminaciones futuras.

Artículo 3:202 *Contenido de los medios de tutela.*

(1) La indemnización según el artículo 3.201(1) puede incluir daños patrimoniales y no patrimoniales.

(2) La cuantía de la indemnización de los daños no patrimoniales y las medidas para la satisfacción del perjudicado acordadas en el artículo 3.201(2) deben guardar proporción con el daño causado; puede ser tomado en consideración el efecto disuasorio de tales medidas.

Artículo 3:203 *Carga de la prueba.*

(1) Cuando alguien que considera haber sido discriminado o discriminada por alguno de los motivos mencionados en el artículo 3.201(1), pone de manifiesto, ante un tribunal o cualquier otra autoridad competente, hechos que hacen presumir que tal discriminación ha tenido lugar, corresponde a la otra parte probar que no ha existido infracción del principio de no discriminación.

(2) El párrafo (1) no se aplica a los procedimientos en los que el tribunal u otra autoridad competente debe investigar los hechos.

CAPÍTULO 4. FORMACIÓN

Artículo 4:101 *Acuerdo entre las partes.*

Un contrato queda concluido si las partes tienen la intención de quedar jurídicamente vinculadas y llegan a un acuerdo suficiente.

Artículo 4:102 *Conclusión del contrato.*

(1) Un contrato puede quedar concluido con la aceptación de una oferta, de acuerdo con las disposiciones siguientes.

(2) Las normas de este capítulo se aplican por analogía cuando el proceso de conclusión del contrato no puede ser desglosado según el esquema de la oferta y la aceptación.

Artículo 4:103 *Oferta; declaraciones públicas*⁹.

(1) Una propuesta contiene una oferta si:

(a) se realiza con la intención de que la aceptación de la otra parte dé como resultado un contrato, y

(b) sus términos son suficientemente concretos como para ser reputados contenido de un contrato.

(2) Una oferta puede ser realizada a una o más personas determinadas o al público.

(3) La propuesta de suministrar bienes o servicios a precios determinados realizada por un profesional en un anuncio público o en un catálogo, o bien mediante la exposición en un escaparate, se reputa, salvo que las circunstancias indiquen otra cosa, una oferta de venta o suministro a aquel precio hasta que se agoten las mercancías que se tengan en depósito o la capacidad del profesional para proveer el servicio.

Artículo 4:104 *Bienes o servicios no solicitados*.

Si un profesional entrega bienes o proporciona servicios que el consumidor no ha solicitado no tiene pretensión alguna frente a la falta de reacción del consumidor.

Artículo 4:105 *Declaraciones precontractuales de una de las partes*.

Cualquier declaración pública realizada por el profesional antes de la conclusión del contrato, sobre las características de los bienes o servicios que suministra, le vincula contractualmente, a no ser que:

(a) cuando se concluyó el contrato la otra parte supiera, o debiera razonablemente haber sabido, que la declaración era incorrecta,

(b) la decisión de la otra parte de concluir el contrato no pudiera haber sido influenciada por la declaración, o

(c) la declaración hubiera sido corregida ya en el momento de conclusión del contrato.

Artículo 4:106 *Declaraciones precontractuales y terceros*.

El Artículo 4:105 también se aplica a las declaraciones públicas del productor, de cualquier otra persona en la cadena empresarial entre el productor y el cliente final, o de otra persona que haga publicidad o comercialice los servicios o productos del profesional, salvo que el profesional no estuviera o razonablemente no pudiera haber estado al corriente de la declaración.

Artículo 4:107 *Carácter vinculante de las promesas unilaterales*¹⁰

(1) Una promesa unilateral válida o los compromisos adquiridos vinculan a su emisor si tienen fuerza jurídica vinculante sin necesidad de aceptación.

(2) Si una promesa unilateral es vinculante, se aplican las disposiciones del Derecho de contratos que protegen a una de las partes en su beneficio.

⁹ Regla gris tomada del Proyecto de MCR II.-3:201.

¹⁰ Regla gris, parcialmente. Tomada del Proyecto de MCR II.-1:103(2).

Artículo 4:108 *Confirmación de la recepción.*

(1) Un profesional que ofrece la posibilidad de concluir un contrato por medios electrónicos y sin comunicación individual debe confirmar la recepción de la oferta o la aceptación de la otra parte por medios electrónicos.

(2) Incluso cuando no se ha concluido contrato alguno, la infracción del deber establecido en el párrafo (1) legitima a la otra parte a reclamar indemnización.

(3) Si un profesional incumple los deberes del párrafo (1) y el contrato ha sido concluido, se aplican las disposiciones sobre los medios que permiten dar satisfacción al perjudicado en caso de incumplimiento.

(4) Los párrafos (1) y (3) son imperativos en las relaciones entre profesionales y consumidores, según el artículo 1:203.

CAPÍTULO 5. DERECHO DE DESISTIMIENTO**SECCIÓN 1. EJERCICIO Y EFICACIA****Artículo 5:101** *Carácter imperativo.*

Cuando una parte tiene un derecho legal de desistimiento, las normas de esta sección se aplican con carácter imperativo.

Artículo 5:102 *Ejercicio del Derecho de desistimiento.*

Para su eficacia, el desistimiento debe ser comunicado a la otra parte por la parte que tiene el derecho. No es necesario alegar razón alguna. La devolución del objeto del contrato es considerado como un desistimiento tácito.

Artículo 5:103 *Plazo para desistir.*

(1) Salvo que otra cosa se determine, el derecho de desistimiento debe ser ejercido en un plazo de 14 días tras la conclusión del contrato, siempre que se haya comunicado la existencia del derecho según el artículo 5:104, y no más tarde de un año tras la conclusión del contrato. Si se trata de un contrato de suministro de mercancías, el plazo no se agota antes de catorce días desde su recepción.

(2) El ejercicio del desistimiento es tempestivo si la declaración se envía dentro de ese plazo.

Artículo 5:104 *Comunicación del Derecho de desistimiento.*

La parte a quien corresponde el derecho de desistimiento debe ser adecuadamente advertida de la existencia de tal derecho por la otra parte. Se le debe resaltar adecuadamente tal derecho, y proporcionar información en la forma de texto en un soporte duradero, en un lenguaje sencillo e inteligible, sobre el derecho de desistimiento, el periodo de ejercicio y el nombre y la dirección de la persona frente a la que debe ejercerse el desistimiento.

Artículo 5:105 *Eficacia del desistimiento.*

(1) El desistimiento de un contrato pone fin a las obligaciones contractuales. Cada parte debe devolver a la otra lo que ha recibido en virtud del contrato y asumir los costes que ello conlleve, salvo que el contrato disponga otra cosa en favor de la parte que tiene derecho a desistir. La parte que puede desistir no responde del pago de ningún otro coste y no incurre en ninguna otra responsabilidad al ejercer el derecho de desistimiento. La otra parte debe devolver libre de cargas cualquier pago recibido de la parte que ha desistido y tan pronto como sea posible y, en todo caso, no más tarde de treinta días tras haber sido ejercido eficazmente el derecho.

(2) La parte que desiste del contrato no es responsable de los daños en los bienes recibidos, supuesto que haya procedido con el debido cuidado. Tampoco responde por la pérdida de valor de los bienes recibidos que sea consecuencia de su examen y prueba. Es responsable de la pérdida de valor que resulta de su uso normal, salvo que la parte no haya sido adecuadamente advertida sobre su derecho de desistimiento.

Artículo 5:106 *Contratos vinculados*

(1) Si un consumidor ejerce un derecho de desistimiento de un contrato de suministro de bienes y servicios con un profesional, la eficacia del desistimiento se extiende a cualquier otro contrato vinculado.

(2) Los contratos son vinculados si objetivamente forman una unidad económica.

(3) Si un contrato está financiado total o parcialmente por un contrato de crédito, ambos forman una unidad económica, en particular:

1. Si el profesional que suministra bienes o servicios financia la prestación del consumidor,

2. Si el concedente de crédito se sirve del suministrador de bienes o servicios para la conclusión del contrato de crédito, o

3. Si el contrato de crédito se refiere a determinados bienes o servicios que deben financiarse con este crédito, y si la vinculación entre ambos contratos ha sido propuesta por el suministrador de bienes o servicios o por el concedente de crédito, salvo que otras circunstancias indiquen que ambos contratos no forman una unidad económica.

(4) El artículo 5:105 se aplica por analogía al contrato vinculado.

(5) El párrafo (1) no extiende la eficacia del desistimiento de un contrato de crédito a un contrato de bienes o servicios cuyo precio dependa de las fluctuaciones del mercado financiero que estén fuera de control del profesional y que puedan acaecer durante el plazo de ejercicio del desistimiento.

SECCIÓN 2. DERECHOS DE DESISTIMIENTO ESPECIALES

Artículo 5:201 *Contratos negociados fuera de establecimientos comerciales.*

(1) Un consumidor tiene derecho a desistir del contrato de suministro de bienes o servicios, incluidos los financieros, si la oferta o la aceptación del consumidor se emitió fuera de un establecimiento comercial.

(2) Salvo que en la conclusión del contrato el profesional haya utilizado exclusivamente medios de comunicación a distancia, el párrafo 1 sólo se aplica a contratos en los que la cantidad a pagar por el consumidor alcance un mínimo determinado legalmente.

(3) El párrafo (1) no se aplica a:

(a) contratos concluidos mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados,

(b) contratos concluidos mediante operadores de telecomunicaciones a través del uso de teléfonos públicos,

(c) contratos concluidos para la construcción y venta de bienes inmuebles o que se refieran a otros derechos relativos a bienes inmuebles, con excepción del arrendamiento,

(d) contratos sobre alimentos, bebidas o cualquier otro bien de consumo diario que habitualmente sea suministrado en el hogar, el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, por distribuidores que realicen viajes frecuentes y regulares,

(e) contratos concluidos a través de medios de comunicación a distancia, pero al margen de un sistema organizado de venta o suministro de servicios del profesional,

(f) contratos de bienes y servicios cuyo precio dependa de las fluctuaciones del mercado financiero que puedan tener lugar durante el plazo de desistimiento y que estén fuera del control del profesional,

(g) contratos concluidos a través de subasta pública,

(h) pólizas de seguro de viaje y equipaje o contratos similares de corta duración, de vigencia inferior a un mes.

(4) Si para la conclusión del contrato el profesional ha utilizado exclusivamente medios de comunicación a distancia, el párrafo (1) no se aplica a los contratos:

(a) de alojamiento, transporte, catering, o de ocio, cuando en el momento de la conclusión del contrato el profesional se obliga a suministrar tales servicios en una fecha concreta o en un periodo determinado,

(b) de suministro de servicios distintos a los financieros, si se ha iniciado la ejecución de la prestación a petición expresa e informada del consumidor, antes de la finalización del periodo de desistimiento referido en el artículo 5:103 párrafo (1),

(c) de bienes elaborados siguiendo las instrucciones del consumidor, o que están claramente personalizados o que, por razón de su naturaleza, no pueden ser objeto de devolución o son susceptibles rápido deterioro o perecimiento,

(d) de grabaciones sonoras o en video o software informático

(1) que hayan sido desprecintados por el consumidor, o

(2) que puedan ser descargados o reproducidos para ser usados repetidas veces, en caso de suministro por vía electrónica.

(e) de diarios, periódicos o revistas,

(f) de servicios de apuestas y loterías.

(5) El párrafo (1) no se aplica a los contratos de servicios financieros que ya hayan sido completamente ejecutados por ambos contratantes, a petición expresa e informada del consumidor, antes de que el consumidor pretenda ejercer el derecho de desistimiento.

Artículo 5:202 *Contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de tiempo compartido.*

(1) El consumidor que en un contrato concluido con un profesional adquiera un derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido tiene derecho a desistir de este contrato.

(2) Cuando el consumidor ejerza su derecho a desistir según el párrafo (1), el contrato puede establecer que el consumidor reembolse los gastos:

(a) derivados de la conclusión y desistimiento del contrato, y

(b) que corresponden a las formalidades legales que deben cumplirse antes de la expiración del plazo referido en el artículo 5:103(1),

(c) sean razonables y apropiados,

(d) estén expresamente mencionados en el contrato, y

(e) sean conformes con las normas que sean de aplicación a tales gastos.

El consumidor no está obligado a reembolsar gasto alguno cuando ejerza su derecho de desistimiento según el artículo 2:207(1).

(3) El profesional no puede exigir o aceptar pagos avanzados del consumidor durante el periodo en que éste pueda ejercer el derecho de desistimiento.

CAPÍTULO 6. CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE

SECCIÓN 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 6:101 *Objeto.*

(1) Las siguientes disposiciones se aplican a las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, incluidas las cláusulas generales del contrato.

(2) Una cláusula proporcionada por una parte (el que las utiliza) no es negociada individualmente si la otra parte no tiene posibilidad de influir en su contenido por el hecho de haber sido redactada con anterioridad, en particular como parte de un contrato de adhesión. En los contratos entre un profesional y un consumidor, si las cláusulas han sido redactadas por un tercero, se considera que el profesional es quien las utiliza, salvo que el consumidor haya incluido tales cláusulas en el contrato.

(3) Son condiciones generales las que han sido formuladas con antelación para diferentes contratos con diferentes partes, y que no han sido negociadas individualmente por las partes.

(4) Quien la utiliza asume la carga de probar que una condición general ha sido negociada individualmente.

SECCIÓN 2. INCLUSIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS

Artículo 6:201 *Conocimiento de las cláusulas no negociadas individualmente.*

(1) Las cláusulas contractuales que no han sido negociadas individualmente vinculan a la parte que las ignoraba sólo si quien las utiliza toma medidas adecuadas para que la otra parte tome conocimiento de las mismas antes o en el momento de la conclusión del contrato.

(2) No es suficiente para hacer tomar conocimiento de las cláusulas una mera referencia a las mismas en un documento contractual, ni siquiera aunque la parte firme este documento.

(3) Si el contrato debe concluirse electrónicamente, las cláusulas contractuales no vinculan a la otra parte si quien las utiliza no las proporciona en la forma de texto.

(4) Los consumidores no quedan vinculados por las cláusulas que no han tenido oportunidad real de conocer antes de la conclusión del contrato.

Artículo 6:202 *Preferencia de las cláusulas negociadas.*

Las cláusulas que han sido negociadas individualmente tienen preferencia sobre las que no lo han sido.

Artículo 6:203 *Interpretación de las cláusulas.*

(1) Cuando no esté claro el significado de una cláusula, ésta debe ser interpretada en perjuicio de la parte que la ha utilizado.

(2) El párrafo (1) no se aplica a los procesos colectivos sobre acciones de cesación contra la utilización de determinadas cláusulas.

Artículo 6:204 *Conflicto entre cláusulas contractuales generales*¹¹.

(1) Si las partes han llegado a un acuerdo, el contrato queda concluido, salvo que la oferta y la aceptación se refieran a cláusulas generales que no sean compatibles. Las cláusulas generales forman parte del contrato en la medida en que sean esencialmente coincidentes.

(2) Sin embargo, el contrato no queda concluido si una de las partes:

(a) ha indicado expresamente, con antelación, y no mediante la utilización de cláusulas generales, que no se considera vinculada por el contrato según lo dispuesto en el párrafo (1), o

(b) si avisa sin demora a la otra parte de tal propósito

SECCIÓN 3. EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS

Artículo 6:301 *Cláusulas abusivas*

(1) Una cláusula no negociada individualmente es reputada abusiva si perjudica a la otra parte, de manera contraria a las exigencias de la buena fe, creando un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que nacen del contrato. Sin perjuicio de las disposiciones sobre acciones colectivas, a la hora de determinar la abusividad de una cláusula es preciso tener en consideración la naturaleza de los bienes o servicios que deben ser suministrados en virtud del contrato, todas las circunstancias que han rodeado la conclusión del contrato, las otras cláusulas contractuales, así como todas las cláusulas de cualquier otro contrato del que dependa el contrato.

(2) Una cláusula no negociada individualmente en un contrato entre profesionales se considera abusiva cuando su utilización implica un apartamiento notorio de la buena práctica comercial.

Artículo 6:302 *Transparencia de las cláusulas*.

Las cláusulas no negociadas individualmente deben ser redactadas y dadas a conocer en un lenguaje sencillo e inteligible.

Artículo 6:303 *Ámbito de aplicación del test de abusividad*.

(1) Las cláusulas contractuales que se basan en disposiciones legales o en convenios internacionales de los que sean parte los Estados miembros, o de los que sea parte la Unión europea, especialmente en el sector aéreo, no quedan sometidas al test de abusividad.

(2) En las cláusulas contractuales redactadas en un lenguaje sencillo e inteligible, el test de abusividad no se extiende ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación del precio a pagar.

Artículo 6:304 *Listado de cláusulas abusivas*.

La que sigue a continuación es una muestra no exhaustiva de cláusulas que son abusivas en contratos entre un profesional y un consumidor, si no han sido negociadas individualmente:

– cláusulas que otorgan jurisdicción exclusiva para la resolución de todos los conflictos que surjan del contrato a los tribunales del domicilio del profesional.

Artículo 6:305 *Lista indicativa de cláusulas abusivas*.

(1) La que sigue a continuación es una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas en los contratos entre un

¹¹ Regla gris, tomada del Proyecto de MCR II.–3:209.

profesional y un consumidor, si no han sido individualmente negociadas. Esta lista comprende cláusulas que:

(a) excluyen o limitan la responsabilidad del profesional cuando una acción u omisión del profesional causa la muerte o daños físicos al consumidor;

(b) excluyen o limitan de forma inadecuada los medios de tutela, incluido el derecho a compensar, que el consumidor pueda tener contra el profesional o un tercero debido al incumplimiento del profesional;

(c) vinculan al consumidor en un contrato sometido a una condición cuyo cumplimiento depende exclusivamente de la voluntad del profesional;

(d) permiten al profesional retener las cantidades entregadas por el consumidor, supuesto que este último renuncie a la conclusión o a la ejecución del contrato, sin acordar al consumidor el derecho a recibir del profesional la indemnización de una suma equivalente en la situación contraria;

(e) exigen al consumidor que no cumple sus obligaciones el pago de una indemnización desproporcionadamente elevada;

(f) autorizan al profesional a desistir o a resolver el contrato discrecionalmente, sin otorgar el mismo derecho al consumidor, o cláusulas que autorizan al profesional a quedarse con el dinero pagado en concepto de prestaciones aun no efectuadas, cuando el profesional desiste o resuelve el contrato;

(g) permiten al profesional resolver un contrato de duración indeterminada sin una adecuada antelación, salvo que concurren motivos graves para proceder de esa manera; ello no afecta a las cláusulas generales en contratos de servicios financieros si existe una razón convincente, siempre que el prestador del servicio esté obligado a informar del hecho inmediatamente a la otra parte o partes contractuales;

(h) prorrogan automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no indica lo contrario, cuando tales cláusulas fijen inadecuadamente una fecha demasiado temprana;

(i) permiten al consumidor modificar unilateralmente las cláusulas del contrato sin que exista un motivo válido especificado en el contrato; esto no afecta a las cláusulas por las que un proveedor de servicios financieros se reserva el derecho de modificar sin preaviso el porcentaje de intereses a pagar por o al consumidor, u otros gastos derivados del servicio financiero cuando exista un motivo válido, supuesto que el proveedor del servicio deba informar al consumidor a la menor oportunidad y que el consumidor sea libre de resolver el contrato con eficacia inmediata; tampoco afecta a las cláusulas por las que el profesional se reserva el derecho de modificar unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, si el profesional debe informar de manera adecuada al consumidor y éste es libre de resolver el contrato;

(j) permiten al profesional modificar unilateralmente sin motivo válido cualquier característica de los bienes o servicios que deben ser suministrados;

(k) establecen que el precio de los bienes será determinado en el momento de la entrega, o que permiten al profesional aumentar el precio sin dar al consumidor la posibilidad de desistir del contrato si tal incremento de precio es demasiado elevado en relación con el precio acordado en el momento de la conclusión del contrato; esto no afecta a las cláusulas sobre índice de precios, si éstas están ajustadas a derecho, supuesto que los criterios para la variación de precios estén descritos explícitamente;

(l) otorgan al profesional el derecho de decidir si los bienes o servicios suministrados son conformes con el contrato, o que le otorgan el derecho exclusivo de interpretar cualquier cláusula del contrato;

(m) restringen el deber del profesional de respetar las obligaciones contraídas por sus representantes, o que supeditan tales obligaciones al cumplimiento de alguna formalidad particular;

(n) obligan al consumidor a cumplir todas sus obligaciones aún cuando el profesional no haya cumplido las suyas;

(o) permiten al profesional ceder sus derechos y obligaciones contractuales sin el consentimiento del consumidor, si esto pudiera disminuir las garantías en favor del consumidor, y

(p) excluyen o imposibilitan el derecho del consumidor de emprender acciones legales o utilizar cualquier otro medio de tutela, en particular las que reenvían a procedimientos arbitrales no expresamente previstos en las leyes, restringen excesivamente los medios de prueba del consumidor, o trasladan la carga de la prueba al consumidor.

(2) Los subpárrafos (g), (i) y (k) no son aplicables a:

– transacciones relativas a títulos-valores, instrumentos financieros y otros productos o servicios cuyo precio dependa de las fluctuaciones de una cotización o índice bursátil o tipo de mercado financiero que estén fuera del control del profesional;

– contratos de venta de moneda extranjera, cheques de viaje o giros postales internacionales expresadas en moneda extranjera.

Artículo 6:306 *Eficacia de las cláusulas abusivas.*

(1) Las cláusulas abusivas no vinculan a la parte que no las emplea.

(2) Si el contrato puede conservarse sin las cláusulas abusivas, continúa vinculando en la parte subsistente.

CAPÍTULO 7: CUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1. DEBERES GENERALES

Artículo 7:101 *Deber de cumplimiento.*

(1) El deudor debe cumplir sus obligaciones de buena fe.

(2) El profesional debe cumplir sus obligaciones con los conocimientos técnicos y el cuidado que razonablemente quepa esperar y, en particular, tomando en consideración las expectativas legítimas del consumidor.

Artículo 7:102 *Buena fe en el ejercicio de los derechos.*

El acreedor debe ejercer de buena fe su derecho al cumplimiento y los medios de tutela ante el perjuicio que le cause el incumplimiento.

Artículo 7:103 *Deber de lealtad.*

Cuando la naturaleza de una obligación exija que el deudor tome en consideración los asuntos del acreedor, el deudor debe prestar adecuada atención a los intereses del acreedor relacionados con tales asuntos.

Artículo 7:104 *Deber de cooperación.*

Deudor y acreedor deben cooperar entre sí con el alcance que quepa razonablemente esperar en el cumplimiento de una obligación.

SECCIÓN 2. MODALIDADES DE CUMPLIMIENTO

Artículo 7:201 *Tiempo del cumplimiento*¹².

(1) Si el contrato no establece el tiempo del cumplimiento, el deudor debe cumplir sin demora.

(2) Salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el profesional debe cumplir las obligaciones derivadas de contratos a distancia dentro de treinta días tras la conclusión del contrato.

(3) Si el profesional debe reembolsar dinero recibido de un consumidor, tal reembolso se debe efectuar lo antes posible y, en todo caso, dentro de treinta días tras el nacimiento de la obligación de reembolso.

(4) Si en las obligaciones recíprocas no puede deducirse de otro modo del contenido contractual cuál es la secuencia de cumplimiento, entonces, en la medida en que las obligaciones puedan cumplirse simultáneamente, las partes quedan obligadas a cumplir simultáneamente, a no ser que de las circunstancias se deduzca otra cosa.

Artículo 7:202 *Lugar de cumplimiento*¹³.

(1) Si no puede deducirse de otro modo del contenido contractual cuál es el lugar de cumplimiento de una obligación, éste es:

(a) en las obligaciones pecuniarias, el lugar en el que el acreedor tenga su establecimiento;

(b) en cualquier otra obligación, el lugar donde el deudor tenga su establecimiento.

(2) A los efectos del párrafo precedente:

(a) si una parte tiene más de un lugar de establecimiento, el lugar de establecimiento es aquel con que el exista una relación más estrecha con la obligación, y

(b) si una parte no tiene un lugar de establecimiento o la vinculación no tiene que ver con una actividad comercial, entonces es determinante el lugar de residencia habitual.

(3) Si, en un caso en el que tenga aplicación el párrafo (1), de forma incidental una parte causa cualquier incremento de los gastos inherentes al cumplimiento, como consecuencia de un cambio del lugar de establecimiento o de la residencia habitual, con posterioridad al momento en que se contrae la obligación, tal parte debe asumir tal incremento.

CAPÍTULO 8 MEDIOS DE TUTELA

SECCIÓN I: REGLAS GENERALES

Artículo 8:101 *Definición de incumplimiento*.

Es incumplimiento cualquier cumplimiento insuficiente de una obligación, incluido el cumplimiento moroso, el cumplimiento defectuoso y la infracción del deber de cooperar con el fin de procurar la plena eficacia de una obligación.

Artículo 8:102 *Exclusión o limitación de los medios de tutela*.

El acreedor no puede reclamar contra el deudor si el incumplimiento le es imputable.

¹² Regla gris, parcialmente. Tomada del Proyecto de MCR III.-2:104.

¹³ Regla gris, tomada del Proyecto de MCR III.-2:101.

SECCIÓN 2. CUMPLIMIENTO Y CORRECCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO

Artículo 8:201 Obligaciones pecuniarias ¹⁴

(1) El acreedor tiene derecho a exigir el pago de las deudas pecuniarias vencidas.

(2) Si el acreedor todavía no ha cumplido la obligación recíproca en contraprestación de la cual tiene derecho al pago y está claro que el deudor de la obligación pecuniaria no está dispuesto a aceptar la prestación, no obstante el acreedor puede cumplir y exigir el pago a no ser que:

(a) el acreedor hubiera podido efectuar una prestación sustitutoria adecuada sin esfuerzos o gastos significativos, o

(b) el cumplimiento fuera inadecuado dadas las circunstancias.

Artículo 8:202 *Obligaciones no pecuniarias* ¹⁵.

(1) El acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento específico de una obligación no pecuniaria.

(2) El cumplimiento específico comprende la subsanación gratuita de una prestación no conforme con las condiciones que regulan la obligación de cumplimiento defectuoso en los términos pactados.

(3) Sin embargo, el cumplimiento específico no puede ser exigido, en la medida en que:

(a) el cumplimiento fuere ilícito o imposible;

(b) el cumplimiento fuere desproporcionadamente gravoso o caro;

(c) debido a la naturaleza personal de la prestación, el cumplimiento forzoso fuere inaceptable, o

(d) [No adoptado en el Proyecto de MCR]

(4) [no adoptado en el Proyecto de MCR]

(5) El acreedor no puede exigir indemnización o el pago de la cantidad de dinero acordada para el caso de incumplimiento, si el acreedor ha incrementado los daños o la cantidad acordada por haber insistido de forma inadecuada en obtener el cumplimiento específico en circunstancias en las que hubiera sido posible reemplazar la prestación por otra que no hubiera comportado esfuerzos o gastos significativos.

SECCIÓN 3. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y REDUCCIÓN DE LA PRESTACIÓN

Artículo 8:301 *Motivos de resolución y de reducción de la prestación.*

(1) El acreedor puede reducir su prestación de forma adecuada, o resolver el contrato:

1. Si el acreedor no tiene derecho al cumplimiento o a la corrección del incumplimiento, según la Sección 2, o

2. Si el deudor no ha hecho uso de los medios de tutela a que se refiere la Sección 2 en un plazo adecuado.

El acreedor no tiene derecho a resolver el contrato si la prestación insuficiente del deudor equivale a un incumplimiento de escasa entidad.

(2) Sin perjuicio del párrafo 1, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato por incumplimiento, si no es razonable esperar que el acreedor

¹⁴ Regla gris, tomada del Proyecto de MCR III.-3:301.

¹⁵ Regla gris, tomada del Proyecto de MCR III.-3:302.

quede vinculado por el contrato, debido especialmente al tipo de incumplimiento o a la naturaleza de la obligación.

(3) De conformidad con el párrafo 1, el acreedor sólo puede resolver la parte del contrato afectada por el incumplimiento, salvo que un cumplimiento parcial no le reporte ninguna utilidad. El párrafo 2 se aplica por analogía.

(4) El acreedor tiene derecho a reducir su propia prestación si la corrección del incumplimiento según la Sección 2 no ha restablecido el valor originario de la prestación.

(5) Los medios de tutela regulados en los párrafos precedentes no afectan al derecho del acreedor de reclamar indemnización.

Artículo 8:302 *Notificación de la resolución*¹⁶

(1) La resolución debe comunicarse al deudor.

(2) El acreedor pierde el derecho a resolver si la notificación no se realiza en un plazo razonable una vez que el acreedor ha tenido conocimiento del incumplimiento, o es razonable pensar que lo debería haber tenido.

(3) El párrafo 2 no resulta de aplicación al derecho del consumidor de resolver el contrato.

Artículo 8:303 *Eficacia de la resolución.*

La resolución del contrato libera a ambas partes del cumplimiento de las respectivas obligaciones, desde el momento en que la resolución es eficaz. En caso de resolución parcial, ambas partes quedan liberadas de las obligaciones que resultan de la parte resuelta.

Artículo 8:304 *Retención de la prestación*¹⁷.

(1) El acreedor que en una obligación recíproca debe cumplir su prestación de manera simultánea o posterior al deudor puede retener el cumplimiento hasta que el deudor ofrezca cumplir o haya cumplido la suya. El acreedor puede retener la totalidad o parte de la prestación, según lo que se estime adecuado en función de las circunstancias.

(2) El acreedor que en una obligación recíproca debe cumplir su prestación antes de que el deudor cumpla la suya puede igualmente retener la prestación siempre que quede claro que llegado el momento de vencimiento de la obligación, el deudor no cumplirá la suya.

SECCIÓN 4. INDEMNIZACIÓN

Artículo 8:401 *Derecho a la indemnización.*

(1) El acreedor tiene derecho a reclamar indemnización por los daños que le causa el incumplimiento de una obligación, salvo que tal incumplimiento esté justificado.

(2) El incumplimiento está justificado si es debido a circunstancias que están fuera del control del deudor o de las personas contratadas por éste para cumplir la obligación, supuesto que las consecuencias de aquellas circunstancias no hubieran podido ser evitadas con el empleo de todo el cuidado exigible.

¹⁶ Regla gris, parcialmente. Tomada del Proyecto de MCR III.-3:507.

¹⁷ Regla gris, tomada del Proyecto de MCR III.-3:401.

Artículo 8:402 Alcance de la indemnización.

(1) La indemnización es el pago de la cantidad de dinero necesaria para restablecer la situación que hubiera correspondido al acreedor si la prestación hubiera sido cumplida debidamente.

(2) La indemnización cubre el valor de la pérdida sufrida por el acreedor, incluida la ganancia que haya dejado de obtener.

(3) Sin perjuicio de las normas sobre reembolso de las costas judiciales, la indemnización incluye cualquier gasto adecuado para la ejecución de la obligación.

(4) La indemnización sólo incluye los daños no patrimoniales, en la medida en que la finalidad de la prestación incluya la protección o la satisfacción de intereses no patrimoniales.

Artículo 8:403 Concurso de culpas y reducción de la indemnización.

La indemnización se reduce o queda excluida si dolosa o culposamente el acreedor ha contribuido a las consecuencias del incumplimiento o habría podido reducir los daños adoptando las medidas adecuadas.

Artículo 8:404 Intereses de demora en el pago¹⁸.

(1) Si se retrasa el pago de una suma de dinero, con independencia de que el incumplimiento esté o no justificado, el acreedor tiene derecho a reclamar intereses de la suma debida desde el momento del vencimiento y hasta el momento del pago, según el tipo de interés medio que los bancos comerciales ofrecen a sus clientes preferentes en préstamos a corto plazo en la moneda contractualmente fijada para el pago y en el lugar donde el pago es debido.

(2) Adicionalmente, el acreedor puede reclamar indemnización por cualquier otro daño.

Artículo 8:405 Intereses por el incumplimiento del acreedor.

El acreedor no puede reclamar intereses si no ha cumplido su obligación recíproca.

Artículo 8:406 Intereses en contratos mercantiles.

(1) Si el profesional retrasa el pago del precio de los bienes y servicios sin que ello esté justificado según el artículo 8:401, debe intereses al tipo especificado en el párrafo 4, salvo que sea aplicable un tipo superior.

(2) Los intereses según el tipo especificado en el párrafo 4 comienzan a devengarse:

(a) el día siguiente a la fecha o a la finalización del plazo de pago establecidos contractualmente, y en otro caso,

(b) treinta días tras la fecha de recepción por el deudor de la factura o cualquier requerimiento de pago equivalente, o

(c) treinta días tras la fecha de recepción de los bienes o servicios, si la fecha señalada en (b) es más temprana o incierta, o si es incierto que el deudor ha recibido la factura o el requerimiento de pago equivalente.

(3) Si mediante aceptación o verificación se establece la conformidad de los bienes o servicios con el contrato, el período de treinta días del párrafo (2) comienza el día en que se haya producido tal aceptación o verificación.

(4) El tipo de interés de demora («tipo legal») es la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación

¹⁸ Regla gris, tomada del Proyecto de MCR III.-3:708.

principal de refinanciación efectuada antes del primer día natural del semestre de que se trate («tipo de referencia») más, como mínimo, 7 puntos porcentuales («margen»), salvo que se especifique otra cosa en el contrato. Para la divisa de un Estado miembro que no participe en la tercera fase de la unión económica y monetaria, el tipo de referencia es el tipo equivalente establecido por su banco central nacional.

(5) Adicionalmente, el acreedor puede reclamar indemnización por cualquier otro daño.

Artículo 8:407 Cláusulas abusivas referidas a los intereses.

(1) Una cláusula en virtud de la cual el profesional paga intereses a partir de una fecha posterior a la indicada en el artículo 8:406 párrafo (2) (b) y (c) y párrafo (3), o a un tipo de interés inferior al especificado en el artículo 8:406 párrafo (4) no vincula si es manifiestamente abusiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluida la buena práctica comercial y la naturaleza de los bienes y servicios.

(2) Una cláusula que permite al deudor pagar el precio de los bienes y servicios con posterioridad al momento en que se devengan los intereses según el artículo 8:406 párrafo 2 (b) y (c) y párrafo (3) no priva al acreedor de los intereses, en la medida en que ello pudiera resultar manifiestamente abusivo teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluida la buena práctica comercial y la naturaleza de los bienes y servicios.

Rapports nacionales de Derecho privado europeo,
Comparado y Comunitario (2006)

ALEMANIA

Bibliografía (2007)

MARTIN EBERS*

I. DERECHO PRIVADO EUROPEO - CUESTIONES GENERALES

- ACQUIS GROUP (RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW) (ed.), *Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier European Law Publisher, München, 2007.
- BUSSANI, Mauro y MATTEI, Ugo (eds.): *Opening Up European Law. The Common Core Project towards Eastern and South Eastern Europe*, Sellier European Law Publisher, München, 2007.
- MAHR, Jürgen Thomas: *Der Beginn der Rechtsfähigkeit und die zivilrechtliche Stellung ungeborenen Lebens. Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- MEYER, Olaf: *Principles of Contract Law and nationales Vertragsrecht. Chancen und Wege für eine Internationalisierung der Rechtsanwendung*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- NEUNER, Jörg (ed.): *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- SILNY, Marnie: *Die binnenmarktbezogene Rechtsangleichungskompetenz des Art. 95 EG. Reichweite und Grenzen der Harmonisierungskompetenz sowie ihre Stellung in der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzverfassung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.

II. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- CHEREDNYCHENKO, Olha: *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionnalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Sellier European Law Publisher, München, 2007.
- ECKL, Christian: *Treu und Glauben im spanischen Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- HASSEMER, Michael: *Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen. Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

* Doctor en Derecho y «wissenschaftlicher Assistent» en el «Institut für Internationales Wirtschaftsrecht» en la «Westfälische Wilhelms-Universität» de Münster.

- MITZKAIT, Anika: *Leistungsstörung und Haftungsbefreiung. Ein Vergleich der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts mit dem reformierten deutschen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- LIUKKUNEN, Ulla: *Cross-Border Services and Choice of Law. A Comparative Study of the European Approach*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- SCHMIDT-AHRENDTS, Nils: *Das Verhältnis von Erfüllung, Schadensersatz und Vertragsaufhebung im CISG*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- WEIDT, Heinz: *Antizipierter Vertragsbruch. Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- ZIMMERMANN, Reinhard (ed.): *Störungen der Willensbildung bei Vertragsabschluss*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

IV. DERECHO EUROPEO DE BIENES Y DERECHO DE GARANTÍAS

- BORKHARDT, Oliver: *Registerpublizität und Kollisionsrecht besitzloser Mobiliarsicherheiten nach dem neuen Art. 9 UCC*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- GUSKI, Roman: *Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung. Zu den Schranken von Kreditsicherheiten unter Berücksichtigung gemeinschafts- und kollisionsrechtlicher Bezüge*, Berlin, Duncker und Humblot, 2007.
- ROTMANN, Bastian: *Der Schutz des Dritten in der europäischen Mobiliarszwangsvollstreckung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung vor dem Hintergrund der Verordnung (EG) Nr. 805/2004 zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen*, Frankfurt am Main, Peter Lang 2007.
- THOB, Axel: *Bürgenschutz im österreichischen und deutschen Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

V. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

- ADLOFF, Daniel: *Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- DAMMANN, Jens: *Materielles Recht und Beweisrecht im System der Grundfreiheiten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- HARDER, Florian: *Das Schiedsverfahren im Erbrecht. Die Besonderheiten der Zulässigkeit und der Durchführung eines privaten Schiedsverfahrens bei der Erbaueinandersetzung aufgrund letztwilliger Schiedsklausel oder Schiedsvereinbarung*, Berlin, Duncker und Humblot, 2007.
- HERB, Anja: *Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- HUBER, Stefan: *Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren am Beispiel der Dokumentenvorlage*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- KUMM, Nina: *Notwendigkeit und Ausgestaltung eines Verbrauchergerichtstandes im deutschen Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2007.
- LAKKIS, Panajotta: *Gestaltungsakte im internationalen Rechtsverkehr. Zur prozessualen Bindung an in- und ausländische privatrechtsgestaltende*

- Urteile und andere privatrechtsgestaltende Hoheitsakte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- MARAUHN, Thilo (ed.): *Bausteine eines europäischen Beweisrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- STAMM, Jürgen: *Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts. Ein Beitrag zur Rechtsvereinheitlichung auf europäischer Ebene*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

ESPAÑA

ESTHER ARROYO AMAYUELAS y SUSANA NAVAS NAVARRO

Bibliografía

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

- AA.VV.: *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, Madrid, Colex, 2007, 288 pp. ISBN: 9788483421000.
- Políticas de la Unión europea*, Madrid, Colex, 2007⁴, 1072 pp. ISBN: 84-8342-055-4.
- ALONSO GARCÍA, R., y SARMIENTO, D.: *La carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, Concordancias, Jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 2006, 474 pp. ISBN: 844702671X.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Colex, 2007, 321 pp. ISBN: 9788483420942.
- EMBED IRUJO, José Miguel, y ROQUE VITOLO, Daniel: *El Derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión europea y mercosur. III Congreso Argentino-Español de Derecho mercantil*, Granada, Comares, 2007, 696 pp. ISBN 9788498362510.
- JUÁREZ PÉREZ, P.: *Reconocimiento de sentencias extranjeras por el régimen autonómico español: del Tribunal Supremo a los Juzgados de Primera instancia*, Madrid, Colex, 2007, 136 pp. ISBN: 84-8342-058-9.
- LAUROBA LACASA, Elena, y MARSAL GUILLAMET, Joan: *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, 603 pp. ISBN: 9788497684019.
- LINDE PANIAGUA, Enrique: *Guía práctica de Derecho de la Unión europea*, Madrid, Colex, 2007², 384 pp. ISBN: 84-8342-051-1.
- RIPOL CARULLA, Santiago: *Sistema europeo de protección de los derechos humanos y el sistema español*, Barcelona, Atelier, 2007, 212 pp. ISBN: 496758087.
- TORRENT, Armando: *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano –ius commune– derecho europeo*, Barcelona, Edisofer, 2007, 352 pp. ISBN: 8496261464.

* Profesora Titular de Derecho Civil, Universitat de Barcelona. La colaboración se enmarca en las actividades del Proyecto 2005 SGR00759.

VIGURI PEREA, Agustín: *Los contratos comerciales internacionales. Análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho comparado (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convención de Viena)*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2007, 302 pp. ISBN: 9788496782013.

Legislación

SUSANA NAVAS NAVARRO*

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* («BOE» núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

La presente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres pretende erigirse, al menos esa es la pretensión declarada del legislador en la exposición de motivos, en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres. En este sentido, la ley prevé un marco general para la adopción de las denominadas acciones positivas. Ahora bien, la ley no sólo contiene mandatos dirigidos a los poderes públicos, sino que también afecta a las relaciones entre particulares. La regulación del acceso a bienes y servicios es objeto de atención por la norma intentando conjugar el principio de igualdad con el principio de libertad contractual. Una atención especial presta la ley a la aplicación del principio de igualdad en el ámbito laboral y así se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral tratando de fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las cargas familiares. La ley pretende promover la igualdad en el ámbito empresarial para que, en el marco de la negociación colectiva, sean las partes las que decidan las medidas a adoptar en la línea de hacer real y efectiva la aplicación de este principio. En el ámbito del empleo también se ha tenido en cuenta, por el legislador la provisión de puestos de trabajo en el seno de la Administración General del Estado, extendiéndose esta aplicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y a las Fuerzas Armadas. También se garantiza la presencia de mujeres y de hombres de forma equilibrada en el ámbito de la representación política.

La Ley Orgánica 3/2007 aparece estructurada del siguiente modo: Título Preliminar, ocho Títulos, treinta y una disposiciones adicionales, once disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales. En el Título Preliminar se establece el objeto y el ámbito de aplicación de la ley. El Título I («*El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación*») define, siguiendo a las Directivas comunitarias, los conceptos y categorías básicas relativas a la igualdad (discriminación directa, discriminación indirecta, acoso sexual, acciones positivas). Además, determina las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias e incorpora garantías de carácter procesal para reforzar la protección judicial del derecho a la igualdad. El Título II («*Políticas públicas para la igualdad*») establece, en su

* Profesora Titular de Derecho Civil, U. Autónoma de Barcelona. La colaboración se enmarca en el Proyecto de investigación SEJ2004-05535 (Dirección general de investigación-MEC) del cual es investigadora principal la Profesora M.^a del Carmen Gete-Alonso Calera y en el 2005 SGR00759, dirigido por el Prof. Ferran Badosa Coll.

capítulo I, los criterios de actuación de los poderes públicos definiendo el principio de transversalidad y los elementos para la integración del principio de igualdad en la elaboración, ejecución y aplicación de las normas. En el capítulo II, de este mismo título II, se establecen los criterios de orientación de las políticas públicas en materia de educación, cultura y sanidad. El Título III («*Igualdad y medios de comunicación*») contiene medidas de fomento de la igualdad en los medios de comunicación social, con reglas específicas para los de titularidad pública, así como instrumentos para controlar los supuestos de publicidad con contenido discriminatorio. El Título IV («*El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades*») se ocupa del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades tanto en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesional y en las condiciones de trabajo. Se contempla el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores. Una de las medidas más innovadoras que presenta la ley en el ámbito de conciliación de la vida familiar y laboral es el permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en el caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo. También se amplía el permiso por maternidad en dos semanas más en caso de hijo discapacitado. En relación con la reducción de jornada por guarda legal, se amplía la edad máxima del menor que da derecho a esa reducción, que pasa de seis a ocho años y, además, se reduce a un octavo de la jornada el límite mínimo de dicha reducción. También se reduce a cuatro meses la duración mínima de la excedencia voluntaria y se amplía de uno a dos años la duración máxima de la excedencia para el cuidado de familiares. Se reconoce la posibilidad de que, tanto una excedencia como la otra, se disfruten de forma fraccionada. Estas modificaciones en el ámbito laboral comportan, a su vez, modificaciones en materia de la seguridad social, modificaciones que se llevan a cabo en las disposiciones adicionales de la ley. El Título V («*El principio de igualdad en el empleo público*») regula el principio de igualdad en el empleo público (capítulo I) estableciéndose las pautas generales de actuación a favor de la igualdad para el conjunto de las administraciones públicas y la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los nombramientos de cargos directivos en la Administración General del Estado (capítulo II). También se establecen medidas de igualdad en el empleo en el ámbito de la Administración General del Estado con el mandato de aprobar un protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo (capítulo III). La aplicación del principio de igualdad también debe darse en el ámbito de las Fuerzas Armadas y en las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado (capítulos IV, V). El Título VI («*Igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro*») está dedicado a la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios con especial atención al ámbito de los seguros. El Título VII («*La igualdad en la responsabilidad social de las empresas*») contempla la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social por las empresas en materia de igualdad regulando específicamente el tema de la publicidad. En este título se ha incluido el fomento de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles.

El Título VIII («*Disposiciones organizativas*») establece la creación de una Comisión Interministerial de igualdad entre hombres y mujeres y de las Unidades de igualdad en cada Ministerio. Las Disposiciones transitorias establecen el régimen aplicable temporalmente a determinados aspectos de la Ley como los relativos a medidas preventivas, tablas de mortalidad y supervivencia o la composición equilibrada de las listas electorales. Las Disposicio-

nes finales de la ley se refieren a la naturaleza de la ley, su fundamento constitucional y su relación con el derecho comunitario.

En esa relación con el derecho comunitario hay que destacar que la Ley Orgánica 3/2007 incorpora, en particular, al ordenamiento jurídico español dos directivas en materia de igualdad de trato: 1) la 2002/73/CE de reforma de la Directiva 76/207/CEE, 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 profesional y a las condiciones de trabajo; 2) la 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

FRANCIA

ELISE POILLOT*

I. LIBROS

1. Derecho comparado y Derecho internacional privado

KADNER GRAZIANO, Thomas: *Le contrat en droit privé européen - Exercices de comparaison et d'harmonisation*, Paris Bâle, Genève Bruxelles, LGDJ et Helbing & Lichtenhahn/Bruylant, ISBN: 978-3-7190-2576-2, 432 pp.

LOUSSOUARN, Yvon, y BOURREL, Pierre, DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal: *Droit international privé*, Paris 2007, Dalloz, ISBN: 978-2-247-07518-8, 1025 pp.

NIBOYET, Marie-Laure y GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud: *Droit international privé*: Paris 2007 LGDJ, coll. Manuels, ISBN: 978-2-275-03035-7, 718 pp.

RACINE, Jean Baptiste y SIIRAINEN, Fabrice, *Droit du commerce international*: Paris 2007, Dalloz, coll. Cours, ISBN: 978-2-247-07130-2, 453 pp.

2. Derecho institucional de la Unión europea

DOLLAT, Patrick: *Droit européen et droit de l'Union européenne*, Paris 2007, Sirey, coll. Intégral concours, ISBN: 978-2-247-07548-5, 475 pp.

DUTHEIL DE LA ROCHERE: Jacqueline: *Introduction au droit de l'Union européenne*, Paris 2007, Hachette, coll. Les fondamentaux du droit, ISBN: 978-2-01-145832-2, 159 pp.

MONJAL, Pierre-Yves: *Droit de l'Union européenne*, Paris 2007, Dalloz coll. Connaissances du droit, ISBN: 978-2-247-07100-5, 141 pp.

3. Derecho material de la Unión europea

HECQUET, Mathieu: *Essai sur le dialogue social européen*, Paris 2007, LGDJ coll. Bibliothèque de droit privé, ISBN: 978-2-275-03249-8, 346 pp.

RAIMON, Michaël: *Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, Paris 2007, LGDJ, ISBN: 978-2-275-02713-5, 320 pp.

* Maître de Conférences à l'Université Jean Moulin-Lyon 3. Directrice adjointe de l'Institut de Droit Comparé Edouard Lambert.

4. Derecho europeo de Derechos humanos

- RENUCCI, Jean-François: *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris 2007, LGDJ, ISBN: 978-2-275-02329-8, 1158 pp.
- SZYMCZAK, David: *La nouvelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole n°14*, Bruxelles 2007, Bruylant, ISBN: 978-2-8027-2148-2, 872 pp.

II. TESIS Y OBRAS COLECTIVAS

- AA.VV.: *Annuaire de droit européen - 2004*: Bruxelles 2007, Bruylant, ISBN: 978-2-8027-2285-4, 1436 pp.
- AFFAKI, Georges (dir.): *Faillite internationale et conflits de juridiction*: Bruxelles 2007, Bruylant, ISBN: 978-2-8027-2381-3, 334 pp.
- DERO, Delphine: *La réciprocité et le droit des communautés et de l'Union européenne*: Préface de Fabrice Picod, Bruxelles, Bruylant 2006, Coll. Droit de l'Union européenne, ISBN: 978-2-8027-2114-7, 592 pp.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte (dir.): *Livre vert sur le droit européen de la consommation - Réponses françaises*: Paris 2007, Société de législation comparée, ISBN: 978-2-908199-56-7, 212 pp.
- HENNION-MOREAU, Sylvie y KAUFMANN, Otto (dir.): *Les retraites professionnelles d'entreprise en Europe. Droits européen et comparé*, Bruxelles 2007, Bruylant, ISBN: 978-2-8027-2380-6, 408 pp.
- MARCHADIER, Fabien: *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*: Préface de Jean-Pierre Marguenaud, Bruxelles 2007, Bruylant, 752 pp.
- NABLI, Beligh: *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne. Étude de la participation des organes étatiques à la production et à l'exécution du droit communautaire. Le cas français*: Paris 2007, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, ISBN: 9782-2470-7226-2, 690 pp.

GRAN BRETAÑA

Bibliografía

ALEXANDRA BRAUN*

I. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

- AMATO, Giulio y EHLERMANN, Claus-Dieter (eds.): *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- DROBNIG, Ulrich: *Principles of European Law*, Vol 3: *Personal Security*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- FREEDLAND, Mark; y CRAIG, Paul; JACQUESON, Catherine, y KOUNTOURIS, Nicola: *Public Employment Services and European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

* St. John's College, Oxford.

- FURSE, Mark: *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- JACOBS, Francis G.: *The Sovereignty of Law. The European Way*, Cambridge University, Cambridge, 2007.
- LEITH, Philip: *Software and Patents in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- PASKALIA, Vicki: *Free Movement, Social Security and Gender in the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- RAMSAY, Iain: *Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- RITTBERGER, Berthold: *Building Europe's Parliament*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- SHAW, Jo: *The Transformation of Citizenship in the European Union. Electoral Rights and the Restructuring of Political Space*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- SPARKES, Peter: *European Land Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- STOTHERS, Christopher: *Parallel Trade in Europe. Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- SZYSZCZAK, Erika: *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- TSAGOURIAS, Nicholas (ed.): *Transnational Constitutionalism. International and European Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- WENNERÅS, Pål: *The Enforcement of EC Environment Law*, Oxford University Press, 2007.

II. DERECHO COMPARADO

- ANTONS, Christoph y GESSNER, Volkmar (eds): *Globalisation and Resistance. Law Reform in Asia since the Crisis*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- CARTWRIGHT, John: *An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- DABBAH, Maher M.: *Competition Law and Policy in the Middle East*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- ELHAUGE, Einer, GERADIN, Damien: *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- FISHER, Matt: *Fundamentals of Patent Law. Interpretation and Scope of Protection*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- NEYERS, Jason; CHAMBERLAIN, Erika, y PITEL, Stephen (eds.): *Emerging Issues in Tort Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- NIETO-GARRIDO, Eva, MARTÍN DELGADO, Isaac: *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- ÖRÜCÜ, Esin y NELKEN, David (eds.): *Comparative Law. A Handbook*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- SCHIEK, Dagmar; WADDINGTON, Lisa, y BELL, Mark (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- STEVENS, Robert: *Torts and Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

ITALIA

MIRKO FACCIOLI, BARBARA PASA, MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO

Bibliografía de Derecho Europeo**M. FACCIOLI***, **M. TESCARO****, **S. TROIANO*****

AA. VV.: *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al Regolamento «Roma I»*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2007. Publicación de las actas del congreso que enuncia el título de la obra, organizado por la *Fondazione Italiana per il Notariato* en colaboración con la *Università di Bari*, que tuvo lugar en esta última ciudad, los días 23 y 24 de marzo de 2007. Las ponencias, a cargo de profesores de Derecho internacional y de miembros del *Consiglio Nazionale del Notariato*, se desarrollan a partir de una perspectiva *de iure condito*, destinada a ilustrar los puntos neurálgicos de las normas de Derecho internacional privado en materia de contratos, pero también *de iure condendo*, tratando de realizar propuestas que contribuyan a modernizar la legislación vigente.

— *Europa e diritto privato* 2007, n. 2, pp. 239 ss. Este volumen contiene numerosas e interesantes contribuciones sobre Derecho privado europeo. En particular se señalan, también por la importancia de sus autores, los siguientes: V. SCALISI, «Il nostro compito nella nuova Europa»; C. CASTRONOVO, «Quadro comune di riferimento e acquis comunitario: conciliazione o incompatibilità?»; G. GANDOLFI, «I contratti bancari nel “codice europeo dei contratti”».

BONFANTI, F.: «*Commento alla normativa sui contratti di garanzia finanziaria prevista dal d. legisl. n. 170 del 2004: spunti civilistici*» (primera parte) in *Studium iuris* 2007, pp. 509 ss. (segunda parte) *ivi*, pp. 669 ss. La contribución, dividida en dos partes, ofrece un comentario a la norma italiana de transposición de la Directiva 2002/47/CE de 6 de junio de 2002, sobre contratos de garantía financiera. El autor presta atención a las particularidades más novedosas que la directiva introduce en el ordenamiento jurídico italiano en el ámbito de las garantías mobiliarias y, en particular, la posibilidad de crear garantías reales atípicas, la previsión de instrumentos que garanticen la posibilidad de sustituir el bien dado en garantía sin que ello signifique novación, y el expreso reconocimiento de la validez del negocio que transfiere la propiedad en garantía, incluso con derogación del principio general de prohibición del pacto comisorio (art. 2744 *Codice civile*).

CESÀRO, E. (a cura di): *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, Cedam, 2007⁴. Se trata de una publicación colectiva en la que colaboran docentes y estudiosos del Derecho italiano que desde hace años se vienen dedicando al proceso de armonización del Derecho europeo de contratos y, en particular, de los de consumo. Se analizan los artículos 33-38 del *Codice del consumo*, que regulan las cláusulas abusivas en los contratos entre empre-

* Ricercatore di diritto privato (Università di Verona).

** Ricercatore di diritto privato (Università di Verona).

*** Professore straordinario di diritto privato (Università di Verona)

sarios y consumidores, y que responden a la transposición de la Directiva CEE 93/13, de 5 de abril de 1993 (antiguos arts. 1469-bis ss. del *Codice civile*).

- FADDA, R.: *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal codice civile al codice del consumo)*, Napoli, Jovene, 2007. El autor es un joven docente de la *Università di Cagliari* y trata de una de las cuestiones más debatidas del contrato de compraventa, es decir, la facultad que se otorga al comprador de un bien con defectos de obtener la reparación o la sustitución. Se analiza el *Codice civile*, el Convenio de Viena de 1980 y también el *Codice di consumo*.
- GRANELLI, C.: *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e contratti* 2007. El título responde al de la ponencia presentada en el congreso de Camerino, los días 3 a 7 de septiembre de 2007, «Diritto privato comunitario», y constituye el primer comentario al Decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 146, que es el resultado de la transposición de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales entre empresas y consumidores y que introduce modificaciones importantes en el *Codice di consumo*.
- GROSSI, P.: *L'Europa del diritto*, Bari, Laterza, 2007. El autor es uno de los máximos exponentes europeos de la historia del derecho medieval y moderno y en este libro trata de proporcionar una reconstrucción rigurosa de tipo histórico-comparatista del desarrollo de la «experiencia jurídica» en la Europa medieval, en la modernidad y la postmodernidad, poniendo de relieve no sólo las líneas de continuidad, sino también las de ruptura.
- TOMASSETTI, A.: «*Il danno ambientale nel d. legisl. n. 152 del 2006*», in *Studium iuris* 2007, pp. 951 ss. El autor se ocupa de la norma italiana de transposición de la Directiva 2004/35/CE, sobre daño medioambiental.
- TOMMASI, F. (a cura di): *Contratti e tutela dei consumatori*, Torino, Utet, 2007, pp. 776 ss. La obra es un examen, más bien con pretensión compiladora, de los principales temas en materia de protección al consumidor en el sector de la contratación. Particular atención merece el derecho de desistimiento, el comercio electrónico y los litigios entre usuarios y organismos de telecomunicaciones

Bibliografía de Derecho Comparado

BARBARA PASA*

I. DERECHO PRIVADO COMPARADO

COSTANTINI, Cristina: *La legge e il tempio. Storia comparata della giustizia inglese*, Carocci, Roma, 2007, ISBN: 8843041592, 255 pp.

Se trata de una obra que incide en las diferencias estructurales de los sistemas de *Common Law* (Inglaterra y Estados Unidos) y de *Civil Law* (Europa continental). La comprensión de la llamada «estética política» del *Common Law* inglés y de la retórica del poder que se asocia a ella son analizadas a partir de la revisión del papel que desarrolla la *English Legal*

* Ricercatrice di Diritto Privato Comparato y Prof. Aggregato de Sistemi giuridici comparati (Università di Torino).

Profession y los *Inns of Court*. La autora parte del análisis crítico de la historiografía convencional y llega a una interpretación original de la función de la profesión jurídica, que es el símbolo más evidente de la experiencia inglesa. El libro destaca los aspectos de comunicación simbólica y sacramental vinculados a la representación del poder de los *serjeants at law* (jueces y abogados), generalmente ocultos en el discurso oficial, lo que le permite ofrecer una definición completa conceptual del «señorío sobre el Derecho» directamente vinculado a los mismos.

IZZO, Umberto: *La precauzione nella responsabilità civile: analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2007, UNITN e-prints. Disponible en: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001253/> (primera edición Padova, Cedam, 2004).

El libro ofrece un estudio de completa actualidad sobre la responsabilidad civil, en clave de Derecho comparado con el sistema estadounidense. En particular, la responsabilidad médica (*medical malpractice*) en el ámbito de las transfusiones sanguíneas y los daños causados por el contagio.

PORTALE Giuseppe: *Lezioni di diritto privato comparato*, Giappichelli, Torino, 2007, ISBN: 9788834874080, 305 pp.

El estilo de este manual parece, más bien, una improvisación. Se trata de lecciones con un contenido poco homogéneo.

II. DERECHO PÚBLICO COMPARADO

ASTARITA, Mario: *La democrazia plurale. Associazioni, partiti e sindacati nell'ordinamento giuridico spagnolo*, Edisud, Salerno, 2007, ISBN: 8895154339, 80 pp.

El libro, más bien breve, se ocupa del concepto de democracia plural, utilizando como ejemplo ilustrativo el ordenamiento jurídico español. Según el autor, no es posible una democracia plural sin el debido respeto y la tutela de las libertades públicas. Éstas no son más que la prolongación de las libertades individuales, que son las que permiten a los particulares comunicarse con otros individuos y formar grupos sociales que tienen por objeto defender y tutelar el sistema liberal y democrático.

COSI, Giovanni: *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Quaderni della Serie «Studi Senesi» diretti da Paolo Nardi, Milano, Giuffrè, 2007, ISBN: 8814137013, VI 204 pp.

La monografía discute sobre los modelos culturales y los sistemas de gestión de los conflictos y, en particular, trata de la difusión de los métodos alternativos de resolución de conflictos en la experiencia americana y sudafricana, a partir de la institución de la «Comisión para la verdad y la reconciliación».

DE LUCA, Alessandra: *L'accesso alla giustizia in Inghilterra fra stato e mercato*, collana Comparazione e cultura giuridica, diretta da A. De Vita, A. Pizzorusso, N. Trocker, V. Varano, V. Vigoriti, Giappichelli, Torino, 2007, ISBN: 8834875257, XIII-293 pp.

El autor se ocupa de los mecanismos correctores que existen en el ordenamiento jurídico inglés para reducir las consecuencias perjudiciales y los altos costes de acceso a la justicia. El libro es de una gran claridad expositiva, lo que no obsta a su gran nivel de profundidad.

GAMBINO, Silvio: (cur.) *Forme di governo, Esperienze europee e nord-americana*. Serie Università degli Studi della Calabria - Dipartimento di Scienze Giuridiche Area Giuspubblicistica Milano, Giuffrè, 2007, ISBN: 8814134901, VIII 386 pp.

GRANDE, Elisabetta: *Il terzo strike. La prigionia in America*, Sellerio Editore, Palermo, 2007, ISBN: 8838921946, 168 pp.

Materiales on-line de Derecho público comparado

«*Archivio di Diritto e Storia Costituzionale*»: <http://www.dircost.unito.it>
El sitio web se divide en cinco secciones: 1. Archivo de constituciones históricas. 2. Otros documentos de historia constitucional. 3. Fragmentos de un diccionario para el jurista. 4. Investigación de historia legislativa. 5. Técnicas interpretativas del Tribunal Constitucional. La idea que subyace en la iniciativa, tal y como señalan sus creadores, miembros del Departamento di Scienze Giuridiche di Torino, es la convicción que para desarrollar completamente el Derecho, como ciencia humana, no es necesario abandonar la perspectiva que la concibe como ciencia vinculada a los textos.

La primera Sección (*Archivio di Costituzioni Storiche*) compila textos constitucionales que ya no son vigentes. Sólo se recopilan las constituciones que son expresión del constitucionalismo moderno y éstas se agrupan tanto cronológicamente como por países (y, dentro de cada uno de ellos, cronológicamente). La segunda (*Altri Documenti di Storia Costituzionale*) agrupa otros documentos, incluyendo proyectos de constituciones y otros documentos políticos relevantes que, de momento, sólo toman en consideración la experiencia italiana desde el s. XVIII hasta la actualidad. La tercera (*Frammenti di un Dizionario per il Giurista*) trata de favorecer la producción de escritos sobre conceptos específicos (gobierno, desigualdad, solidaridad) y bibliografía que den una exacta información sobre el estado de la cuestión, incluso por parte de personas que no son juristas (v. gr. Mary Douglas, antropóloga). No necesariamente se incluyen voces jurídicas, sino, en general, aquellas que puedan servir al jurista. La cuarta (*Ricerche di Storia Legislativa*) también queda circunscrita al ordenamiento jurídico italiano y contiene un elenco completo de normas y reglamentos del Reino de *Sardegna*, entre 1848 y 1861. Se trata de crear una base de datos que complete la que ya existe en el Tribunal de Casación, que contiene la legislación posterior a la unificación italiana. La quinta (*Tecniche Interpretative della Corte Costituzionale*) es una selección meramente ejemplificativa y, de momento, limitada al período 1992-1998, de sentencias del Tribunal Constitucional, agrupadas en base a los temas que son objeto de litigio.

III. DERECHO COMPARADO Y ANTROPOLOGÍA

CURTOTTI, Donatella, NOVI, Criseide y RIZZELLI, Junio, *Donne, civiltà e sistemi giuridici. Femmes, civilisation et systemes juridiques*. Raccolta di testi dal Master internazionale congiunto, Serie dell'Università degli Studi di Foggia (Facoltà di Giurisprudenza) Milano, Giuffrè, 2007, ISBN: 8814134731, XVI 602 pp.

FAVALI, Lyda y PATEMAN, Roy, *Sangue, terra, sesso*, traduzione di Lyda Favali. Presentazione di Rodolfo Sacco, Serie Giuristi Stranieri di Oggi diretta da Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano, Milano, Giuffrè, 2007, ISBN: 8814126038, XXII 546 pp.

CASTELLANO, Clelia, *Costruzione sociale dell'identità femminile e pluralismo giuridico*, Aracne, Roma, 2007, 885481136X, 148 pp.

Legislación

M. FACCIOI*, M. TESCARO**, S. TROIANO***

El Decreto legislativo de 2 de agosto de 2007, n. 146 (G.U. 2 de septiembre de 2007, n. 207), *Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumidores nel mercado interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004*, modifica el *Codice del consumo* (Decreto legislativo 6 septiembre 2005, n. 206), fundamentalmente los artículos 18-27, originariamente dedicados a la publicidad y otras comunicaciones comerciales (y, en particular, la publicidad engañosa y comparativa) y dedicados ahora a la disciplina de origen comunitario sobre prácticas comerciales desleales entre empresas y consumidores. La publicidad engañosa y comparativa queda ahora regulada en el Decreto legislativo de 2 de agosto de 2007, n. 145 (G.U. 2 de septiembre de 2007, n. 207).

Por tanto, la disciplina relativa a la publicidad se regula en dos cuerpos normativos distintos. En el *Codice del consumo* (arts. 18-27) se prevén los supuestos en que los mensajes publicitarios dirigidos a los consumidores deben considerarse ilícitos y que deben ser calificados como «prácticas comerciales» entre empresas y consumidores (el concepto de «práctica comercial» es todavía más amplio que el de publicidad y comprende otras acciones u omisiones no calificables de tal). Por el contrario, en el Decreto legislativo n. 145 de 2007 se individualizan los supuestos de ilicitud de los mensajes publicitarios (no importa si dirigidos a los consumidores o a las empresas) que se consideran desde el punto de vista de la tutela de los intereses económicos de los profesionales que concurren en el mercado, sin tener en cuenta la lesión (eventual) de los intereses de los consumidores. Se deduce claramente de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto legislativo n. 145 de 2007, que especifica que: «*le disposizioni del presente decreto legislativo hanno lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa*».

* Ricercatore di diritto privato (Università di Verona).

** Ricercatore di diritto privato (Università di Verona).

*** Professore straordinario di diritto privato (Università di Verona).

Sección Temática: Espacio Judicial Europeo,
Derecho Procesal, Derecho de Contratos, Derechos Reales,
Derecho de Familia, Derecho de Autor, Derecho de Daños
y Derecho de Trusts en la Unión Europea

I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS*

Legislación

Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (*DOCE* L199/40, de 31 de julio 2007).

Una de las novedades más significativas en el ámbito de la cooperación judicial civil ha sido la adopción del Reglamento Roma II (en adelante, RRII). Tomando como base jurídica el artículo 65 *b*) del TCE, a través de este Reglamento comunitario se unifican las normas de conflicto en materia extracontractual. Su ámbito de aplicación material viene definido en el artículo 1 y pretende, según el considerando 7, garantizar la coherencia con el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se aplica a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que comportan un conflicto de leyes. No se aplicará en particular a las materias fiscales, aduanera y administrativa ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). Se excluyen de forma expresa ciertas obligaciones extracontractuales, ya sea por derivarse de relaciones de familia entendidas en un sentido amplio (parentesco, matrimonio, afinidad y familia colateral), testamento o sucesiones; de efectos de comercio; del derecho de Sociedades; de las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios de un *trust* creado de forma voluntaria; de un daño nuclear o de la violación de la intimidad y derechos relacionados con la personalidad, en particular la difamación. En cuanto al ámbito de aplicación territorial, se aplica en todos los Estados miembros excepto Dinamarca. Su entrada en vigor está prevista a partir del 11 de enero de 2009 (excepto por lo que respecta al art. 29, que se aplicará a partir del 11 de julio de 2008). Su artículo 3 establece el carácter universal del RRII lo que implica que la ley designada por el RRII se aplicará incluso si es la de un Estado no miembro.

* Profesora de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESADE-Ramon Llull.

El propio RRII establece una definición autónoma (propia del RRI) de «daños» definiéndolo como «todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso, el enriquecimiento injusto, la gestión e negocios o la *culpa in contrahendo*».

El RRII establece una norma de conflicto general y unas normas específicas aplicables en determinadas materias, logrando de esta forma una clara especialización del supuesto de hecho. En determinados casos se establece además una «cláusula de escape» que permite desviarse de la solución general cuando las circunstancias del caso demuestren que el hecho dañoso está manifiestamente más vinculado con otro país. El principio de la *lex loci delicti commissi* constituye la regla general (art. 4.1 RRII). Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 4 RRII establece una excepción a este principio general cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país. En tal caso se aplica la ley de ese país. El tercer párrafo prevé una cláusula de escape respecto de los apartados 1 y 2, cuando quede claro, a partir de todas las circunstancias del caso, que el daño está manifiestamente más vinculado con otro país.

Como adelantaba, el RRII prevé además una serie de normas de conflicto especiales para ciertos daños para los que la norma general no permite lograr un equilibrio razonable entre los intereses en juego. En cuanto a la responsabilidad por productos defectuosos, se establece una norma con puntos de conexión en cascada combinada con una cláusula de escape. La conexión principal es la residencia habitual de la persona perjudicada en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en ese país. Si el producto no se comercializó en ese país entran en juego las otras conexiones y la posibilidad de aplicar la cláusula de escape.

En materia de competencia desleal, el artículo 6 constituye una aclaración del principio general aplicable a una materia determinada, pues se establece la aplicación de la «ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos resulten o puedan resultar afectados». Las obligaciones extracontractuales que se derivan de las restricciones a la competencia deberán cubrir las infracciones tanto de Derecho nacional como de Derecho comunitario en materia de competencia (considerando 22). Por ello, el artículo 6.3 RRII establece que la ley aplicable a esas obligaciones extracontractuales debe ser la del país cuyo mercado se vea o pueda verse afectado. Cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, el demandante debe poder, en determinadas circunstancias, optar por basar su demanda en la legislación del órgano jurisdiccional ante el que presenta la demanda [art. 6.3 b) RRII].

En el ámbito de «daños medioambientales» el propio RRII da una definición autónoma en su considerando 24, entendiéndolo por tal «el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público, o un perjuicio a la variabilidad entre los organismos vivos». En esta materia se prevé una norma de conflicto que favorece a la víctima permitiéndole desviarse del principio general para elegir la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño.

En cuanto a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual, el RRII preserva el principio *lex loci protectionis*. También se incluye una norma para regular la ley aplicable a los conflictos colectivos, i.e. huelga o cierre patronal, aplicándose la ley del país en el que se lleve a cabo la acción

de conflicto colectivo a fin de proteger los derechos y obligaciones de los trabajadores y empresarios.

También se establece normas específicas para los casos de daños causados por un hecho distinto de un hecho dañoso como el enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios ajenos y la *culpa in contrahendo*.

El RRII prevé que las partes puedan elegir el Derecho aplicable a una obligación extracontractual. Dicha elección deberá ser expresa o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros. Tales acuerdos quedan limitados en determinados supuestos en los que interviene una parte débil.

Se prevé la intervención de las leyes de policía del foro. Del mismo modo y para poder valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento de hecho que da lugar a la responsabilidad (art. 17). Y ello incluso cuando la ley aplicable a la obligación extracontractual sea la de otro país.

El RRII no impide la inclusión de normas de conflicto de leyes relativas a obligaciones extracontractuales en disposiciones comunitarias en relación con materias específicas. Tampoco perjudica la aplicación de otros instrumentos que establezcan disposiciones destinadas a contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, en la medida en que no puedan aplicarse junto con la ley designada por las normas del Reglamento. Del mismo se prevé la compatibilidad del Reglamento con convenios internacionales de los que son parte uno o varios Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento.

El RRII incluye asimismo disposiciones sobre la exclusión del reenvío, los sistemas plurilegislativos y la excepción de orden público.

Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (*DOCE* L 399, de 20 de diciembre de 2006).

El presente Reglamento entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *DOCE* pero no se aplicará hasta el 12 de diciembre de 2008, con excepción de sus artículos 28, 29, 30 y 31 (relativos a diversas informaciones que deben transmitir los Estados miembros a la Comisión sobre, *inter alia*, los órganos competentes para expedir un requerimiento europeo de pago, el procedimiento de revisión, los medios de comunicación, etc.).

Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (*DOCE* L 188, de 31 de julio 2007).

El presente Reglamento entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *DOCE* pero no se aplicará hasta el 1 de enero de 2009, con excepción de su artículo 25 (relativo a la información que deben enviar antes del 1 de enero de 2008 los Estados miembros a la Comisión sobre los órganos competentes para dictar resoluciones en el proceso europeo de escasa cuantía, medios de comunicación y vías de recurso).

Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la adhesión de la República Checa, de la República de Estonia, de la República de Chipre, de la República de Letonia, de la República de Lituania, de la República de Hungría, de la República de Malta, de la República de Polonia, de la República de Eslovenia y de la República Eslovaca al Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, así como a los Protocolos Primero y Segundo relativos a su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hecho en Luxemburgo el 14 de abril de 2005 (*BOE* núm. 193, de 13 de agosto de 2007).

Estudios

Estudios sobre el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La Comisión ha recibido recientemente dos informes sobre la aplicación del Reglamento 44/2001. El primero es un amplio estudio sobre la aplicación práctica del Reglamento 44/2001 en los 24 Estados miembros por jueces nacionales. Lo han realizado los profesores Dr. Brukhard Hess, Dr. Thomas Pfeiffer y Dr. Schlosser.

El segundo informe titulado «Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their Courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)», realizado el Prof. Arnaud Nuyts, supone un estudio de los distintos foros de competencia previstos por los Estados en sus legislaciones nacionales y que entran en juego siempre que no se apliquen los reglamentos comunitarios (Reglamento 44/2001, también denominado Reglamento Bruselas I y Reglamento 2201/2003, también denominado Reglamento Bruselas II bis).

Ambos informes pueden consultarse en http://ec.europa.eu/civiljustice/news/whatsnew_es.htm

II. DERECHO PROCESAL EN LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL*

En el presente periodo se han publicado novedades de importancia para el cuerpo jurídico que constituye el Derecho Procesal comunitario. Se ha aprobado un código de conducta para los miembros y ex-miembros de los tribunales comunitarios (*DOCE* 22.9.2007, C 223/1). Por otra parte, se ha promulgado el Reglamento de procedimiento del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (*DOCE* 29.8.2007, L 225/1), así como unas Instrucciones al Secretario del Tribunal de Primera Instancia (*DOCE* 4.9.2007, L 232/1), y al Secretario del Tribunal de la Función Pública (*DOCE* 25.9.2007, L 248/3), unas Instrucciones prácticas a las partes de los procedi-

* Profesor titular de Derecho procesal. Universidad de Barcelona.

mientos (*DOCE* 4.9.2007, L 232/7), y finalmente, el documento más extenso y con más trascendencia para los litigios ordinarios que se sustancian en los Estados Miembros: la Posición común (CE) n.º 10/2007 aprobada por el Consejo el 28 de junio de 2007 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) n.º .../2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo (*DOCE* 21.8.2007, C 193E/13).

Código de conducta para los miembros y ex-miembros de los tribunales comunitarios (*DOCE* 22.9.2007, C 223/1).

Una norma deontológica siempre tiene que ser bienvenida, puesto que, de ser respetada, refuerza la independencia de los miembros de un tribunal, y ello le confiere prestigio a la institución en su conjunto.

En este caso, la norma afecta no sólo a los actuales miembros de los tribunales comunitarios, sino también a los ex-miembros, y les exige exclusividad en la prestación de su función, reforzando la incompatibilidad para el ejercicio de otros trabajos mientras dura su cargo, y también con respecto a la aceptación de encargos para los que pudieran prevalerse de la información que tuvieran de casos concretos en los que hubiesen actuado. Para los miembros en activo la aceptación de encargos se limita por una previa autorización, así como por la comprobación de que la prestación económica que se les dé a cambio no sea desproporcionada.

La norma tiene una clara vocación de asegurar la independencia económica de dichos miembros, y por ello les obliga a realizar una declaración de solvencia económica que, en pocas palabras, dé fe de que no aprovecharán el cargo para comprometer su independencia e imparcialidad en este sentido.

Por último, se les prohíbe que expresen públicamente opiniones que puedan afectar a su debida imparcialidad o al prestigio del tribunal.

Todo ello, evidentemente, no perjudica a las normas ya existentes de responsabilidad de dichos miembros, que entiendo que se ven dotadas de una mayor solidez con la aprobación de este código.

Reglamento de procedimiento del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (*DOCE* 29.8.2007, L 225/1).

Casi tres años después de la Decisión del Consejo de 2 de noviembre de 2004 por la que se crea el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (*DOCE* 9.11.2004, L 333/7), por fin se aprueba un reglamento de procedimiento, acabando con la dependencia de este órgano con respecto al reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia.

No obstante, debe decirse que este reglamento voluntariamente no constituye una auténtica novedad en cuanto a su contenido, sino que trata de parecerse lo más posible a los reglamentos ya existentes del TJ y del TPI, por lo que para cualquiera que conozca dichos reglamentos no le supondrá mayor dificultad adaptarse a la nueva norma. Por ello, el texto en cuestión no merece mayor comentario que constatar su publicación, y lamentar que, de nuevo, se haya perdido una oportunidad para realizar una regulación completa de la

fase probatoria, que puede ser muy necesaria en el futuro dependiendo del objeto de las nuevas «salas jurisdiccionales» que se vayan creando.

Ahora bien, al margen de ello quizás sí se debería llamar brevemente la atención sobre la dispersión del ordenamiento procesal de los tribunales comunitarios. Carece de sentido que para tres tribunales existan tres normas de procedimiento bastante coincidentes, y un Estatuto. Creo que, en previsión de la creación de nuevas «salas jurisdiccionales», es decir, de nuevos y auténticos tribunales de primera instancia, convendría realizar un esfuerzo codificador unificando en una misma norma el procedimiento de declaración, variando dicho procedimiento solamente cuando sea distinto el trámite procesal de que se trate. Es decir, confío en que en un futuro se avance hacia la existencia de un Código procesal de los tribunales de la Unión Europea, que incluso pueda servir, con la debida publicidad, como norma-modelo para las leyes procesales nacionales, al menos en algunos trámites, contribuyendo de ese modo a la necesaria armonización de dichas leyes, que todavía es muy incipiente.

Instrucciones al Secretario del Tribunal de Primera Instancia (*DOCE* 4.9.2007, L 232/1), y al Secretario del Tribunal de la Función Pública (*DOCE* 25.9.2007, L 248/3).

Como consecuencia de la reciente reforma del reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia (entrada en vigor el 1.1.2007), y de la promulgación del reglamento de procedimiento del tribunal de primera instancia antes comentada, se hacía preciso concretar las funciones de los Secretarios de ambos Tribunales a través de estas llamadas «instrucciones», y que son normas que disciplinan la labor de la Secretaría Judicial de los dos tribunales citados.

Ambas son similares, incluso en la redacción pese a alguna diferencia en las traducciones y algunos temas que están más detallados con respecto a la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia. Pero además de las funciones de dicha Secretaría, se tratan también los temas que afectan al despacho ordinario del órgano jurisdiccional, como el horario de la Secretaría, la presentación de documentos, el diligenciamiento de los asuntos (registro y número del asunto), condiciones para la publicidad de las actuaciones y protección de datos, las notificaciones, y en general aquellos actos que supongan la dación de fe pública del secretario, como las actas de las vistas.

Pese a que existen diferencias entre ambas normas, no parecen justificarse las distinciones en todo caso, por lo que quizás, igual que he indicado en el punto anterior, se haría deseable una unificación de la norma que tratase la labor del Secretario judicial en su conjunto en cualquiera de los tribunales comunitarios. Y no sería en absoluto descabellado que dicha norma se incluyera en los mismos reglamentos de procedimiento.

Instrucciones prácticas a las partes de los procedimientos (*DOCE* 4.9.2007, L 232/7).

El Tribunal de Primera Instancia, continuando con una costumbre que es muy beneficiosa y que ya cuenta con una trayectoria, a fin de uniformizar la presentación de los escritos de las partes y, en general, su actuación ante el tribunal, redacta una serie de instrucciones que van dirigidas fundamental-

mente a los abogados a fin de que en su actuación sepan a qué atenerse en cualquier punto de su labor.

De ese modo, se les explica desde la extensión máxima de los escritos, hasta el mismo tamaño de letra, forma de presentación de los mismos, etc. Incluso se realizan unas instrucciones tan precisas para la presentación de los escritos de cualquier trámite, que verdaderamente se está ante un manual de formularios que, desde luego, ayuda sobremanera en la práctica, no a los Letrados experimentados, naturalmente, sino a los de los nuevos Estados Miembros que carecen de experiencia ante el tribunal.

No obstante, incluso para los Letrados experimentados, que exista una uniformización en cuanto a la forma de trabajar simplifica en mucho la labor, no ya de los jueces, sino de la propia secretaría del tribunal.

Se completan estas 10 páginas de instrucciones con una serie de recomendaciones sobre la celebración de vistas, que tienden a hacer más comprensible la labor de los Letrados (sobre todo considerando el plurilingüismo del tribunal) y más breve la celebración de estas fases orales.

Posición común (CE) n.º 10/2007 aprobada por el Consejo el 28 de junio de 2007 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) n.º .../2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo (DOCE 21.8.2007, C 193E/13).

Como puede observarse, el texto que comentamos es un importante documento dentro del *iter* legislativo que debe llevar a la derogación del actual reglamento 1348/2000, y ser sustituido por un nuevo reglamento. Contiene el texto del que habría de ser el nuevo reglamento, los formularios correspondientes, y finalmente la exposición de motivos del Consejo en la que expresa su conformidad con la propuesta.

Pese a que en el documento se habla de derogación del reglamento vigente, lo cierto es que el que habría de ser el nuevo reglamento conserva en buena medida la redacción y estructura del anterior. Sin embargo, al parecer se ha optado por la derogación antes que por la reforma parcial, a fin de que la norma final resulte mucho más inteligible.

La justificación de la reforma es el incremento de la celeridad en la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, aún demasiado lenta, mejorando la ubicación de los organismos transmisores, así como el acceso de los interesados a todo el procedimiento de transmisión, e incluso facilitando que los órganos jurisdiccionales de un Estado Miembro puedan notificar directamente a personas de otro Estado Miembro por correo certificado con acuse de recibo, o equivalente, a fin de evitar la demora que supone siempre el contacto con el órgano jurisdiccional de destino, y la burocracia que genera el hecho de que sea este último el que tenga que notificar. Por último, se reducen los motivos de la denegación a la notificación o el traslado.

En futuras crónicas habrá oportunidad de comentar esta norma, cuando entre en vigor, pese a que cabe advertir ya que debería pensarse, en un futuro, en la creación de una página-web centralizada para toda la Unión Europea, que permita la transmisión por vía telemática de los escritos, con traducción automática de los formularios, e incluso si no de los documentos, al menos

de un extracto de los mismos, habilitando la herramienta informática a tal efecto. Evidentemente que no es esta la línea del nuevo reglamento, y ni siquiera se afirma nada similar porque se parte de la base de que no en todos los Estados Miembros permiten las estructuras una solución de esa envergadura. Pero, desde luego, estimo que teniendo en cuenta la importancia, utilidad y difusión de las nuevas tecnologías, no se debería desaprovechar la oportunidad de la reforma de este reglamento para, al menos, hacer alguna referencia a este tema.

III. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

Segundo Informe de la Comisión sobre los trabajos de redacción del Marco Común de Referencia [Bruselas, 25 de julio de 2007, COM (2007) 447 final].

En la primera crónica Derecho privado europeo [1 (2005) ADC 213-218] se daba cuenta de los Planes de Acción de la Comisión en los que, entre otras, ésta proponía la adopción de medidas que aumentarían la calidad y coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual, para lo cual se debía elaborar un «Marco Común de Referencia» que facilitara la reforma de la actual legislación y la promulgación de una más coherente en el futuro, a base de definir conceptos claves y, en la medida de lo posible, llenar las lagunas que hoy existen en el *acquis*. En la tercera crónica [1 (2006) ADC 268-270] se daba cuenta del Primer Informe anual sobre los trabajos que se vienen realizando en la revisión del acervo contractual [COM (2005) 456 final], en el que se anunciaban las pautas de trabajo futuras y, entre ellas, la publicación de un Libro Verde sobre la revisión del Derecho de consumo [reseña en la sexta crónica, 3 (2007) ADC 278-280 y 282-285]. Dos años después, la Comisión ha hecho público el segundo Informe anual [Bruselas, 27 de julio de 2007, COM (2007) 447 final], en el que sucintamente explica los avances realizados hasta la fecha y confirma que las reuniones sirvieron para plantear algunas de las consultas que luego se han sometido a la consideración del público en el citado Libro Verde.

El informe resume el resultado de los trabajos realizados por los expertos en colaboración con los *stakeholders* y, en su caso, los representantes de los Estados Miembros, y los puntos de acuerdo y de fricción en relación con algunas de las materias discutidas. Con la finalidad última de elaborar principios generalizables a todo el ámbito contractual, se han ido abordando las cuestiones problemáticas de Derecho contractual en materia de consumo que directamente derivan de las directivas comunitarias (v. gr. ¿cómo abordar una regulación coherente de los deberes de información?), pero también otras directamente relacionadas o pertinentes que, sin embargo, pertenecen al ámbito de los Derechos nacionales. V. gr. ¿cómo regular el momento de cele-

* Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto 2005 SGR 00759.

bración del contrato? Es algo respecto de lo cual las Directivas comunitarias no se pronuncian –la coincidencia de oferta y aceptación puede ser una modalidad, pero no la única– puesto que éstas simplemente presuponen que debe existir un acuerdo entre las partes, pero no dicen como se alcanza éste. Finalmente, se han ido analizando otros conceptos que permitiría contextualizar la proyectada creación de normas válidas para todo el ámbito de la Unión europea. *V. gr.* el principio de buena fe y la lealtad en las relaciones comerciales. Con todo, la prioridad se ha centrado en el Derecho de consumo y en la revisión del *acquis*, 6 de los 11 talleres realizados abordaron aspectos relacionados con el mismo. El lector que esté familiarizado con el Libro verde verá en él reflejadas las cuestiones que a lo largo de este período de dos años se han ido discutiendo en los diferentes encuentros entre profesionales e investigadores y que ahora muy resumidamente detalla el referido informe. También quien haya seguido el trabajo del grupo *Acquis* (*vid.* la editorial, en esta misma crónica). En lo que concierne a los aspectos de Derecho contractual general, en algunos de los *workshops* se analizaron aspectos relativos al deber de información en los contratos de seguros (¿por parte del solicitante? ¿del asegurador?) y los plazos para desistir del contrato; a la mejora de la regulación sobre comercio electrónico (¿debe aplicarse a los contratos B2B la prohibición de suministrar bienes o servicios no solicitados cuando ello implique una petición de pago? ¿cómo regular el derecho de desistimiento? ¿cuándo un mensaje debe entenderse que ha llegado a la otra parte?); al contenido y los efectos del contrato (planteándose, entre otras cuestiones, la eficacia de la estipulación a favor de tercero o la eficacia y ámbito de aplicación de las declaraciones públicas vinculantes, así como la admisibilidad de la representación indirecta). Dos encuentros fueron específicamente dedicados a discutir la estructura del futuro Marco Común de Referencia, que no deberá verse limitado al Derecho de consumo –ni a una simple revisión de las Directivas–, pero que deberá distinguir claramente qué normas sólo se aplican a los contratos B2C. El tema ha sido objeto de consideración en los diferentes Foros europeos de debate celebrados en Londres (2005) [*vid.* reseña de Hugh Beale 2 (2006) ERCL 303-314], Viena (2006) y Stuttgart (2007) [sobre este último, Annette Schulze-Lauda 15 (2007) EuW 366]. El informe añade el parecer de las otras instituciones comunitarias (Parlamento europeo y Consejo), a la que en anteriores crónicas ya se ha hecho también referencia.

Con la vista puesta en el futuro, se hace hincapié en que los trabajos de elaboración del Marco Común de Referencia deben ser tenidos en cuenta en la revisión del acervo comunitario en materia de consumo, tras la consulta formulada por el Libro Verde. Habría que añadir que también a la inversa, la consulta debería tener algún impacto en los contenidos del citado marco. En cualquier caso, ambos deben guardar coherencia. Por lo demás, cuáles sean estos últimos es algo que todavía está por decidir. El planteamiento de la Comisión podría hacerse público en un Libro Blanco. Parece más que probable que el Marco Común de Referencia, si bien va a limitarse al Derecho contractual (la Comisión declara, de momento, no tener como objetivo una armonización a gran escala, ni la redacción de un Código civil europeo), éste tendrá un alcance general, no limitado al Derecho de consumo. Una vez conocida la posición favorable del Parlamento en torno a este punto [*vid.* quinta crónica, 1 (2006) ADC 231] se estima necesaria la del Consejo, para, en su caso, programar la inclusión de otras materias de Parte general (forma, vicios del consentimiento, morosidad, etc.) y especial del Derecho de contra-

tos (servicios financieros) y otras vinculadas con la propiedad (v. gr. reserva de dominio).

El informe concluye con un esquema final que advierte de las entidades, grupos y personas implicadas en la Redacción del Marco Común de Referencia y de las recíprocas interacciones.

Resolución del Parlamento europeo sobre la confianza de los consumidores en un entorno digital [2006/2048(INI)]. P6_TA-PROV(2007)0287. 21 de junio de 2007. A6-0191/2007.

La resolución se ocupa sobre todo de la confianza del consumidor en el entorno digital y de fomentar su uso para obtener el potencial máximo que ofrecen las nuevas tecnologías en el mercado interior a base de eliminar los obstáculos que puedan entorpecer su utilización. Se trata de procurar el equilibrio entre la protección jurídica de los consumidores y la de las empresas, haciendo hincapié en las características específicas de las pequeñas y medianas. El informe se incluye en el contexto de la revisión del acervo en materia de protección de los consumidores, comercio electrónico, Derecho contractual y protección de la propiedad intelectual. *Vid.* además, la audiencia pública sobre la confianza del consumidor en el entorno digital celebrada el 24 de enero de 2007. Las estadísticas demuestran que los consumidores y las empresas europeos confían poco en el entorno digital y que, en algunos aspectos del comercio electrónico, Europa va por detrás de los Estados Unidos y Asia. Se exige a la Comisión que la UE disponga de una estrategia propia en materia de seguridad y protección. En concreto, se proponen las siguientes medidas:

- a) creación de un entorno empresarial que sea atractivo para el comercio electrónico transfronterizo,
- b) adopción de normas europeas que mejoren la práctica del comercio electrónico,
- c) aclaración de los derechos y obligaciones de los consumidores y las empresas en el entorno digital,
- d) fin de la fragmentación del mercado interior en el entorno digital,
- e) refuerzo y mejora de la aplicabilidad de la legislación sobre protección de los consumidores en el entorno digital.

El Parlamento europeo sostiene que la actual definición de «consumidor» es demasiado restrictiva, teniendo en cuenta las crecientes necesidades de la sociedad de la información, la cual sitúa a las pequeñas empresas (unipersonales) en idéntica posición que a los consumidores en el comercio transfronterizo, pero sin una protección comparable (periodos de garantía, derecho de desistimiento, etc.). Además, se considera necesario decidir la celebración de acuerdos de cooperación sobre protección de los consumidores con países no pertenecientes a la UE (en especial los de la OCDE y los países geográficamente próximos a Europa). Aparte de las iniciativas llamadas a incrementar la confianza de los consumidores en el entorno digital, se insiste en que el acento debe ponerse en la consulta a los interesados (representantes de la industria, organizaciones de consumidores, etc.) sobre las futuras medidas que hayan de tomarse y que tales medidas sean respaldadas por normas no vinculantes (por ejemplo, códigos de autorregulación y normas propuestas

por la Comisión para extender la práctica del comercio electrónico dentro de la UE). Una de las medidas propuestas es la creación de un sistema europeo de alerta temprana, con base de datos incluida, para combatir las actividades fraudulentas. Otra, la creación de un sistema de resolución temprana y adecuada de las reclamaciones, quejas y litigios en línea. Se considera apropiado que la Comisión apoye la creación de contratos de comercio electrónico normalizados. Además, la ponente recomienda la introducción de un sistema europeo de marca de confianza, para alcanzar la masa crítica de clientes satisfechos, necesaria para que el comercio electrónico transfronterizo funcione. Finalmente, la creación de una carta europea de derechos de los usuarios en la sociedad de la información que no sólo aclare los actuales derechos y obligaciones de los distintos agentes de la misma, consumidores incluidos, sino que promueva además nuevos derechos y obligaciones europeos, lo cual, entre otros, debería incluir la mejora de la accesibilidad de las personas con discapacidad a páginas de Internet.

Entre los obstáculos a remover, se encuentran los siguientes:

a) los acuerdos de licencia con los usuarios finales y las «condiciones técnicas del contrato» se deberían someter a las normas sobre cláusulas abusivas en los contratos;

b) los contratos celebrados entre consumidores y profesionales de las subastas en línea, así como los contratos de servicios turísticos (billetes de avión, alojamientos hoteleros, alquiler de vehículos, servicios de ocio, etc.) encargados individualmente por Internet, se deberían someter a las normas sobre la venta a distancia;

c) la información que el proveedor debe facilitar al adquirente en una transacción electrónica debería simplificarse y estandarizarse; se debería aumentar la transparencia de la cadena de suministro en el entorno digital por parte del proveedor a fin de que el consumidor conozca su identidad real (y, también, si se trata de un intermediario o de un proveedor final);

d) se debería crear un instrumento eficaz de protección de los consumidores para aquellos casos en que éstos asuman todos los riesgos contractuales (incluidos los riesgos financieros, por ejemplo, cuando exista la obligación de pagar por anticipado), particularmente en el contexto del comercio electrónico transfronterizo.

Documento de trabajo de la Comisión europea, de 26 de julio de 2007, relativo a la Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio, sobre viajes combinados.

El documento se hace eco de los cambios acaecidos en el sector turístico en los últimos años, tales como el desarrollo de internet, la aparición de compañías de bajo coste, el incremento de los cruceros, y la tendencia cada vez más generalizada a que los usuarios busquen y comparen ofertas por sí mismos, sin la intervención de un detallista. Se proponen algunos puntos concretos que pudieran ser susceptibles de revisión (definiciones, ámbito de aplicación de la directiva, deberes de información exigidos, reclamaciones y responsabilidad, garantías en caso de insolvencia, etc.) y se insta al público a proporcionar sus opiniones a la Comisión, sobre lo que debiera ser una mejor regulación para el mercado interior. El plazo finalizaba el 1 de octubre

de 2007. Las respuestas se publicarán en internet y los resultados, junto con los que proporcione el balance de las respuestas al Libro verde, deberán ser tenidos en cuenta en el proceso de revisión de las ocho directivas comunitarias que desde hace tiempo ya está en marcha.

Resolución del Parlamento europeo, de 6 de septiembre de 2007, sobre el Libro verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo. P6_TA-PROV(2007)0383. Jueves, 6 de septiembre de 2007. A6-0281/2007.

El Parlamento acoge con satisfacción la publicación de un Libro verde sobre la revisión del acervo en materia de Derecho de consumo [*vid.* anterior crónica, 3 (2007) ADC 278-280 y 282-285]. A su vez, preconiza que la revisión debe centrarse en la revisión de las ocho directivas en materia de consumo, sin olvidar la necesaria coherencia con los instrumentos que se ocupan de determinar la ley aplicable, y exige que, además, se tenga en cuenta la revisión de la Dir. 2000/31, sobre comercio electrónico (*vid.* supra resumen de la resolución de 21 de junio de 2007), servicios financieros a distancia, crédito al consumo y prácticas comerciales desleales, porque también éstas tienen por objeto la protección al consumidor. El Parlamento expresa su preferencia por la adopción de un enfoque mixto, es decir horizontal –revisión transversal del acervo– combinado con la necesaria regulación de los aspectos lagunosos de la actual regulación, mientras que las cuestiones específicas que no puedan abordarse en el instrumento horizontal –que estima que debería ser aplicable en los contratos celebrados con consumidores, sin importar que se trate de transacciones nacionales o internacionales– deberán continuar analizándose y mejorándose a partir de enfoques individuales, es decir, de la mejora de cada directiva en particular. Considera necesario establecer revisiones periódicas del instrumento resultante y se opone a que éste vaya más allá de lo que hoy es el contenido normativo de las directivas. El Parlamento aboga por una armonización máxima en el instrumento horizontal, pero parte de la necesidad de mantener el principio de armonización mínima –¿cómo privar a un consumidor del grado de protección del que hasta ahora ha venido gozando, si se impone a nivel europeo una armonización de máximos inferior?–, en el enfoque sectorial. Además, exige combinarlo con el principio de reconocimiento mutuo y recuerda la necesaria coordinación con los instrumentos de determinación de la ley aplicable. En cuanto al contenido del instrumento horizontal, recuerda la conveniencia de que algunas de las cuestiones que sean objeto de regulación, según lo preconizado en el Libro verde, se coherentes con los trabajos para el Marco Común de Referencia. Por lo demás, solicita que el instrumento horizontal aporte definiciones claras sobre los conceptos de «consumidor» («toda persona física que actúe con fines que no entran en el marco de su actividad profesional») y «profesional» («toda persona que actúa en el marco de su actividad profesional»); que se incluyan definiciones sobre «forma escrita» y «soporte duradero»; que no se incluya la cláusula general de buena fe y actuación leal en los contratos de consumo; que no se amplíe la calificación de abusivas a las cláusulas negociadas individualmente, ni para las que fijan el objeto y el precio del contrato, y sugiere la fijación, por parte de la Comisión, de criterios armonizados y preestablecidos que permitan combinar la lista negra de cláusulas abusivas, con otra gris [cláusulas presuntamente abusivas] y otra cuyo carácter abusivo pudiera demostrar el consumidor a través de una acción judicial. En cuanto al posible establecimiento de una sanción a la infracción del deber de información, con-

sidera que todavía es prematuro pensar en una reglamentación general. Por lo demás, es partidario de la armonización de la regulación sobre el derecho de desistimiento, entiende que los consumidores no deberían soportar costes distintos a los de devolución de las mercancías y aboga por la introducción de un formulario-tipo para el ejercicio del derecho. Si el contrato consta en escritura pública, admite que los Estados miembros puedan rebajar los requisitos que se establezcan a nivel comunitario. Prefiere que de momento no se regulen los medios de tutela para el caso de incumplimiento contractual y propone profundizar en la regulación de las acciones colectivas. En cuanto a la regulación de las ventas de bienes de consumo, sugiere que se analice si la normativa contenida en la Dir. 99/44 es suficiente en el caso de que las ventas sean electrónicas y entiende que en el instrumento horizontal no deben tener cabida las ventas de bienes de consumo de segunda mano vendidos en subasta pública, aunque preconiza la adopción de normas específicas para las subastas *on line*. Accede a que el instrumento horizontal contenga una definición del concepto de entrega, pero dando prioridad a lo libremente establecido por las partes. Otras consideraciones se refieren a la duración de la garantía legal y a la ordenación jerárquica de los remedios para el caso de incumplimiento. Además, considera necesario eliminar las divergencias existentes en materia de notificación de la falta de conformidad y estima pertinente acordar responsabilidad directa del productor en ese caso. Entiende que las cuestiones relativas a la garantía comercial no pueden formar parte del instrumento horizontal, por quedar enteramente sometidas al principio de libertad contractual. El Parlamento solicita la colaboración de los Estados miembros para que éstos se abstengan de sobrerregular a partir de la legislación europea en materia de consumo. Dicho de otra forma, cree que la armonización debe conseguirse de manera coherente con los objetivos prefijados en la normativa de consumo.

Comisión de las Comunidades europeas, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, Manual sobre la transposición de la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el mercado interior, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2007.

La Comisión europea ha publicado un manual sobre la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (*DO L376* de 27.12.2006, 36). Se trata de un manual (no vinculante para la Comisión europea), de 88 páginas, cuyo objeto es facilitar la transposición de los Estados miembros, lo que deberá tener lugar tres años después de su publicación, es decir, el 28 de diciembre de 2009. Según cita textual de su introducción (p. 7): «[E]l Manual forma parte asimismo de la respuesta de la Comisión a la solicitud que le dirigió el Consejo, en su reunión del 29 y 30 de mayo de 2006, pidiendo su asistencia a los Estados miembros para la transposición de la Directiva (Declaraciones en el Documento del Consejo n.º 11296/06, de 14.07.2006, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st11/st11296-ad01.en06.pdf>). El Manual no es exhaustivo ni legalmente vinculante, ni prescribe un único modo de transposición. Trata más bien de describir vías de transposición apropiadas y llama la atención sobre cuestiones importantes en el proceso de transposición. Se basa en conversaciones preliminares mantenidas con Estados miembros y trata de dar respuesta a preguntas ya planteadas por éstos o que pueden fácilmente anticiparse. A medida que avance el proceso,

se plantearán nuevas preguntas y, en su caso, este Manual se complementará en una etapa posterior.

Se encuentra disponible en todas las lenguas oficiales de la UE en el servidor Europa, en la dirección http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR*

La aprobación en Francia por Ordenanza 23-3-2006 de, entre otras reformas, una *hypothèque rechargeable*, alertó (y animó) al legislador español a proseguir con el Proyecto de Ley de Reforma del Mercado Hipotecario 2007 que actualmente se encuentra en fase de debate de enmiendas en el Congreso y que intentarán aprobar antes del fin de la legislatura. Dos son las perspectivas en las que incide el Proyecto: las operaciones activas (crédito hipotecario) y las operaciones pasivas (refinanciación hipotecaria). Además, estos cambios legislativos hay que enmarcarlos en la crisis hipotecaria mundial que se desató durante el verano sobre las *sub-prime mortgages* americanas y que afectó a todo el globo, especialmente debido a las inversiones en valores hipotecarios respaldados por dichas hipotecas.

Pues bien, el Proyecto español se queda, a esperas de que pueda enmendarse convenientemente en las próximas semanas, a medio camino de la situación actual en Europa en ambos tipos de operaciones. Sin ánimo de alargarnos excesivamente sobre esta cuestión, simplemente apuntar algunas consideraciones:

a) Sobre la concesión de créditos, la naturaleza de la hipoteca de máximo no mejora respecto a su actual configuración jurisprudencial dado que seguirá necesitando una relación obligacional básica para existir; el artículo 149 LH, que se pretendía flexibilizar, creo que no lo consigue dado que jurisprudencial y doctrinalmente había quedado claro que ni la comunicación al deudor, ni la escritura pública, ni la inscripción eran constitutivas, mientras que en el Proyecto, lejos de clarificarlo, utiliza la críptica expresión «deberá hacerse» que volverá a iniciar el debate; se da patente de ley a lo que ya señaló la STS 25-11-2003 respecto a la limitación de la libertad de subrogación del acreedor por parte del deudor hipotecario de la Ley 2/1994 en el sentido de que si el primer acreedor iguala la oferta vinculante, el deudor está obligado a quedarse con él. En Europa, especialmente en nuevas jurisdicciones que se van uniendo a los tradicionales modelos de hipotecas contractualmente dependiente, tienen ello solventado al flexibilizar (sacarlo del ámbito legal y pasarlo al contractual) el vínculo entre obligación y derecho real de garantía: no necesitan relación obligacional básica, el equivalente al 149 LH sólo se aplica al derecho real y no afecta a la cesión de la obligación garantizada, lo que se revela especialmente útil en operaciones pasivas; ni tampoco necesitan una Ley 2/1994 (ni menos una STS 25-11-2003) porque la reutilización de la garantía hipotecaria con otro acreedor está en manos del deudor y no del acreedor.

* Profesor Agregado de Derecho Civil, Universitat Rovira i Virgili.

b) Las cuestiones centrales respecto a los valores hipotecarios quedan sin resolver: siguen llamándose títulos, cuando dicha denominación ya quedó obsoleta en 1988 con la LMV; la garantía de las cédulas sigue sin ser óptima; y la de los bonos aún resulta peor de cómo estaba. El Registro Contable está redactado como una sombra de lo que debería y, en lo que está regulado, carece de sentido. No consiguen lo que en muchas jurisdicciones europeas han conseguido: separación de patrimonios para la máxima protección de los inversores, mediante patrimonios fiduciarios.

Aparte de la coyuntura española en la reforma hipotecaria, los diversos grupos de investigación europeos se preocupan cada vez más de la cuestión armonizadora de los derechos reales. Son un ejemplo las actividades del *Common core* de Trento (5 a 8 de julio 2007). Este año el 13.º encuentro tuvo lugar en Turín, con una importante afluencia de asistentes, *active participants* y editores de todos los ámbitos que se están desarrollando en este macro-proyecto paneuropeo de investigación. Actualmente existen diversos cuestionarios en marcha relacionados con los derechos reales y cada uno se encuentra en un estadio diferente:

a) *Transfer of Immoveable Property*. Llevado por los Profs. Elisabeth Cooke y Luz Martínez, centran sus estudios en los modos de transmisión de la propiedad inmueble en Europa y han organizado ya diversas actividades científicas. Tienen un texto definitivo de cuestionario (2007) y esperan respuestas de los *active participants* hasta 2008.

b) *Time-Limited Interests in Land*. Grupo dirigido por el Prof. Van der Merwe, Verbeke y Caterina desde 2003, analiza los derechos reales limitados en diversos ordenamientos jurídicos (ej. uso, usufructo, superficie; además de su contenido, posibilidad de gravamen, disposición, etc.).

c) *Security Rights in Immovable Property*. Centrado en el estudio de la hipoteca, su dirección corresponde a los Profs. Van der Merwe, Gary Watt y Francesca Fiorentini. Con la mayoría de los cuestionarios de los estados ya contestados, el grupo encara ya su fase final (elaboración de las conclusiones comunes por los editores durante 2007-2008) y tiene prevista la publicación de su trabajo en la Cambridge University Press en 2009.

V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

Conclusiones de la Abogada General sra. Juliane Kokott de 20 de septiembre de 2007, Asunto C-435/06

Como es sabido el Reglamento Bruselas II bis (Reglamento n.º 2201/2003 del Consejo, 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 n.º 1347/2000, *DOUE* L 338, de 23.12.2003) es la primera norma comunitaria dedicada íntegramente al Derecho de la familia. Las Conclusiones presentadas, el 20 de septiembre de 2007,

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

por la Abogado General Kokott hacen referencia al primer recurso prejudicial planteado ante el Tribunal de Justicia sobre este texto.

El recurso se refiere al ámbito material de aplicación del Reglamento, concretamente a la restricción del mismo a las materias civiles que se establece en el artículo 1. Dicha limitación ha de relacionarse con la base competencial utilizada para promulgar la norma comunitaria, los artículos 61 (c) y 65 del Tratado de Roma, ya que ésta hace referencia a la cooperación en materia civil. Habida cuenta que en el sector de la responsabilidad parental Derecho Público y Privado están estrechamente imbricados no es de extrañar que no haya tardado en plantearse un asunto acerca de la definición de la noción «materia civil».

El recurso prejudicial fue planteado por el *korkein hallinto-oikeus* finlandés en el contexto de un asunto en el que los hechos eran los siguientes. La sra. C. es madre de dos niños; reside con ellos en Suecia. Los servicios sociales suecos decretan la guarda inmediata y el acogimiento de los niños fuera de su familia. Dicha medida es ratificada por un juez sueco el 3 de marzo de 2005 y confirmada en instancias judiciales superiores que desestiman los recursos presentados por la madre. Ésta se había, no obstante, trasladado ya a Finlandia con sus hijos antes de que la medida decretada por los servicios sociales suecos hubiese sido aprobada judicialmente en primera instancia. Solicitó ser empadronada en Finlandia el día 2 de marzo. La cuestión que se plantea es si el reconocimiento de la decisión judicial sueca ha de regirse por el Reglamento Bruselas II bis o si queda fuera del ámbito material de aplicación de dicho instrumento, en cuyo caso rige una normativa en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones administrativas acordada entre Suecia y Finlandia.

Lo decisivo en este caso es el concepto de «naturaleza civil». El punto de partida de la Abogado General es que se trata de un concepto autónomo. Es por tanto irrelevante que en alguno de los Estados miembros la cuestión se englobe dentro del Derecho Público. Resulta también decisivo para la Abogado General que el artículo, apartado 2 del Reglamento, que contiene una enumeración no exhaustiva de las cuestiones incluidas dentro del concepto de responsabilidad parental, mencione en su letra *d*) el acogimiento de un menor en una familia o en un establecimiento. Coincide, por consiguiente, la Abogado General con las partes en que la cuestión que plantea dudas es la medida de guarda a la que no hay referencia expresa ni entre las cuestiones incluidas ni en las cuestiones excluidas.

La Abogado General rechaza la utilización del criterio de materia civil y mercantil utilizado en la delimitación del ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la utilización de prerrogativas relacionadas con la soberanía excluye del ámbito civil a las relaciones en las que interviene una autoridad pública. De acuerdo con esta interpretación tanto la guarda como el acogimiento serían medidas de carácter público pues lo que las caracteriza es la injerencia del Estado en las relaciones paterno-filiales. Esta había sido la tesis del Gobierno sueco, no obstante la referencia expresa al acogimiento en el artículo 1.2 *d*).

La Abogado General opta por acuñar una definición de medida de carácter civil ceñida al Reglamento Bruselas II bis y derivada de los objetivos, la sistemática y la génesis normativa de dicha norma. No acierta, sin embargo, a concretar cuál es ese criterio. Su tesis parece ser que ha de entenderse que es civil lo que el Reglamento dice que es civil y todo aquello estrechamente relacionado con lo así definido. En tanto el acogimiento presupone la guarda previa del niño tanto acogimiento como guarda serían medidas civiles. En passant la Abogado General minimiza la problemática que podría suponer la vulneración de la base competencial. La argumentación es cuanto menos decepcionante.

VI. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO*

Primera evaluación de la Directiva 96/9/EC de protección de bases de datos
(12 de diciembre de 2005, Comisión de las Comunidades Europeas).

Esta es la primera vez que se somete a evaluación una Directiva. De hecho, el artículo 16 de la Directiva ya preveía la necesidad de que se sometiera a evaluación la aplicación del derecho *sui generis* para verificar si dicha aplicación provocaba un abuso de posición dominante u otras interferencias en la libre competencia dentro del mercado único europeo. En particular, la evaluación se centró en si la industria europea de bases de datos había crecido o no después de la introducción de la Directiva de referencia y si los beneficiarios de este derecho habían producido más bases de datos que si no existiera ese derecho.

Los resultados evidenciaron que no había habido un incremento de la industria de las bases de datos en Europa a pesar de la introducción del derecho *sui generis*. Sin embargo, las empresas se manifestaban a favor de mantener este derecho junto a los derechos de la propiedad intelectual. En este mismo sentido, se concluye en el informe que es una opción de política para la Comisión europea el no modificar la mencionada Directiva.

VII. EL DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA**

I. Legislación

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual

Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DO L 199, de 31.7.2007, pp. 40 ss.)

Este Reglamento se aplicará a los hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor, esto es, a partir del 11 de enero de 2009, excepto por lo que respecta al artículo 29 (*Lista de los convenios*), que se aplicará a partir del 11 de julio de 2008 (arts. 31 y 32).

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat Autònoma de Barcelona. Esta crónica se enmarca en el Proyecto SEJ2004-05535 (Dirección General de Investigación-MEC) del cual es investigadora principal la Profesora María del Carmen Gete-Alonso y Calera. Además es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759 dirigido por el Prof. Ferran Badosa Coll.

** Profesora contratada doctor de Derecho Civil, Universidad de Santiago de Compostela. Este trabajo se enmarca en el Proyecto SEJ2004-02358 (MEC) del que es investigadora principal la Profesora María Paz García Rubio.

Su pretensión es contribuir al funcionamiento del mercado interior, favoreciendo la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad jurídica y la libre circulación de resoluciones judiciales, de modo que las normas de conflictos de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio (cdo. 6).

Sin perjuicio de la necesidad de garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (Bruselas I), y con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (cdo. 7), la aprobación de este Reglamento viene de resaltar la importancia de la materia en el tráfico jurídico actual.

A los efectos del Reglamento Roma II se entiende por daños todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso, el enriquecimiento injusto, la gestión de negocios o la culpa in contrahendo (art. 2). En cambio, se excluyen las materias fiscales, aduaneras y administrativas, así como los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). Igualmente quedan fuera de su ámbito de aplicación las obligaciones extracontractuales derivadas de relaciones familiares, de letras de cambio, cheques y pagarés, del Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, de un daño nuclear, de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación (art. 1).

Como norma general (art. 4), la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. No obstante, si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto (v. gr. una relación preexistente entre las partes, como un contrato), se aplicará la ley de este otro país.

Igualmente, para respetar el principio de autonomía de las partes y reforzar la seguridad jurídica (cdo. 31), se admite que las partes elijan la ley aplicable a una obligación extracontractual, si bien para proteger a las partes más débiles se imponen algunas condiciones a esta elección (art. 14).

Por otra parte, el Reglamento incorpora también alguna excepción a la regla general y prevé normas específicas para ciertos daños para los que la norma general no permite lograr un equilibrio razonable entre los intereses en juego (cdo. 19); así, en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (cdo. 20 y art. 5) y por daños medioambientales (cdo. 25 y art. 7). Al respecto, ha de tenerse en cuenta la aplicación del presente Reglamento a las obligaciones extracontractuales basadas en la responsabilidad objetiva (cdo. 11).

La ley aplicable a la obligación extracontractual regulará (art. 15):

- a) el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos;
- b) las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad;
- c) la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada;

d) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las medidas que puede adoptar un tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño;

e) la transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización;

f) las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente;

g) la responsabilidad por actos de terceros;

h) el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.

En materia de prueba, la ley que rija la obligación extracontractual en virtud del Reglamento se aplicará en la medida en que, en materia de obligaciones extracontractuales, establezca presunciones legales o reparta la carga de la prueba (art. 22). En todo caso, para obtener un equilibrio razonable entre las partes en la valoración del comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento –incluso, por ejemplo, las de seguridad vial en caso de accidente– vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad (art. 17).

B. LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

Responsabilidad en el transporte marítimo

Propuesta modificada 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 con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE) COM/2007/645 final - Bruselas, 22.10.2007.

Propuesta modificada 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 con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE) COM/2007/674 final - Bruselas, 24.10.2007.

C. LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

Responsabilidad medioambiental

Ley 26/2007, de 23 de octubre, de *responsabilidad medioambiental* (BOE núm. 255, de 24/10/2007, pp. 43229 ss.)

La Ley 26/2007 transpone en el ordenamiento español la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, *sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales*. Para ello el legislador español ha optado por establecer un

régimen administrativo de responsabilidad medioambiental de carácter objetivo e ilimitado, basado en los principios de prevención y de que «quien contamina paga», sin afectar, aparentemente, al régimen de responsabilidad civil.

Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, *por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas* (BOE núms. 254 de 23/10/2007, pp. 42952 ss.)

Vid. la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, *sobre evaluación y gestión del ruido ambiental* (DO L 189 de 18.7.2002, pp. 12 ss.).

Protección contra la discriminación

Ley 19/2007, de 11 de julio, *contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte* (BOE núms. 166, de 12/7/2007, pp. 29946 ss.)

La Ley 19/2007, en relación con la Directiva de la Unión Europea 2000/43, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas, independientemente de su origen racial o étnico* (*vid.* Ley 62/2003, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y de orden social*, BOE n.º 313, de 31/12/2003, pp. 46874 ss.), señala la responsabilidad de las personas organizadoras de pruebas o espectáculos deportivos (art. 5), si bien a efectos administrativos. Así, las personas físicas o jurídicas que organicen cualquier prueba, competición o espectáculo deportivo (*vid.* art. 1) o los acontecimientos que constituyan o formen parte de dichas competiciones serán, patrimonial y administrativamente, responsables de los daños y desórdenes que pudieran producirse por su falta de diligencia o prevención o cuando no hubieran adoptado las medidas de prevención establecidas en la presente Ley, todo ello de conformidad y con el alcance que se prevé en los Convenios Internacionales contra la violencia en el deporte ratificados por España.

Para completar esta perspectiva, la disposición adicional décima de la Ley (*Modificaciones legislativas sobre responsabilidad civil*) prevé que, en el plazo de un año, el Gobierno remita a las Cortes Generales los proyectos de ley o de modificación de las leyes ya existentes que convengan para regular de modo específico la responsabilidad civil en el ámbito propio del deporte y de los espectáculos deportivos, así como del aseguramiento de la misma y su consiguiente repercusión en el sistema de compensación de seguros.

Responsabilidad civil profesional

Real Decreto-ley 8/2007, de 14 de septiembre, *por el que se modifican determinados artículos de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada* (BOE n.º 225, de 19/9/2007, pp. 38041 ss.)

En cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 26 de enero de 2006, sobre la compatibilidad de la regulación establecida en la Ley 23/1992 con el Derecho Comunitario en relación con las libertades de establecimiento y de prestación de servicios dentro de la Comunidad (C-514/03), el legislador español ha procedido a modificar algunos preceptos de dicha ley.

En concreto, el Tribunal entendía que la exigencia de que las empresas de seguridad privada deban ser, en casi todos los casos, personas jurídicas supone una restricción al derecho de establecimiento que no está justificado por razones de seguridad pública, existiendo otros medios menos restrictivos para alcanzar el objetivo de la protección de los destinatarios de las prestaciones de seguridad privada, tales como el depósito de una fianza o la suscripción de un contrato de seguro.

Al respecto, se ha modificado el artículo 7 de la Ley 23/1992 para permitir que las empresas de seguridad revistan la forma de persona física o de persona jurídica, si bien para la prestación de los servicios y actividades de seguridad privada, entre otros requisitos, deberán suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil o constituir otras garantías financieras en la cuantía y con las condiciones que se determinen reglamentariamente. A estos efectos, se tendrán en cuenta los requisitos ya exigidos en el Estado miembro de origen en lo referente a la suscripción del contrato de seguro de responsabilidad civil u otras garantías financieras.

Responsabilidad civil por falta de información

Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, *por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea* (BOE núms. 252, de 20/10/2007, pp. 42692 ss.)

La Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, *sobre armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE* (Directiva de Transparencia) fue incorporada, en su mayor parte, al Derecho español mediante la Ley 6/2007, de 12 de abril, *de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores* (BOE 13/4/2007).

En este sentido, el objetivo principal de este Real Decreto es desarrollar las modificaciones operadas en la *Ley del mercado de valores*, para incorporar al Derecho español aquella parte de la Directiva 2004/109/CE que no ha sido recogida en la Ley 6/2007. Igualmente, se pretende incorporar la Directiva 2007/14/CE de la Comisión, de 8 de marzo de 2007, *por la que se establecen disposiciones de aplicación de determinadas prescripciones de la Directiva 2004/109/CE, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado* (DO L 69 de 9.3.2007, pp. 27 ss.).

II. Jurisprudencia

A. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad por productos-Transposición de la Directiva 85/374/CEE.-La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 5 de julio de 2007 (Asunto C-327/05) declara, a instancia de la Comisión de las Comunidades Europeas, que el Reino de Dinamarca ha incumplido las obligaciones que le

incumben para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 85/374/CEE, 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, al haber adoptado y mantenido en vigor normas con arreglo a las cuales los distribuidores son responsables en la cadena comercial en las mismas condiciones que los productores.

B. TRIBUNAL SUPREMO

Responsabilidad medioambiental - Ruidos. STS núm. 589/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 31 de mayo. Aunque el Tribunal hace mención de la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, *sobre evaluación y gestión del ruido ambiental*, y a la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, *del ruido*, basa la declaración de responsabilidad civil en los artículos 1902 y 1908 CC. Al respecto, considera que la autorización administrativa no exime de la obligación de indemnizar, porque autorizar una actividad no equivale necesariamente a imponer a los vecinos el deber jurídico de soportar todo perjuicio, por grave que sea, que tal actividad produzca. De ahí que reconozca, de una parte, el daño emergente constituido por la depreciación de las fincas y, de otra, el daño moral de quien directamente soporta la contaminación sonora. En cambio, entiende que la afectación del paisaje —«contaminación estética» o «contaminación visual»— no tiene hoy por hoy la consideración de objeto de un derecho subjetivo cuya vulneración deba ser indemnizada, sino la de un bien colectivo o común cuya protección incumbe primordialmente a los poderes públicos y cuya lesión dará lugar a las sanciones que legalmente se establezcan, pero no a indemnizaciones a favor de personas naturales o jurídicas determinadas.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. STS núm. 613/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 6 de junio. El catorce de octubre de mil novecientos ochenta y ocho, un niño de un año de edad sufrió quemaduras de segundo y tercer grado en las palmas de ambas manos, al apoyarlas en el cristal de un horno de cocina cuando estaba en funcionamiento. La demanda de responsabilidad civil por este hecho se basó en los artículos 25, 26 y 27 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, *general para la defensa de los consumidores y usuarios*, al no haber sido promulgada cuando se produjeron las lesiones la Ley 22/1994, de 6 de julio, *de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*. La sentencia de segundo grado no apreció responsabilidad porque (1.º) el horno, adquirido en mil novecientos ochenta y cinco, cumplía las exigencias de seguridad previstas por la normativa vigente entonces, y (2.º) la demandante, que tomó posesión del horno cuando no tenía hijos y que, al ocurrir los hechos, conocía que su funcionamiento producía altas temperaturas en el cristal de cierre, incurrió en negligencia con eficacia causal sobre el daño, al no haber impedido que su hijo menor entrara en la cocina con el horno en funcionamiento. No obstante, el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso al no considerar probado que el horno cumpliera las condiciones de seguridad que, conforme al estado de la ciencia, eran exigibles teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad del producto. Por tanto, imputa objetivamente el resultado lesivo a la fabricante demandada.

VIII. DERECHO DE *TRUSTS* EN LA UNIÓN EUROPEA

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN*

Arrêté fédéral du 20 décembre 2006, portant approbation et mise en œuvre de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

El 1 de julio de 2007 entró en vigor en Suiza el *Arrêté fédéral* de 20 de diciembre de 2006, y con él el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 sobre «ley aplicable al *trust* y su reconocimiento» y las modificaciones legislativas dirigidas a permitir la operatividad de los *trusts* en territorio suizo. El *Arrêté fédéral* no tiene por objetivo consagrar un derecho suizo del *trust*, sino únicamente aportar seguridad jurídica al reconocimiento de *trusts* constituidos al amparo de una ley extranjera. Para ello, además de ratificar el texto internacional, el legislador ha modificado algunos preceptos de la ley federal de derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 (art. 21 y nuevo capítulo 9a –art. 149a-e) y de la de derecho concursal de 11 de abril de 1889 (nuevo título 9bis –art. 284a y b).

La figura anglosajona no era una completa desconocida para la Confederación helvética. A pesar de la inexistencia de una normativa jurídica propia, los operadores económicos y jurídicos de la plaza financiera suiza trataban frecuentemente con *trusts*, constituidos en el extranjero por ciudadanos procedentes de países angloamericanos, afincados en Suiza. Cuando llegaban a los tribunales cuestiones atinentes a dichos *trusts*, venía siendo práctica habitual que éstos asimilaran la figura a un contrato o a una sociedad con el fin de determinar la ley aplicable. No obstante, la incertidumbre sobre la calificación de la figura y sobre el reconocimiento de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros en materia de *trusts* generaba inseguridad jurídica. Por ello, durante la primavera de 1999 el *Office fédéral de la justice* encargó al profesor Luc Thévenoz (Université de Genève) elaborar un informe acerca de la oportunidad de ratificar el texto internacional y, en su caso, la de modificar algunas normas de derecho interno. Se trataba de determinar si con ello se incrementaría la seguridad jurídica de los particulares y empresas, establecidos en Suiza, que mantenían relaciones jurídicas con *trustees* y la de comprobar si era posible modificar el derecho interno sin comprometer las normas imperativas del ordenamiento suizo.

A pesar de que el informe Thévenoz se mostró favorable a la ratificación del Convenio e incluso a un proyecto de regulación de la «*Treuhand*» o fiducia suiza, el gobierno helvético no tomó medidas al respecto hasta que los bancos también manifestaron la necesidad de contar con una base jurídica segura para reforzar el atractivo del país como lugar de constitución y gestión de *trusts*. En los últimos años ha aumentado significativamente, en Suiza, el número de bienes pertenecientes a *trusts*, cada vez son más los bancos que cuentan con su propio departamento de gestión de *trusts*, las sociedades que se especializan en su administración e incluso los despachos de abogados que intensifican sus actividades en este sector. Tras el desarrollo de unas primeras consultas informales durante el invierno 2003-2004, el *Département Fédéral de Justice et Police* anunció, el 20 de octubre de 2004, la apertura formal de

* Prof. Contratada Doctor. Universidad de Cantabria.

consultas acerca de un anteproyecto de *Arrêté fédéral* que contemplaba la ratificación del Convenio de la Haya y algunas adaptaciones del derecho suizo. A dicho anteproyecto, en gran parte inspirado en el informe Thévenoz, le sucedió el Proyecto aprobado por el *Conseil Fédéral* en sesión de 2 de diciembre de 2006 y, finalmente, el *Arrêté fédéral* de 20 de diciembre de 2006, *portant approbation et mise en œuvre de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*. La ley consta de cuatro artículos dedicados a ratificar el Convenio de la Haya (art. 1), modificar algunos preceptos de la ley federal de derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 (art. 2) y de la de derecho concursal de 11 de abril de 1889 (art. 3), y acordar el sometimiento del texto legal a referéndum (tal y como prevé en estos casos la Constitución suiza) y su entrada en vigor (art. 4).

Por lo que respecta a la ratificación del Convenio de la Haya —a cuya preparación y comentario contribuyó decisivamente el profesor suizo Alfred von Overbeck (Université de Fribourg)—, cabe destacar que Suiza, al igual que la mayoría de los países de *civil law*, no ha hecho uso de la posibilidad reconocida por el artículo 20 de extender el ámbito de aplicación del Convenio a los *trusts* de creación judicial (*constructive trusts*). «*Se entiende por trusts* —dice el nuevo artículo 149a de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado—, *los trusts constituidos por acto jurídico en el sentido del Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 relativo a la ley aplicable al trust y a su reconocimiento*». Sin embargo, el legislador suizo ha querido adelantarse al problema que generó en Italia la ratificación del Convenio sin contar antes con una normativa interna aplicable a los *trusts* vinculados exclusivamente con Italia (*trusts* internos). En este país la ratificación del Convenio suscitó una fuerte polémica entre quienes consideraban que sólo era aplicable a los *trusts* que presentaran algún elemento esencial (nacionalidad de los sujetos intervinientes, lugar de situación de los bienes...) vinculado con un ordenamiento que conoce el instituto y quienes opinaban que dicho elemento de internacionalidad podía consistir, exclusivamente, en el derecho designado como ley reguladora. Uno de los principales argumentos esgrimidos a favor de la primera postura fue la posibilidad que reconoce el artículo 13 del Convenio de no reconocer un *trust* cuyos elementos significativos estén vinculados más estrechamente con Estados que desconocen la institución del *trust* o la clase de *trust* de que se trate.

Las autoridades suizas han renunciado expresamente a valerse de la reserva prevista en el artículo 13 del texto internacional: «*el derecho elegido por dicho convenio es igualmente determinante en aquellos casos en que, de acuerdo con su artículo 5, el Convenio no es aplicable y en que, de acuerdo con su artículo 13, el estado no está obligado a reconocer un trust*» (art. 149c 2 de la ley federal de derecho internacional privado). Tan importante cuestión fue controvertida en la tramitación parlamentaria. En el *Rapport Explicatif* de 16 de septiembre de 2004, el *Office fédéral de la justice* sugirió una variante respecto de la opción que había tomado el *Conseil général*, que era la de ratificar el Convenio sin la cláusula de salvaguarda. Según dicha variante, un *trust* puramente interno debía quedar sometido exclusivamente al orden interno suizo: «*se evita así que en situaciones puramente internas las disposiciones imperativas del derecho suizo se vean contorneadas por medio de la elección de un orden jurídico extranjero*». El texto ofrecía criterios para determinar cuando el *trust* presenta vínculos con el extranjero en el momento de su constitución y, por lo tanto, cuando no se veía afectado por la variante-

restricción. Sin embargo, en su Mensaje de 2 de diciembre de 2005, el *Conseil fédéral* confirmó su deseo de excluir la cláusula de salvaguarda: «*el elemento determinante de la decisión ha sido que los artículos 4, 15, 16 y 18 del Convenio, junto con los artículos 17 y 18 de la ley de derecho internacional privado, ofrecen una protección suficiente contra la posibilidad de eludir el derecho suizo*». Quedaba así eliminada toda incerteza en torno a la admisibilidad, en derecho suizo, de los *trusts* internos regidos por una ley extranjera.

Por lo que concierne a las necesarias adaptaciones del derecho suizo, el legislador ha optado por insertar las modificaciones en las leyes federales de derecho internacional privado y de derecho concursal, en lugar de promulgar una norma especial. En lo que respecta a la ley federal de derecho internacional privado, con la excepción del artículo 21 que se ha modificado para determinar cuál ha de considerarse domicilio del *trust* (el designado como lugar de administración o, en su defecto, el lugar en que de hecho es administrado), las nuevas normas de derecho internacional privado se han agrupado en un nuevo capítulo 9a «Trusts», ubicado entre los dedicados al derecho de obligaciones y al derecho de sociedades. No sorprenden, en una ley de derecho internacional privado, las normas de conflicto sobre foro competente (art.149b) y derecho aplicable (art.149c), la referente al reconocimiento de sentencias extranjeras (art.149e), y ni tan siquiera la que ofrece una definición de la figura por remisión a lo previsto en el Convenio (art.149a). No olvidemos que estamos ante una institución que no cuenta con una regulación sustantiva en el foro. Las soluciones propuestas por el artículo 2 del *Arrêté fédéral* se inspiran, por otra parte, en las previstas por la Ley de derecho internacional privado en materia de sociedades y contratos y en el Convenio de Lugano sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil.

Sin embargo, resultan más llamativas en una norma de derecho internacional privado las referencias a una cuestión de derecho material interno, como es la de la publicidad del *trust* (art.149d). El informe Thévenoz justifica esta decisión en el carácter disperso que presenta en derecho suizo la materia de registros públicos y en un afán de transparencia. En cumplimiento a la facultad concedida al *trustee* por el artículo 12 del Convenio de la Haya, la ley suiza reconoce la posibilidad de hacer mención a la existencia del *trust* con ocasión de la inscripción de los bienes a nombre del *trustee* en los registros públicos pertinentes (incluido el de propiedad intelectual). Con este fin, el *Office fédéral* encargado de los registros ha elaborado recientemente unas «líneas directrices sobre el tratamiento de las cuestiones ligadas a un *trust*». A diferencia del anteproyecto, que atribuía a la mención del *trust* carácter obligatorio, en la versión definitiva de la ley la referencia a la existencia del *trust* en el registro tiene carácter facultativo, aunque de ella depende su oponibilidad a terceros de buena fe.

Las dos nuevas disposiciones en materia de *trusts* de la ley federal concursal suiza se añaden, en un nuevo título noveno bis, tras las disposiciones particulares en materia de arrendamiento y aparcería. Su objetivo es introducir el principio de separación patrimonial de los bienes del *trust* respecto de los que integran el patrimonio personal del *trustee* y regular el procedimiento de ejecución por deudas del *trust*. La ejecución por deudas contraídas por el *trustee* e imputables al *trust* debe dirigirse contra el *trustee*, «en calidad de representante del *trust*», ante los tribunales del domicilio del *trust*. Para garantizar la igualdad de trato de los acreedores, la ejecución de los bienes existentes en Suiza debe sustanciarse de acuerdo con el procedimiento de

concurso de acreedores, quedando limitados los efectos del concurso a los bienes en *trust* (art. 284a). En caso de concurso del *trustee*, el patrimonio en *trust* queda sustraído de la masa concursal tras haber deducido las deudas que tuviera contraído dicho patrimonio frente al *trustee* (art. 284b).

A pesar de que el informe Thévenoz que inspiró el anteproyecto así lo aconsejaba, el legislador suizo no ha aprovechado la ratificación del Convenio de la Haya para regular la «*Treuhand*» o fiducia suiza. Esta figura surgida de la práctica negocial y reconocida jurisprudencialmente ha sido regulada en determinados ámbitos (fondos de inversión, gestión de derechos de autor), pero dichas normativas, además de sectoriales, presentan importantes insuficiencias que han sido resaltadas por la doctrina suiza. Con todo, el legislador ha temido que el proyecto de una regulación general de la fiducia pudiera ralentizar en exceso la ratificación del Convenio por lo que ha optado por no tratar dicha cuestión en el *Arrêté fédéral*. De la misma forma, la ley suiza tampoco aborda el tratamiento fiscal de los *trusts*. Esta materia, excluida por el propio Convenio de su ámbito de aplicación, ha sido objeto de una circular de 22 de agosto de 2007 en la que la Confederación fiscal suiza intenta armonizar las prácticas seguidas por las autoridades federales y cantonales al respecto. La circular adopta medidas rigurosas para aquellos casos en que el constituyente o los beneficiarios residen en la confederación helvética, introduciendo con ello importantes cambios respecto del tratamiento que se venía dispensando a la figura en algunos cantones.

En definitiva, a pesar de que el texto admite la posibilidad de que ciudadanos suizos utilicen la figura al amparo de una ley extranjera, el tratamiento fiscal poco ventajoso dispensado por la circular, en estos casos, hace que resulte poco verosímil la difusión del *trust interno*. Es más factible que la figura siga utilizándose principalmente por la clientela internacional de la plaza financiera suiza. Ante la urgencia con la que las autoridades suizas se plantearon la ratificación del Convenio, por ver en ello un incremento de la seguridad de las transacciones concernientes a bienes en *trust* y con ello un mayor atractivo del país en lo concerniente a este tipo de operaciones, probablemente lo más prudente haya sido disociar la ratificación del Convenio de la preparación de un proyecto de ley interna. De lo contrario, la ratificación del texto internacional podría haber supuesto tener que aprobar una regulación de mínimos, restrictiva y a toda luz insuficiente. El legislador suizo ha optado por satisfacer la necesidad que ha considerado más apremiante. Esperemos que el conocimiento que tienen de la figura los operadores jurídicos de ese país y el grado de especialización que de ellos se espera sea suficiente para resolver los múltiples problemas que pueden surgir, en un país de *civil law*, ante la ausencia de una normativa específica de derecho material.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (junio-octubre 2007)

HELENA TORROJA MATEU*
DAVID BONDIA GARCIA**

Asunto *Salt Hiper S.A. c. España* (demanda núm. 25779/03), sentencia de 7 de junio de 2007.—Artículo 6 del CEDH (derecho a un juicio justo).

La sociedad demandante, *Salt Hiper S. A.*, es una sociedad anónima cuya sede social se encuentra en Madrid. En 1992 solicitó una autorización para instalar uno de sus establecimientos en una zona comercial de la ciudad de Salt (Girona). Dicha solicitud fue rechazada por la comisión territorial de equipamientos comerciales, hecho que dio lugar al inicio de un procedimiento contencioso-administrativo. Mediante sentencia de 8 de mayo de 1996, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rechazó el recurso alegando que la decisión recurrida se limitó a aplicar de forma motivada la legislación. La sociedad demandante anunció la interposición de recurso de casación. Esta interposición también fue desestimada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña alegando que, de conformidad con el artículo 93 de la Ley sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, la resolución recurrida no era susceptible de ser cuestionada mediante recurso de casación. Interpuso, seguidamente, un recurso de queja, que fue estimado por el Tribunal Supremo —al establecer que el fondo del litigio no versaba sobre la aplicación de la legislación autonómica, abriendo así la posibilidad de plantear el recurso de casación. Sin embargo, mediante sentencia de 28 de septiembre de 2001, el Tribunal Supremo, rectificando sus argumentos anteriores, declaró finalmente inadmisibile el recurso. El amparo posterior fue desestimado por el Tribunal Constitucional al considerar que el recurso estaba desprovisto de contenido constitucional.

La sociedad demandante consideraba que la interpretación del Tribunal Supremo sobre la admisibilidad de su recurso de casación —si bien en 1996 este tribunal declaró la admisibilidad del recurso, mediante una sentencia de 2001 declaró su inadmisibilidad—, le privó de su derecho a acceder a un tribunal. De esta forma, *Salt Hiper, S. A.* invocó la violación del artículo 6.1 (derecho a un juicio justo) ante el TEDH.

El TEDH consideró que si en su decisión de 4 de octubre de 1996 el Tribunal Supremo se pronunció a favor del anuncio de interposición del recurso de casación, afirmando que la sentencia que quería ser recurrida se fundamentaba en disposiciones que no eran propias de la legislación autonómica, este mismo Tribunal no podía, casi cinco años más tarde, decir lo contrario, sin explicación alguna sobre este cambio y sin seguir un procedimiento de rectificación.

Por todo ello, el TEDH concluyó, por unanimidad, que existía una violación del artículo 6.1 del CEDH y concedió a la sociedad demandante 5.000 euros por daño moral y 2.000 euros en concepto de costas.

* Profesora Lectora de Derecho Internacional Público. Universitat de Barcelona.

** Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Universitat de Barcelona.

Asunto Smirnov c. Rusia (demanda 71362/01), sentencia de 7 de junio de 2007.—Artículo 8.1 (inviolabilidad de domicilio). Artículo 1. Protocolo Adicional 1 (derecho de propiedad). Artículo 13 (derecho a un remedio judicial efectivo) en conjunción con artículo 1 del Protocolo Adicional 1.

El Sr. Smirnov demanda a la Federación Rusa por violación del derecho a inviolabilidad del domicilio, derecho de propiedad, y derecho a gozar de los remedios efectivos en relación con este último derecho, por los siguientes hechos. El demandante es abogado colegiado en el Colegio de Abogados de St. Petersburgo, ciudad donde vive. En enero de 1999 la Fiscalía de St. Petersburgo inició un procedimiento penal (n.º 7806) contra Mr. Sh., Mr. G. y otros quince sospechosos de formar y participar en una actividad criminal organizada y otros graves delitos. En 2000, la fiscalía emitió y llevó a cabo una orden de registro y embargo contra el demandante, alegando que éste tenía en posesión información que podía ser relevante para el caso n.º 7806. Se le embargaron unos veinte documentos y la unidad central de su ordenador con dos discos duros; el ordenador fue considerado prueba material del caso penal, negándosele reiteradamente su devolución. El demandante, quien alega haber representado a Mr. S., Mr. Yu., Mr. B., y Mr. Sh., implicados en el procedimiento penal, inició procedimientos judiciales ante las instancias internas para lograr la declaración ilegal de la orden de registro y embargo y la devolución de sus propiedades, que no podían haber sido consideradas como pruebas materiales del caso, pues dañaban los derechos de defensa de sus clientes. Además inició un procedimiento civil reclamando daños por el embargo de su ordenador. Tras diversos procedimientos internos, en última instancia la jurisdicción interna sentenció que el registro era legal, que el resto de reclamaciones no eran susceptibles de revisión judicial (reclamaciones sobre su derecho a la propiedad y el embargo de sus bienes, sobre la vinculación de los objetos a la prueba material del caso...). La reclamación civil por daños no fue atendida por los tribunales.

El TEDH afirma lo siguiente. En relación con la ilegalidad del registro y violación del artículo 8.1 del Convenio, el Tribunal recuerda que en otras ocasiones ha interpretado la noción de «domicilio» del artículo 8.1 del Convenio, comprendiendo tanto el domicilio particular como la oficina profesional (párrafo 36), por lo que ciertamente ha habido una interferencia en este derecho. A continuación pasa a examinar si la interferencia estaba justificada según el párr. 2 del artículo 8. En primer lugar, el TEDH afirma que la interferencia se había hecho de acuerdo con la ley, pues el artículo 25 de la Constitución Rusa recoge que el derecho a la inviolabilidad de domicilio podía ser interferido sobre la base del derecho federal o de una decisión judicial; en Rusia, el Código de procedimiento penal permite que el registro sea ordenado por un fiscal, como en este caso. En segundo lugar, el TEDH afirma la legitimidad de los fines perseguidos con la interferencia: proteger los derechos y libertades de otros, la seguridad pública, prevenir el desorden o el crimen. En tercer y último lugar, en relación con la necesidad de la medida en una sociedad democrática, el TEDH recuerda que los Estados tienen cierto margen de apreciación en su determinación, si bien las excepciones del párrafo 2 del artículo 8 han de ser interpretadas de forma estrecha y la necesidad de éstas en un caso dado debe ser establecida de forma convincente. Tras un detenido análisis, el TEDH considera que la orden de registro se realizó sin suficientes motivos, sin salvaguardar el secreto profesional del demandante, en su apartamento, y sin ser él sospechoso de ofensa criminal alguna, antes al contrario siendo abogado de alguno de los

defendidos en el mismo caso criminal; por ello afirma que el registro no fue una medida necesaria en una sociedad democrática y por tanto por unanimidad afirma que hubo violación del artículo 8 (*vid.* párs. 44-49).

En relación con la violación del respeto a su derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo adicional 1), el TEDH se centra en la retención de su ordenador, dado que se le habían devuelto posteriormente los documentos. Para el TEDH el ordenador en sí mismo no era instrumento o producto de ningún delito penal; lo que era valioso e instrumental para la investigación era la información que se encontraba almacenada en el disco duro, información que la Fiscalía ya había impreso e incluido en el caso. Por lo tanto, el TEDH no encuentra ninguna razón aparente para la retención continuada del ordenador, por más de seis años. Se trata de un instrumento profesional del demandante, por lo que su retención no sólo le ha causado una inconveniencia personal, sino que le ha impedido sus actividades profesionales, lo que debe haber tenido también repercusiones en la administración de justicia. El TEDH considera que las autoridades rusas no realizaron un justo equilibrio entre las exigencias del interés general y la protección del derecho del reclamante al disfrute pacífico de sus bienes. Por ello afirma por unanimidad la existencia de una violación del artículo 1 del Protocolo adicional 1.

En relación con la violación del art. 13 de la Convención en conjunción con el artículo 1 del Protocolo 1, el TEDH recuerda que las jurisdicciones internas declararon inadmisibles las demandas sobre la falta de devolución del ordenador, indicándole que tenía que dirigirse al Fiscal. Afirma, a su vez, que la demanda pendiente sobre daños civiles no podría ser alegada válidamente por el Gobierno como posible remedio en un futuro, puesto que una jurisdicción civil no es competente para revisar la legalidad de una decisión hecha por investigadores de un procedimiento penal. Por lo tanto, el reclamante no tuvo remedio judicial efectivo para ventilar sus quejas de violación de su derecho a la propiedad, y por tanto, por unanimidad, declara la existencia de violación del artículo 13 de la Convención en conjunción con el artículo 1 del Protocolo 1. Por último, el TEDH decide no acordar indemnización conforme al artículo 41 del Convenio.

Asunto Havelka y otros c. República Checa (demanda núm. 23499/06), de 21 de junio de 2007.—Artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar).

Los demandantes, Antonín Havelka y sus hijos, Sarka Havelková, Tomás Havelka y Eliska Havelková, son nacionales checos nacidos en 1950, 1992, 1993 y 1994, respectivamente. El Sr. Havelka reside en Praga y sus hijos están actualmente internados en un establecimiento público en Radenín (República Checa).

Desde 1995, fecha en la que su esposa abandonó el domicilio conyugal, el Sr. Havelka se ocupaba sólo de los hijos que tuvo con ella y de otros hijos menores de ella. En marzo de 2004, Sarka, Tomás y Eliska fueron provisoriamente internados en un establecimiento público de asistencia educativa. Esta medida fue definitivamente confirmada en junio de 2004 y en abril de 2005, alegando que los cuidados realizados por el Sr. Havelka se estaban degradando y que, debido a su difícil situación económica, el domicilio familiar carecía de electricidad y la familia estaba amenazada de expulsión.

Los demandantes alegaron que la decisión de que los menores quedaran bajo la tutela del Estado había supuesto una violación de su derecho al respeto de la vida familiar, invocando así la violación del artículo 8 del CEDH.

En sus argumentos, el TEDH recuerda que el hecho de que un niño pueda ser acogido en un centro más propicio a su educación no puede justificar por sí mismo que se le sustraiga de los cuidados de sus padres biológicos. Esta injerencia en el derecho de los padres a disfrutar de una vida familiar con sus hijos debe ser «necesaria» en función de otras circunstancias. Así, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el TEDH consideró que las decisiones de situar bajo la tutela del Estado a los menores no se fundamentaban en razones de naturaleza suficiente que sirvieran para justificarlas como proporcionadas a la finalidad legítima perseguida. De esta forma, el TEDH apreció que, a pesar del margen de apreciación de las autoridades checas, el internamiento de los menores no era «necesario en una sociedad democrática». En consecuencia, el TEDH concluyó, por seis votos contra uno, que existía una violación del artículo 8 del CEDH.

Asunto Wagner y J. M. W. L. c. Luxemburgo (demanda núm. 76240/01), de 28 de junio de 2007.—Artículo 6 del CEDH (derecho a un juicio justo); artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar); y, artículo 14 del CEDH (prohibición de discriminación).

Las demandantes, Jeanne Wagner, nacional luxemburguesa de treinta y nueve años, y su hija adoptiva J. M., nacida en Perú en 1993, residen a Luxemburgo. La Sra. Wagner es madre de cuatro niños escolarizados en Luxemburgo. Según una sentencia peruana de 6 de noviembre de 1996, la Sra. Wagner adoptó una niña peruana de tres años, que había sido declarada en situación de abandono. En 1997, las demandantes iniciaron un procedimiento civil para que la decisión peruana fuera declarada ejecutoria en Luxemburgo y así permitir la inscripción de la niña en los registros del estado civil y, posteriormente, adquirir la nacionalidad luxemburguesa. El 2 de junio de 1999, el tribunal de instancia rechazó la demanda de *exequátur* de las demandantes alegando que la sentencia de adopción peruana se había dictado en contradicción con el artículo 367 del CC según el cual una mujer soltera no puede adoptar en Luxemburgo. Las demandantes apelaron alegando (en una parte titulada «En cuanto a la incidencia del orden público») que la sentencia de primera instancia era incompatible con el artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar). La apelación de las demandantes fue declarada infundada, el 6 de julio de 2000, puesto que los jueces de primera instancia habían declarado que la decisión peruana era contradictoria con la ley luxemburguesa sobre los conflictos de leyes, que prevé que las condiciones para adoptar vienen regidas por la ley nacional del adoptante. El tribunal de apelación concluyó que resultaba superfluo examinar las otras condiciones del *exequátur*, entre otras, la de la conformidad con el orden público internacional.

El tribunal de casación ratificó la sentencia el 14 de junio de 2001. Por una parte, afirmando que el tribunal de apelación no tenía que responder al motivo invocado por las demandantes bajo el título de «En cuanto a la incidencia del orden público», puesto que esta cuestión había quedado sin objeto por el efecto mismo de su decisión de no aplicar la ley extranjera y, de otra parte, que los desarrollos relativos al artículo 8 del CEDH contenidos en el escrito de apelación, «debido a su carácter dubitativo, vago e impreciso, no constituían un argumento que exigiera respuesta». Las demandantes iniciaron también un procedimiento administrativo ante el rechazo, por parte del Ministerio de la Familia, la Solidaridad Social y la Juventud, de adoptar

medidas necesarias para que este tipo de adopción fuera reconocido por las autoridades luxemburguesas. Este recurso fue rechazado por el tribunal administrativo el 1 de julio de 2004.

Agotada la vía interna, las demandantes acudieron al TEDH invocando el artículo 6. 1 del CEDH, las demandantes planteaban que el hecho de que los tribunales civiles luxemburgueses no examinaran sus argumentos basados en el artículo 8 del CEDH les había privado del derecho a un proceso justo. También, en virtud del artículo 8, los demandantes reprochaban a las autoridades luxemburguesas de no reconocer el vínculo familiar que ellas habían creado mediante la sentencia de adopción emitida en Perú. Finalmente, alegando el artículo 14 (prohibición de discriminación) combinado con el art. 8, las demandantes estimaban que sufrieron una discriminación injustificada al no reconocerse esta adopción.

El TEDH constata que, aunque los tribunales no están obligados a exponer los motivos de rechazo de cada argumento de las partes, ello no les exime de examinar debidamente y de responder a los principales argumentos planteados. Si, principalmente, estos argumentos se basan en «derechos y libertades» garantizados por el CEDH o sus Protocolos, las jurisdicciones nacionales están obligadas a examinarlos con un rigor y un cuidado particular. Según el TEDH, la cuestión de la incompatibilidad de la decisión de primera instancia de acuerdo con el artículo 8 del CEDH —en particular bajo el ángulo de su conformidad con el orden público internacional— figuraba entre los argumentos principales alegados por las demandantes, de forma que exigía una respuesta específica y explícita. Por tanto, el tribunal de apelación omitió dar una respuesta al argumento según el cual el orden público exigía precisamente acordar, según el artículo 8, el *exequátur* a la decisión de adopción peruana. El tribunal de casación confirmó esta sentencia, yendo en contra de su propia jurisprudencia que establece que el CEDH despliega efectos directos en el ordenamiento jurídico luxemburgués. En estas condiciones, el TEDH considera que las demandantes no han sido efectivamente atendidas por las jurisdicciones luxemburguesas al no garantizarles el derecho a un juicio justo. Concluye, por tanto, que existe una violación del art. 6. 1 del CEDH.

En su análisis de una posible violación del artículo 8 del CEDH, el TEDH considera que, a pesar de que el rechazo por parte de los tribunales luxemburgueses de acordar el *exequátur* de la sentencia peruana es fruto de la ausencia en la legislación luxemburguesa de disposiciones que permitan a una persona no casada de obtener la adopción de un niño, esta situación representa una forma de injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de las demandantes.

El rechazo del *exequátur* de la sentencia de adopción peruana pretendía proteger «la salud y la moral» y los «derechos y libertades» del niño. En este sentido, el TEDH considera que no parece desrazonable que las autoridades luxemburguesas hagan prueba de prudencia para verificar si la adopción se ha producido de conformidad con las reglas luxemburguesas de conflicto de leyes. En cuanto a la «necesidad» de las medidas litigiosas «en una sociedad democrática», el TEDH recuerda que su función no consiste en sustituir a las autoridades luxemburguesas competentes para definir la política más oportuna en materia de reglamentación de las adopciones de menores, pero debe apreciar bajo el prisma del CEDH las decisiones que han adoptado en el ejercicio de su poder de apreciación. En este aspecto, el TEDH observa que la cuestión de la adopción por parte de solteros se encuentra en un estadio avanzado de armonización en Europa. Efectivamente, un estudio de la legislación de los Estados miembros del Consejo de Europa permite apreciar que la adopción por parte

de solteros está permitida sin limitación en la mayoría de los cuarenta y siete Estados. A continuación, el TEDH constata que en Luxemburgo existía, con anterioridad, una práctica según la cual las sentencias peruanas que reconocían una adopción eran reconocidas con plenos efectos. La interesada siguió todos los procedimientos impuestos por la legislación peruana y, de esta forma, el juez peruano aceptó la adopción de la segunda demandante. En Luxemburgo, las demandantes podían legítimamente esperar la transcripción de la sentencia peruana. Sin embargo, la práctica de la transcripción de las sentencias fue derogada y el expediente del caso fue sometido al examen de las autoridades judiciales luxemburguesas, las cuales rechazaron la demanda de *exequátur*. El TEDH estima que la decisión de rechazo del *exequátur* no tiene en cuenta la realidad social de la situación. Desde que las autoridades luxemburguesas no admitieron oficialmente la existencia jurídica de los lazos familiares creados por la adopción peruana, éstos no despliegan plenamente sus efectos en Luxemburgo. Por este hecho, las demandantes padecen los inconvenientes en su vida cotidiana y la menor no se ve amparada por la protección jurídica que permitiría su completa integración en la familia adoptiva.

Recordando que debe ser el interés superior del menor el que debe primar siempre en este tipo de asuntos, el TEDH estima que los jueces luxemburgueses no podían de forma razonable ignorar el estatus jurídico creado válidamente en el extranjero, que se corresponde a una vida familiar en el sentido del artículo 8. del CEDH. Por tanto, el TEDH concluye que existe violación del artículo 8 del CEDH.

Profundizando en su análisis, el TEDH recuerda que, en el goce de los derechos y libertades reconocidos por el CEDH, el art. 14 prohíbe tratar de forma diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas que se encuentren en situaciones comparables. El TEDH constata que el rechazo al *exequátur* tiene como consecuencia que J. M. no pueda obtener, por ejemplo, los beneficios y privilegios de los nacionales comunitarios. Además, hace más de diez años que necesita recibir regularmente autorizaciones de estancia en Luxemburgo y visados para visitar determinados Estados, en particular, Suiza. En cuanto a la Sra. Wagner, padece cotidianamente, de forma indirecta, los inconvenientes causados a su hija, en la medida en que debe realizar todos los trámites administrativos generados por la no obtención de la nacionalidad luxemburguesa de su hija menor.

Así, el TEDH no encuentra ningún motivo que justifique esta discriminación. Esta conclusión se impone teniendo en cuenta que antes de los hechos litigiosos otros menores peruanos adoptados por madres solteras obtuvieron el reconocimiento de pleno derecho de la adopción en Luxemburgo. Constata así también la violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) en relación con el artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar).

Asunto Johansson contra Finlandia (demanda núm. 10163/02), sentencia de 6 de septiembre de 2007.— Artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

Milka Johansson y Jaana Johansson, nacionales finlandesas, reclaman contra Finlandia ante el TEDH por la violación de su derecho al respeto a la vida privada y familiar, al haberles sido negada la inscripción de su hijo con el nombre de pila de «Axl Mick, primero, y «Axl», después. Apoyándose en la legislación finlandesa, la autoridad del Registro interno local competente (*Hyvinkää Population Registration Authority*) alegó, junto a otros argumentos, que la forma de pronunciar tal nombre no se correspondía con la práctica de los nombres propios fin-

landeses, como exigía la ley interna (art. 32 b, 2,1 y 3.2 de la *Names Act*). Los padres apelaron sin éxito contra esta decisión ante el tribunal administrativo competente, llegando hasta la más alta instancia judicial interna.

Para el TEDH la elección del nombre de pila del hijo es un asunto que entra dentro de su *vida privada*, y por tanto entra dentro del ámbito del artículo 8, lo que no discuten las partes enfrentadas. Para el TEDH la principal cuestión jurídica es determinar en qué medida la acción estatal ha constituido una *interferencia* en la vida privada. Para ello se trata de examinar si se ha respetado un *justo equilibrio* entre los intereses privado y público enfrentados; se trata de un ámbito en el que el Estado goza de un cierto margen de apreciación. La Sala se refiere a casos anteriores (*Gillot o Salonen*) donde la decisión estatal de no inscribir nombres como «Fleur de Marie» o «Ainut Vain Marjaana» (*The One and Only Marjaana*), respectivamente, estuvo justificada por haber soluciones alternativas y en atención al interés del menor. En este caso, a diferencia de estos citados, no se trata de un nombre —«Axl»— que afecte al interés del menor; además, y también a diferencia de los casos citados, el nombre de «Axl» ya había sido aceptado en el registro oficial finlandés en ocasiones anteriores. En este estado de cosas, para examinar si se ha respetado un justo equilibrio entre los intereses en cuestión, el TEDH pasa a examinar ambos intereses (el *derecho de los reclamantes a elegir el nombre de pila de su hijo* y el *interés público en regular la elección de nombres*).

En relación al *interés público*, el TEDH recuerda que ha aceptado en ocasiones anteriores la posibilidad de restringir el cambio y la elección de nombre por interés público (Stjerna), por interés del niño y de la sociedad (Salonen). Para el Gobierno, la finalidad de la Ley de nombres era proteger el interés del niño y mantener una práctica de nombres distintiva en un pequeño país como Finlandia. Para el TEDH la protección de los intereses del niño de nombres ridículos o caprichosos se hace por interés público. En relación con el fin de preservar una práctica nacional distintiva, el TEDH ha considerado como un fin legítimo la existencia de medidas dirigidas a proteger una lengua determinada; por ello afirma que puede aceptar que la preservación de una práctica nacional relativa a los nombres de pila sea considerada como parte y parcela de este fin y por tanto de interés público (párrafo 36). Pero, en este caso, el nombre «Axl» no se diferencia en gran medida de otros nombres comúnmente usados en Finlandia como Ulf o Alf, ni tampoco era ridículo ni caprichoso, ni perjudicial para el menor. Además, afirma el TEDH, ya existían tres personas con el nombre de «Axl» en el registro oficial de este Estado cuando los padres fueron a inscribir al niño y, posteriormente, al menos otras dos personas fueron inscritas con tal nombre; al respecto, el TEDH no da relevancia a la excusa del Gobierno que alega que en algunos de estos casos eran personas que habían nacido en el extranjero o que tenían doble nacionalidad. Para el TEDH, aunque ciertamente el margen de apreciación del Estado en este ámbito es amplio, en las circunstancias concretas es difícil aceptar las razones de las autoridades nacionales para negar el derecho de los padres a inscribir a su hijo con el nombre de «Axl». Por estos motivos, las consideraciones de interés público alegadas por el Gobierno no pueden superar los intereses de los reclamantes de tener a su hijo oficialmente registrado con el nombre de su elección. No se ha encontrado el justo equilibrio entre ambos intereses. Por todo ello, el TEDH afirma por unanimidad la existencia de una violación del artículo 8 y no considera que haya lugar a analizar la violación del artículo 14 en conjunción con el artículo 8 de forma separada.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LIDIA ARNAU RAVENTÓS*

STJCE de 5 de julio de 2007, Ntíonik Anonymi Etaireia Emporias H/Y, Logismikou kai Paroxis Ypiresion Michanografisis, Ioannis Michail Pikoulas v. Epitropi Kefalaiaígoras.—Petición de decisión prejudicial. Sym-voulío tis Epikrateias (Grecia). La Directiva 2001/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la admisión de valores negociables a cotización oficial y la información que ha de publicarse en dichos valores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el legislador nacional establezca —para el caso en que los datos contenidos en el folleto publicado con objeto de la admisión de valores negociables a cotización oficial en una Bolsa de valores sean inexactos o engañosos— sanciones administrativas no sólo contra las personas que aparezcan expresamente citadas en este folleto como responsables, sino también contra el emisor de dichos valores e, indistintamente, contra los miembros del consejo de administración del emisor, independientemente de si éstos figuran o no como responsables en dicho folleto.

STJCE de 7 de junio de 2007, Carp Snc di L. Moleri e V. Corsi c. Ecorad Srl.—Petición de decisión prejudicial. Tribunale ordinario di Novara (Italia). Invocación de los artículos 2 y 3 y Anexos II y III de la Decisión 1999/93/CE de la Comisión, de 25 de enero de 1999, relativa al procedimiento de certificación de la conformidad de productos de construcción con arreglo al apartado 2 del artículo 20 de la Directiva 89/106/CE del Consejo en lo que concierne a las puertas, las ventanas, los postigos, las persianas, las cancelas y sus herrajes. El litigio trae causa de la negativa de un contratante particular a cumplir con las obligaciones asumidas al advertir que el producto instalado por la contraparte no respetaba la normativa comunitaria. Recuerda el Tribunal que, según reiterada jurisprudencia, una Directiva no puede, por sí sola, imponer obligaciones a un particular y no puede por tanto ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona. De ello resulta que incluso una disposición clara, precisa e incondicional de una Directiva que tiene por efecto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares no puede aplicarse como tal en el marco de un litigio en el que se enfrentan sólo particulares.

STJCE de 7 de junio de 2007, J. Van der Weerd, Maatschap Van der Bijl, J. W. Schoonhoven, H. de Rooy sr., H. de Rooy jr., Maatschap H. en J. Van 't Oever, Maatschap F. van 't Oever en W. Fien, B. Van 't Oever, Maatschap A. en J. Fien, Maatschap K. Koers en J. Stellingwerf, H. Koers, Maatschap K. en G. Polinder, G. van Wijhe, B. J. Van Middendorp c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit.—Petición de decisión prejudicial. «College van Beroep voor het bedrijfsleven» (Países

* Profesora Lectora de Derecho Civil, Universidad de Barcelona. El trabajo es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del grupo Consolidado 2005 SGR 00759, dirigido por el Prof. Dr. Ferrán Badosa Coll.

Bajos). Aplicación del Derecho comunitario. Se pregunta si el juez nacional puede aplicar de oficio el Derecho comunitario. Con carácter previo, y a propósito de la alegación de una de las partes en el litigio principal afirmando que no procede la cuestión toda vez que el derecho comunitario de cuya aplicación se trata sí fue invocado, el Tribunal señala que las cuestiones sobre la interpretación del Derecho comunitario planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal, disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. No desvirtúa aquella presunción de pertinencia la mera circunstancia de que una de las partes del litigio principal niegue algunos hechos. A propósito de la cuestión principal planteada, el Tribunal razona señalando que corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario (principio de efectividad). Es plenamente compatible con dicho principio la norma nacional conforme a la cual la facultad del juez para plantear de oficio motivos queda limitada por su obligación de circunscribirse al objeto del litigio y basar su sentencia en los hechos que se refirieron ante él. Esta limitación del juez nacional está justificada por el principio según el cual la iniciativa en un proceso corresponde a las partes y, por consiguiente, sólo puede actuar de oficio en casos excepcionales, en aras del interés público. La aplicación de oficio del Derecho comunitario no procede, pues, cuando las partes demandantes en los procedimientos principales han tenido la oportunidad de alegarlo y no lo han hecho.

STJCE de 11 de octubre de 2007. Gerda Möllendorf, Christiane Möllendorf-Niehuus v. Grundbuchamt (Registro de la Propiedad).—Petición de decisión prejudicial. Kammergericht Berlin (Alemania). El artículo 2, apartado 3, del Reglamento CEE n.º 881/2002, del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin y la red Al-Qaida y los talibanes, prohíbe poner a disposición de dichas personas o entidades, directa o indirectamente, ningún tipo de recurso económico. Se entiende por recurso económico cualquier activo, tangible o intangibles, mueble o inmueble. Aquel precepto debe interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que tanto el contrato de compraventa de un bien inmueble como el acuerdo sobre la transmisión de la propiedad fueron concluidos antes de la inclusión del adquirente en la lista que figura en el Anexo del Reglamento n.º 881/2002, y en la que el precio de venta también fue abonado antes de esta fecha, la citada disposición prohíbe la inscripción definitiva, en ejecución del contrato, de la transmisión del dominio en el Registro de la Propiedad con posterioridad a tal fecha.

STJCE de 11 de octubre de 2007. Freeport plc c. Olle Arnoldsson.—Petición de decisión prejudicial. Högsta domstolen (Suecia). Interpretación del artículo 6.1 del Reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Establece aquel precepto que las personas domiciliadas en un Estado miembro pueden ser demandadas, si hubiere varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente. A propósito de la disposición, el Tribunal entiende que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si existe un punto de conexión entre las distintas demandas presentadas entre sí y, a este respecto, puede tomar en consideración todos los elementos necesarios de los autos, lo que, en su caso, puede conducirle a tener en cuenta las bases jurídicas de las acciones ejercidas ante dicho órgano. Siendo ello así, no obsta a su aplicación el hecho de que las demandas presentadas contra varios demandados tengan fundamentos jurídicos distintos. Tampoco resulta necesario, a fin de aplicar el artículo 6.1, establecer de manera clara que las demandas no se han formulado con el único fin de sustraer a uno de los demandados de la competencia de los tribunales del Estado en el que tiene su domicilio (como ocurre, por el contrario, en el supuesto previsto en el art. 6.2).

STJCE de 18 de octubre de 2007. Kommunikationsbehörde Austria c. Österreichischer Rundfunk.—Petición de decisión prejudicial. Bundeskommunikationssenat (Austria). El artículo 1 de la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por la Directiva 97/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, debe interpretarse en el sentido de que una emisión o parte de una emisión durante la cual un organismo de radiodifusión televisiva ofrece a los telespectadores la posibilidad de participar en un juego dotado con un premio marcando directamente un número de teléfono especial y, por lo tanto, onerosamente, está comprendida en la definición que dicho artículo da de la televenta si en la emisión representa una verdadera oferta de servicios, habida cuenta de la finalidad de la que forma parte el juego, de la importancia de éste dentro de la emisión en cuanto al tiempo y a los rendimientos económicos previstos en relación con los que se esperan de la emisión en su conjunto, así como de la orientación de las preguntas formuladas a los concursantes. Esa misma emisión quedará también comprendida en la definición que dicho artículo da de la publicidad televisada si, debido a la finalidad y al contenido del juego, así como a las condiciones en las que se presentan los premios, éste contiene un mensaje cuyo objetivo es incitar a los telespectadores a adquirir los bienes y los servicios presentados como premios o poner indirectamente de relieve en forma de autopromoción los méritos de los programas del organismo de que se trate.

Jurisprudencia Nacional (mayo 2007 a septiembre 2007)

MIRIAM ANDERSON*

TRIBUNAL SUPREMO

Competencia desleal

– STS (Sala Civil) de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007/3607). Ponente: Francisco Marín Castán. A la hora de determinar si un acto de imitación constituye un comportamiento subsumible en el artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal de 1991, la Sala recuerda la doctrina sentada previamente, a la luz también de los pronunciamientos del TJCE, y trae a colación el criterio recogido en la Directiva 2005/29/CE, donde se toma como referencia el baremo del «consumidor medio». FJ 3.º: «C) En esa misma línea ha declarado esta Sala que el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal “proclama como principio la libertad de imitación, salvo si existe un derecho en exclusiva que la impida” (STS 7 de junio de 2000 en recurso 2484/95) y que el uso concurrencial no reivindicado como excluyente no constituye competencia desleal (STS 6 de junio de 1997 en recurso 1611/93)». —En cuanto a la comparación determinante del juicio de imitación, la sentencia de 21 de junio de 2006 (recurso núm. 3813/99), además de puntualizar muy rotundamente que dicho juicio está reservado al juez por muy costosos que sean los informes de mercadotecnia aportados por las partes, indicó lo siguiente acerca del sujeto de referencia para efectuar ese mismo juicio: «J) Todo ello está en coherencia con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su sentencia de 16 de julio de 1998 (asunto C-210/96), sobre publicidad engañosa, al tomar en consideración la expectativa que se producía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, y declarar que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales la apreciación de si una mención publicitaria produce un efecto engañoso, no excluyendo que el Juez nacional pueda evacuar un informe pericial o encargar un sondeo de opinión, pero también, desde luego, sin obligarle a ello. K) La reciente Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales toma como referencia, en su artículo 5.2 b), al consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o al miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo de consumidores.»

Principios del Derecho Europeo de los Contratos

– STS (Sala Civil) de 11 de julio de 2007 (TOL1.123.877). Ponente: Encarnación Roca Trías. La referencia a los usos que contiene el artículo 1287 del CC es generalizada y objetiva, como demuestra su contemplación

* Profesora Lectora de Derecho Civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto 2005 SGR 00759

en los Códigos italiano y francés o en el artículo 5:102 f) PECL. FJ 2.º: [...] «Cosa distinta es la cantidad que debe pagarse al mediador a falta de pacto concreto. La recurrente considera que deben aplicarse las reglas del Colegio profesional, en defecto de acuerdo entre las partes, y por ello denuncia la inaplicación del artículo 1287 del CC, que se refiere al uso para suplir la omisión de las cláusulas que de ordinario suelen establecerse en los contratos, uso que identifica con los honorarios establecidos en el correspondiente Colegio profesional. El artículo 1287 del CC se inserta en una larga tradición que considera como reglas interpretativas las generales o usos externos a las partes; se trata de prácticas que personas en la misma situación y circunstancias que las propias partes consideran aplicables en sus contratos y que deben usarse para interpretarlo, excepto cuando no sean razonables en el concreto caso; se trata de comportamientos interpretativos generalizados y objetivos. Se encuentran recogidos en el artículo 1159 del Código francés; artículo 1368.1 del Código italiano y en el artículo 8.3 de la Convención de Viena, así como en el artículo 5:102 f) de los Principios del Derecho europeo de los contratos [...]». No obstante, en el caso enjuiciado, se confirma la sentencia recurrida, que aplicó una regla de equidad para determinar la remuneración del mediador, puesto que no se considera probado que las pautas marcadas por el colegio profesional constituyan el uso al que se refiere el artículo 1287 del CC.

– STS (Sala Civil) de 23 de julio de 2007 (RJ 2007/4702). Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Los respectivos artículos de los PECL son traídos a colación como complemento de la doctrina jurisprudencial en materia de incumplimiento resolutorio; en concreto, se acude a ellos para averiguar cuándo puede considerarse que un impedimento para cumplir escapa del control de la parte afectada y cuándo debe estimarse que el término es esencial. FJ 7.º: «[...] A) Esta Sala, en la jurisprudencia más reciente, viene declarando que la voluntad de incumplimiento se demuestra por la frustración del fin del contrato “sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren [...] las legítimas aspiraciones de la contraparte” [...] y exige simplemente que la conducta del incumplidor sea grave [...], admitiendo el “incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida [...] la realización del fin del contrato [...] según los términos convenidos” [...]. Esto ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit [art. 7.3.1 2.b)], cuando se “priva sustancialmente” al contratante “de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”, pues el incumplimiento tiene entonces carácter esencial si no es excusable, cosa que a su vez ocurre, según los Principios del Derecho Europeo de Contratos, cuando se debió a un impedimento fuera de control y no se podía suponer razonablemente que dicho impedimento hubiera sido previsto en el momento de la conclusión del contrato ni tampoco que se hubieran evitado o superado el impedimento o sus consecuencias (art. 8.108). B) En el caso examinado se produjo una situación que afectaba de modo notable a la pretensión del Ayuntamiento de agotar financiera y jurídicamente la operación de venta con arreglo al plazo estipulado para su perfección, como tenía derecho razonablemente a esperar como consecuencia del cumplimiento del contrato, y su incumplimiento no puede justificarse por las dificultades que el comprador haya podido padecer para reunir el efectivo necesario para el pago, pues esta circunstancia no consta que obedeciese a impedimentos razonablemente no previsibles en el momento de la conclusión del contrato. El retraso se convirtió en esencial [en los términos

de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, artículo 1.806.3 [*debería ser el (art. 8:103)*] cuando el Ayuntamiento otorgó un nuevo término, cuya extensión no puede ser calificada de irrazonable, y el comprador no acudió a la formalización del contrato [...]. También en materia de incumplimiento, alude artículo 8:103, c) de los Principios de Derecho europeo de contratos la **SAP Madrid (Sección 10) de 4 de junio de 2007 (AC 2007/1226)**, ponente: Mariano Zaforteza Fortuny.

Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil

– STS (Sala Civil) de 17 de julio de 2007 (TOL1.126.645). Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Supuesto en que se demandaba a los anfitriones por las lesiones que sufrió una de las invitadas a cenar en una casa particular, que se dirigió hacia la cocina, sin que el pasillo estuviese alumbrado, y tropezó con un juguete. Se deniega la pretensión indemnizatoria y, para definir el concepto de culpa exigido por el artículo 1.902 del CC, el Tribunal acude, entre otros, a los preceptos de los Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil. FJ 3.º: «[...] 4.ª– En los trabajos preparatorios de los “Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”, actualmente en curso, se define el “Estándar de conducta exigible” como “el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos” (art. 4: 102. -1-). 5.ª– Tales criterios pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del artículo 1902 CC y completar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el artículo 1104 cuando alude tanto a la “diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” como a “la que correspondería a un buen padre de familia” para, así, configurar un modelo de conducta diligente válido para la mayoría de los casos. 6.ª– En el ámbito doméstico son fácilmente imaginables acciones u omisiones culposas o negligentes de los anfitriones para con sus invitados, como por ejemplo servir una comida sin haberse preocupado de que esté en buenas condiciones o no haber reparado antes de la visita defectos del material aislante de los cables eléctricos exteriores o a la vista. Pero ello no significa que absolutamente todas las situaciones hipotéticamente peligrosas sean merecedoras de imputación objetiva si el peligro es remoto y aquellas entran dentro de la normalidad de un hogar.»

Propiedad Intelectual (Interpretación del Derecho interno conforme al Derecho comunitario. Doctrina del TJCE)

– SSTS (Sala Civil) de 6 de julio de 2007 (RJ 2007/4677 y 4678). Ponente: Clemente Auger Liñán. Comunicación pública de obras audiovisuales a las distintas habitaciones de un hotel en circuito cerrado de televisión. Recoge el cambio jurisprudencial que demandó la STJCE de 7 de diciembre de 2006 –en la cuestión prejudicial C-306/05 (SGAE/RAFAEL HOTELES)– y que tuvo lugar por medio de la STS de 16 de abril de 2007 (ponente: Jesús Corbal Fernán-

dez). FJ 2.º: «[...] En la cuestión prejudicial C-306/05 se planteó la siguiente pregunta: “si la captación por el titular de una explotación hotelera de señales de televisión de entidades de radiodifusión y su posterior distribución a los habitantes de un hotel constituye un acto de comunicación pública sobre el que se extiende la pretendida armonización de las normativas nacionales de protección de los derechos de autor prevista en el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001”, cuestión claramente coincidente con la del supuesto que nos ocupa. [...] El cambio jurisprudencial se justifica por las siguientes razones: 1) Si bien es cierto que los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 14.3 y 24.1 CE) exigen cierta permanencia y estabilidad en la doctrina jurisprudencial, en cuanto que complementa el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC) y debe ser seguida por el propio Tribunal y restantes tribunales, sin embargo la jurisprudencia puede y debe ser cambiada cuando se dé una razón poderosa que lo justifique, tal y como sucede en el caso enjuiciado por la necesidad de armonizar y unificar la aplicación del derecho acomodando la interpretación de la norma interna a la del Derecho Comunitario. 2) Las normas del ordenamiento jurídico interno deben ser interpretadas por todos los tribunales en el sentido más conforme al Derecho Comunitario, con independencia de que la norma sea anterior o posterior a una Directiva, y que ésta haya sido o no transpuesta mediante Ley interna. 3) Nada obsta a que la interpretación de la Sentencia del TJCEE de 7 de diciembre de 2006 se refiera a una Directiva, la 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, que es posterior a la demanda del pleito que se enjuicia, porque lo que se toma en consideración no es la regulación de la Directiva, sino una interpretación jurisprudencial (del TJCEE) que es plenamente aplicable a la norma interna (art. 20.1 de la LOPJ 22/1987, y del TR 1/1996), la cual no disiente del Derecho Comunitario; y ello máxime si se tiene en cuenta que ni la norma interna ni la Directiva definen qué es la “Comunicación al público”. Por consiguiente, no hay retroactividad normativa (por cierto, tampoco se contradice su prohibición cuando se trata de normas interpretativas o aclaratorias –retroacción impropia–, S. 17 septiembre 2006), ni se afecta a la «*perpetuatio actionis*». 4) Tampoco obsta que la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea aluda concretamente a los autores, en tanto el caso que se enjuicia se refiere a los productores de grabaciones audiovisuales, porque, aparte del carácter general de la “comunicación al público” respecto de todos los derechos de propiedad intelectual, en cualquier caso, una elemental regla de lógica formal no permite que una misma cosa pueda ser y no ser a la vez o al mismo tiempo. Por ello, si en el supuesto de los hoteles contemplado hay acto de comunicación pública para los autores también lo hay para los titulares de derechos finés. 5) Los términos de la Sentencia del TJCEE son claros y se pueden resumir en los apartados siguientes: a) El concepto de “comunicación al público” debe entenderse en un sentido amplio; b) El T de J ha declarado que el término «público» hace referencia a un número indeterminado de telespectadores potenciales; c) La clientela de un establecimiento hotelero normalmente se renueva con rapidez, por lo que, por lo general, se trata de un número considerable de personas; d) Si se tienen en cuenta los efectos acumulativos provocados por la posibilidad que se concede a los telespectadores potenciales de acceder a la obra, los mismos pueden adquirir en el contexto de que se trata una importancia significativa; e) La clientela de un establecimiento hotelero es un público nuevo. Las comunicaciones que se efectúan en circunstancias como las del asunto principal son comunicaciones

realizadas por un organismo de retransmisión distinto al de origen, en el sentido del art. 11 bis, apartado 1, inciso ii), del Convenio de Berna, por lo que estas transmisiones se dirigen a un público que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la obra, es decir, a un público nuevo; f) Para que haya comunicación al público basta con que la obra se ponga a disposición del público, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella; g) Se estime o no la concurrencia de un fin lucrativo como condición necesaria para que se dé una comunicación al público, en el caso de que se trata hay una prestación de servicios suplementaria efectuada con el objetivo de obtener algún beneficio, pues la inclusión del servicio influye en la categoría del hotel y, por tanto, en el precio de las habitaciones; h) Si bien la mera puesta a disposición de las instalaciones no equivale en sí misma a una comunicación, sin embargo hay acto de comunicación al público porque «tales instalaciones posibilitan técnicamente el acceso del público a las obras radiodifundidas», «sin que tenga relevancia la técnica empleada para la transmisión de la señal»; i) El carácter privado o público del lugar en que se produce la comunicación no tiene relevancia alguna. El derecho de comunicar al público quedaría manifiestamente desprovisto de contenido si no abarcara también las comunicaciones efectuadas en lugares privados, y j) Por consiguiente, el carácter privado de los dormitorios de un establecimiento hostelero no impide que se considere que la comunicación de una obra en tales habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye un acto de comunicación al público en el sentido del art. 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. [...] Por consiguiente en el supuesto enjuiciado hay acto de comunicación pública de conformidad con el art. 20, apartados 1 y 2 e) y f) LPI 22/1987.»

Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras

– STS (Sala Civil) de 17 de mayo de 2007 (RJ 2007/3178). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. En un supuesto en que resultaba de aplicación el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la recurrente afirmaba que se había vulnerado, por inaplicación, el artículo 27.2 del referido Convenio, al no permitir el Convenio bilateral entre España e Italia sobre Asistencia Judicial y Reconocimiento y Ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de 27 de mayo de 1973 (*Sic*) la notificación por vía postal, entre otros defectos que se imputan al modo en que se llevó a cabo. El motivo es desestimado, por las razones que se plasman en el FJ 3.º: «En efecto, el art. 27.2 del Convenio de Bruselas contiene un presupuesto de reconocimiento –y de ejecutoriedad– que, sobre la base de la existencia de una situación procesal de rebeldía del demandado en el procedimiento seguido en el Estado de origen, gravita en torno a una norma de conflicto uniforme, articulada en función de los propósitos y objetivos del Convenio, que sitúa en el ordenamiento del Estado donde se desarrolló el proceso –incluido, por supuesto, el ordenamiento supranacional integrado en él, cuando se trata de supuestos de tráfico externo–, las formalidades que debe revestir el acto de comunicación inicial del procedimiento, conforme al cual se examinará, además, el carácter subsanable del defecto en que eventualmente pudiera haber incurrido. Las disposiciones del Convenio no armonizan, pues, los diferentes sistemas de notificación en el extranjero de los documentos judiciales, pero sí tienen la finalidad de garantizar al demandado una protección efectiva de sus derechos, estableciendo el mecanismo conflictualista expuesto, y dejando de

la mano no sólo del Juez del Estado de origen, sino también del Juez del Estado requerido, el control de la regularidad formal en la notificación de la cédula de emplazamiento –SSTJCE 15 de julio de 1982, asunto 228/81, Pendi Plastic, de 3 de julio de 1990, asunto C-305/88, Lancray, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-522/03, Scania Finance France–.

A las consideraciones anteriores cabe añadir las que seguidamente se hacen. En primer lugar, el sistema que acoge el Convenio de Bruselas –que se encuentra modulado en su rigor, sin embargo, por la norma que lo sustituye, el Reglamento CE 44/2001, de 22 de diciembre –artículo 34.2, in fine–, inaplicable al caso por razones temporales, art. 66– se revela deliberadamente formalista, y, en atención a la función de garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de los demandados, no admite reduccionismo alguno; por lo tanto, el conocimiento de la existencia del proceso, que no ha sido proporcionado de forma regular, no permite considerar cumplidos los presupuestos de la homologación, salvada, claro está, la subsanación de los posibles y eventuales defectos formales del acto según el derecho aplicable –STJCE 3 de julio de 1990, asunto C-305/88, Lancray–, del mismo modo que el número 2 del art. 27 del Convenio se opone a que una resolución dictada en rebeldía en un Estado contratante sea reconocida en otro Estado cuando la cédula de emplazamiento no ha sido notificada al demandado de forma regular, aunque éste haya tenido posteriormente conocimiento de la resolución recaída y no haya utilizado los medios de impugnación disponibles con arreglo al derecho procesal del Estado de origen –SSTJCE 12 de noviembre de 1992, asunto C-123/91, Minalmet, y de 23 de noviembre de 2005, asunto C-3/05 (sic) Gaetano Verdoliva–. En segundo lugar, el señalado precepto no es invocable cuando el demandado ha comparecido en el proceso y ha efectuado alegaciones –STJCE de 21 de abril de 1993, asunto C-172/91, Sonntag–. En tercer lugar, el concepto de cédula de emplazamiento o documento equivalente tiene para el Convenio un carácter autónomo, designando a los actos cuya entrega o notificación al demandado, efectuadas de forma regular y con tiempo suficiente, coloca a éste en condiciones de invocar sus derechos antes de que se dicte en el Estado de origen una sentencia ejecutoria –STJCE 13 de julio de 1995, asunto C-474/93, Hengst Import BV–. Y en cuarto lugar, el principio dispositivo y de aportación de parte que rige el procedimiento de *exequatur* impone a la parte frente a la que se pretende el reconocimiento y la ejecución la carga de justificar debidamente la falta de regularidad formal del acto de comunicación, conforme al derecho procesal aplicable, que constituye el obstáculo a la homologación.» A continuación se analiza el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 y se concluye que: «Además, el examen de los documentos aportados permite concluir que el demandado tuvo posibilidad de defenderse ante el Juez de origen, quedando, por tanto, garantizados los objetivos del Convenio –STJCE 14 de octubre de 2004, asunto C-39/02, Maersk Olie & Gas A/S–». En el FJ 4.º se analiza el motivo relativo a la falta de competencia del juez de origen y a la posible vulneración del artículo 24 CE por esta causa.

Responsabilidad extracontractual: inmisiones

– STS (Sala Civil) de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007/3431). Ponente: Francisco Marín Castán. Se analiza la jurisprudencia del TEDH sobre inmisiones sonoras y de otra naturaleza como fuente de la obligación de indemnizar en el orden jurídico-privado. FJ 3.º: «[...] Como es bien sabido, la res-

puesta del ordenamiento jurídico español y su complemento jurisprudencial al problema de los daños causados a particulares por inmisiones que hoy podríamos calificar de “medioambientales” no ha sido siempre homogénea. Es más, hasta cierto punto podría sostenerse que el muy notable y progresivo crecimiento de la normativa sobre esta materia, de ámbito tanto estatal como autonómico e incluso local, no necesariamente se traduce en una mayor protección efectiva del particular frente al daño medioambiental que le afecta directamente, pues no pocas veces es la propia sobreabundancia de normas lo que dificulta la protección de sus derechos subjetivos.

Así, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994 (núm. 1994/496, caso López Ostra contra el reino de España) acordó una indemnización de 4.000.000 de ptas. a favor de la demandante por el daño moral “innegable” que había sufrido al soportar tanto “las molestias provocadas por las emanaciones de gas, los ruidos y los olores procedentes de la depuradora” como “la angustia y la ansiedad propias de ver cómo la situación se prolongaba en el tiempo y la salud de su hija se resentía” (parágrafo 65). Centrada esta resolución en si se había producido o no una infracción del art. 8 del Convenio de Roma, relativo al derecho de toda persona a que se respete su vida privada y familiar, el Tribunal responde afirmativamente valorando, de un lado, que “la interesada y su familia vivieron durante años a doce metros de un foco de olores, ruidos y humos” (parágrafo 42) y, de otro, la inactividad del Ayuntamiento u otras autoridades españolas a la hora de remediar la situación, inactividad no excusable por la pendencia de un proceso Contencioso-Administrativo fundado en la falta de licencia para la instalación y de un proceso penal por delito ecológico, ambos promovidos por las cuñadas de la recurrente, porque los dos procesos tenían objetos diferentes de aquella reprochable inactividad (parágrafos 37 y 38).

Particular interés tiene la declaración del Tribunal de que “los atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio de un modo que llegue a perjudicar su vida privada y familiar, sin necesidad de que también haya de poner en grave peligro la salud de la interesada”; la que considera preciso «atender al justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto»; la que pese a reconocer que el Ayuntamiento había reaccionado con prontitud realojando a la familia de la recurrente y clausurando parcialmente la planta depuradora, advertía sin embargo que no era posible ignorar la persistencia de los problemas medioambientales tras ese cierre parcial ni que los poderes generales de policía conferidos por el Reglamento de 1961 (Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre) obligaban al Ayuntamiento a reaccionar, esto es, a poner en práctica una medida positiva (parágrafos 52 a 54); y en fin, la que para dar una satisfacción equitativa al perjudicado, conforme al art. 50 del Convenio, tenía en consideración la depreciación de la casa de la recurrente y los gastos y molestias derivadas del cambio de domicilio (parágrafo 65). En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indemnizaba a la recurrente después de que sus pretensiones, fundadas en la vulneración de derechos fundamentales, hubieran sido desestimadas en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo y el Tribunal Constitucional hubiera inadmitido su recurso de amparo.

Sobre casos que no afectaban al reino de España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó otras sentencias de interés para la materia del litigio causante de este recurso de casación. La sentencia de 19 de febrero de 1998 (caso

Guerra contra Italia, núm. 1998/875) dio un paso más en la relación de los daños y peligros medioambientales con la vulneración de los derechos fundamentales, pues al examinar los perjuicios causados a cuarenta personas que residían a un kilómetro de una industria química de alto riesgo, apreciaba también una reprochable inactividad de las autoridades del Estado demandado reproduciendo la doctrina del caso López Ostra. Y la sentencia de 2 de octubre de 2001 (varios ciudadanos contra el Reino Unido, caso del aeropuerto de Heathrow, núm. 2001/567), centrada en el ruido causado por los aviones en el aeropuerto de mayor tráfico de Europa, insistió en la necesidad de hallar un justo equilibrio entre los intereses de las personas y los de la comunidad pero añadiendo dos consideraciones de importancia capital: primera, que “en un campo tan sensible como el de la protección medioambiental, la mera referencia al bienestar económico del país no es suficiente para imponerse sobre los derechos de los demás”; y segunda, que “debe exigirse a los Estados que minimicen, hasta donde sea posible, la injerencia en estos derechos, intentando encontrar soluciones alternativas y buscando, en general, alcanzar los fines de la forma menos gravosa para los derechos humanos”.

Ya en un asunto que sí afectaba a España, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra el reino de España) abordó el caso de una ciudadana de Valencia que se decía asediada por el ruido de los locales de diversión nocturna de la zona en que vivía. Su pretensión indemnizatoria frente al Ayuntamiento había sido rechazada por los órganos jurisdiccionales del orden Contencioso-Administrativo, e impetrado amparo ante el Tribunal Constitucional éste se lo había denegado en su sentencia 119/2001, de 24 de mayo (*sic*) que si ciertamente procedía a una expresa recepción de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en esta materia, consideraba sin embargo que la demandante de amparo no había conseguido probar debidamente los daños y perjuicios justificativos de aquella pretensión indemnizatoria. Pues bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia, además de insistir en su línea interpretativa del art. 8.1 del Convenio sobre la posible vulneración del derecho al respeto al domicilio por ruidos, emisiones, olores y otras injerencias, estima el recurso por considerar “innegable” el ruido nocturno que venía soportando la demandante durante varios años, sobre todo durante el fin de semana, y razona que “exigir a alguien que habita en una zona acústicamente saturada, como en la que habita la demandante, la prueba de algo que ya es conocido y oficial para la autoridad municipal no parece necesario” (parágrafo 59). Por lo que se refiere a las medidas administrativas adoptadas al respecto, que en el caso había sido una ordenanza municipal sobre ruidos y vibraciones, el Tribunal declara que “una regulación para proteger los derechos garantizados sería una medida ilusoria si no se cumple de forma constante, y el Tribunal debe recordar que el Convenio trata de proteger los derechos efectivos y no ilusorios o teóricos” (parágrafo 61).

La repercusión práctica de esta última sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional fue inmediata, pues este último, tras haber inadmitido por providencia un recurso de amparo muy similar al de la Sra. Moreno Gómez, dictó el Auto 37/2005, de 31 de enero, estimatorio de recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal. Pero ya antes el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 16/2004, de 23 de febrero, había desestimado el recurso de amparo del titular de un local tipo «pub» contra la sanción impuesta por el Ayuntamiento con base en una Ordenanza sobre protección contra la contaminación acústica,

sanción confirmada en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo al apreciarse que dicha Ordenanza tenía cobertura tanto en el Reglamento de 1961 sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas como en la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico. Se razona en esta sentencia sobre la “nueva realidad” de “los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”; se constata que a esa nueva realidad ha sido sensible la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; se destaca la doctrina al respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; se declara que “el ruido, en la sociedad de nuestros días, puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos”; y en fin, se concluye que aunque la Ordenanza municipal no podía tener cobertura legal en el Reglamento de 1961, sí la tenía, en cambio, en la Ley de 1972 de Protección del Ambiente Atmosférico.

También el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo fue reaccionando progresivamente contra las inmisiones sonoras [...] Sin embargo fue siempre ante el orden jurisdiccional civil, pese a la aparente escasez de normativa protectora frente a ruidos y otras inmisiones, donde los particulares obtuvieron más frecuentemente una satisfacción de sus pretensiones indemnizatorias o de cese de la actividad perjudicial. Ya fuera con base en los arts. 1902, 1903 y 1908 del CC, ya con fundamento en su art. 590, ya aplicando los principios de prohibición del abuso de derecho y de los actos de emulación, ya los preceptos específicos de las leyes reguladoras de los arrendamientos urbanos y de la propiedad horizontal, ya incluso mediante la estimación de interdictos como el de obra nueva y, más recientemente, mediante la tutela de los derechos fundamentales, ya apoyándose en las normas que en su caso se contuvieran en el Derecho civil foral o especial aplicable, son muchas las sentencias civiles estimatorias de demandas contra los daños y perjuicios causados por el ruido y otras inmisiones.» A continuación, repasa la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, enfatizando la recepción de la jurisprudencia del TEDH, y la normativa, ya interna, ya comunitaria, respecto de las inmisiones sonoras. Los fundamentos de derecho que siguen resuelven los concretos motivos del recurso, a la luz de este marco normativo y jurisprudencial, para acabar rebajando las indemnizaciones por daños materiales y morales solicitadas.

Transporte marítimo internacional (Interpretación de la doctrina del TJCE sobre los usos del comercio en la aceptación de cláusulas de sumisión a una determinada jurisdicción)

– STS (Sala Civil) de 5 de julio de 2007 (TOL1.113.023). Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Se discute la validez y eficacia de la cláusula de sumisión, contenida en el conocimiento de embarque que documentó el contrato de transporte marítimo internacional de mercancías celebrado por las partes; se trata de averiguar si responde al concepto de «uso» recogido en el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al que España se adhirió a través del Convenio de San Sebastián de 26 de mayo de 1989, y, más en concreto, si el uso debe serlo entre las partes en litigio en particular. La Sala efectúa un repaso de la jurisprudencia comunitaria en la materia, que a continuación se extracta. FJ 2.º: «[...] La cuestión a que se contrae la denuncia objeto del recurso de casación consiste en deter-

minar si, además de tales requisitos generales, se dan en el presente caso los específicos que, en orden a la forma de celebración del convenio atributivo de competencia, se especifican en la letra *c*) del apartado primero del referido art. 17, con arreglo al cual, el acuerdo de sumisión podrá celebrarse, en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes, en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

Para resolver la cuestión controvertida se ha de partir, ante todo, de los datos de carácter fáctico que se contienen en la sentencia recurrida. En ella, tal y como se ha señalado, se indica que la cláusula atributiva de la competencia, que no consta estar suscrita por el cargador, es conforme a los usos que en dicho comercio internacional son ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado, entendiéndose que existe un uso en el sector comercial considerado, según la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de febrero de 1997, asunto C-106/1995, cuando, en particular, los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos. Para el tribunal de instancia consta notoriamente la habitualidad de la incorporación de cláusulas de sumisión expresa en los conocimientos de embarque, del mismo modo que las partes en el contrato, comerciantes que actúan en el sector considerado, conocían o debían conocer dichos usos.

Para dar respuesta a la cuestión jurídica suscitada se ha de tomar como punto de partida que la norma convencional establece un régimen uniforme, en cuanto a la forma de expresión del consentimiento sobre el acuerdo de atribución de competencia que pretende garantizar su efectiva prestación: como señala el Informe Jenard sobre el Convenio de Bruselas, el objetivo de las reglas de forma del artículo 17 –cuyo antecedente legislativo se encuentra en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980–, es evitar que una cláusula de elección de foro pase desapercibida para una de las partes. Esta labor de control se confiere al Juez nacional: el Tribunal de Justicia Comunitario ha sido contundente al declarar que corresponde a ese Juez nacional apreciar, primero, si el contrato de referencia se encuadra en el comercio internacional, a los efectos de la aplicación de lo dispuesto en la letra *c*) del apartado primero del art. 17 del Convenio de Bruselas, y comprobar, en segundo lugar –y a los mismos efectos–, la existencia de un uso en el sector del comercio internacional en el que operan las partes en litigio –SSTJCE 20 de febrero de 1997, asunto C-106/95, MSG, y de 16 de marzo de 1999, asunto C-159/97, Castelleti–. El propio Tribunal comunitario ha elaborado el concepto de “uso”, a los efectos de la aplicación del citado precepto, y ha considerado que existe un uso en el sector comercial considerado cuando, en particular, los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos –SSTJCE 20 de febrero de 1997, asunto C-106/95, MSG, y de 16 de marzo de 1999, asunto C-159/97, Castelleti–. Y ha añadido que no es necesario que dicho comportamiento esté acreditado en determinados países, ni, en particular, en todos los Estados contratantes. El hecho de que los operadores de países que ocupan una posición preponderante, en el sector del comercio internacional de que se trata, observen de modo general y regular cierta práctica puede constituir un indicio que facilita la prueba del uso, si

bien el criterio decisivo sigue siendo el de si los operadores del sector del comercio internacional en el que las partes contratantes ejercen su actividad siguen o no el comportamiento de que se trata de modo general y regular –STJCE de 16 de marzo de 1999, asunto C-159/97, *Castelleti*–.

De todo ello se deduce que para que el uso al que se acomoda la forma de inclusión del acuerdo de elección del foro tenga virtualidad para atribuir validez y eficacia a éste es preciso que, desde luego, sea conocido o deba serlo por las partes en la relación jurídica concreta, pero, al tiempo, es necesario que sea ampliamente conocido por los operadores en el sector comercial considerado y regularmente observado por éstos, y no necesariamente por las partes de la relación jurídica, en los contratos del mismo tipo en dicho sector comercial. Es esta la interpretación que mejor se ajusta a los rasgos que definen la existencia de un uso según la doctrina del Tribunal de Justicia Comunitario, y que se impone desde la lógica de los términos en que está redactado el precepto, pues si se predica el requisito de la regular observancia del uso respecto de las partes de la concreta relación jurídica huelga, por innecesario, el requisito de su conocimiento por éstas, consustancial a su observancia regular. [...] Lo contrario sería tanto como identificar el uso comercial con los hábitos que hubieren establecido las partes entre ellas en sus relaciones comerciales, que por sí mismos constituyen un criterio de validez y eficacia de la forma del acuerdo de elección del foro, contemplado en la letra *b*) del apartado primero del art. 17 del Convenio; y sería tanto como circunscribir la operatividad de la regla a los usos particulares, y limitar la eficacia del uso, a estos efectos, a los casos en que hubiera sido observado con anterioridad por las partes de la concreta relación jurídica, negando virtualidad a su observancia por vez primera, fundamentalmente por quien no es predisponente de la cláusula de sumisión, a lo que se añade el problema práctico, que se dará en no pocas situaciones, de la dificultad de acreditar la regular observancia del uso por aquel a quien se opone su existencia. Y, en fin, la interpretación que se hace de la norma es plenamente respetuosa con su finalidad, pues permite garantizar que la cláusula no pase desapercibida para las partes, y asegura la presencia del efectivo consentimiento de los intervinientes en la relación jurídica sobre el acuerdo de elección del foro.

Paralelamente, la expresión “sector comercial considerado” no puede ser interpretada en el sentido de atender al específico tráfico o a la concreta actividad que constituye el objeto de la relación jurídica litigiosa, sino que ha de estarse al género en donde se incluye ese específico tráfico o actividad. Así, basta con atender, a los efectos de la forma prevista en la letra *c*) del primer apartado del art. 17 del Convenio, al ámbito del comercio, definido por la clase de relación jurídica y las circunstancias que la modalizan, en que se desarrolla la relación comercial internacional entre las partes, de manera que, si como aquí sucede, ésta se traduce en un contrato de transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, será éste, independientemente del objeto del transporte y del espacio geográfico en que se desenvuelva, el sector comercial afectado al que habrá de estarse para comprobar la regular observancia de la práctica que conforma el uso al que ha de ajustarse la forma de celebración del convenio atributivo de competencia, al no haber constancia de que el objeto del transporte o su ámbito geográfico caractericen singularmente la relación jurídica. [...] No resultan óbice para las anteriores conclusiones las declaraciones contenidas en las Sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1984 –asunto 71/83, *Tilly Russ*– y de 16 de marzo de 1999 –asunto “*Castelleti*” –que la parte recurrente extracta en su escrito de recurso, ni tampoco los argumentos recogidos en las Conclusiones del Abogado General en dicho asunto, pues tanto en él como en el

asunto “Tilly Russ” se examinaban y se daba respuesta a unas cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del art. 17 del Convenio, tal y como estaba redactado con anterioridad al Convenio de San Sebastián, y, por lo tanto, limitadas a la interpretación de los requisitos relativos a la constancia escrita o verbal del consentimiento y a la habitualidad de las relaciones comerciales –asunto “Tilly Russ”–, así como a la existencia y conocimiento, o posibilidad de conocimiento por las partes del uso conforme al cual se ajustaba la forma de celebración del acuerdo de elección del foro –asunto “Castelleti”–, en que se resumían los requisitos establecidos por el citado artículo, en la redacción vigente y aplicable a los casos considerados en las señaladas sentencias.»

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Cláusulas abusivas: sumisión a arbitraje

– AA AP Madrid (Sección 21) de 19 de junio de 2007 (JUR 2007/258431 y 258515). Ponente: Guillermo Ripoll Olazábal. Se declara la nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje en el momento en que se solicita la ejecución del laudo, siguiendo el criterio marcado por el AAP Madrid (Sección 21) de 24 de mayo de 2007 (JUR 2007/247022) en el que fue ponente María Almudena Cánovas del Castillo Pascual (los autos que la siguieron reproducen sus FJ 2 a 4) y al que también se había sumado el AAP Madrid (Sección 21) de 12 de junio de 2007 (JUR 2007/259035) Ponente: Ramón Belo González. FJ 2.º: «El tema que se discute en el presente recurso es el de si es posible, cuando se solicita la ejecución de un laudo arbitral, –y más allá de analizar ante tal pretensión si concurren los requisitos procesales y presupuestos formales para despachar la misma–, el examen de oficio de la validez del pacto o convenio en virtud del cual se sometieron a arbitraje las partes, cuando ninguna de ellas hizo uso del recurso de anulación del laudo dictado que regulan los arts. 40 y siguientes de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre.

Esta cuestión, sumamente discutida y debatida en nuestros tribunales, ha venido dando lugar a la adopción por los mismos de resoluciones en parte contradictorias, siendo el criterio mantenido por esta Sala, hasta el momento, el de denegar la posibilidad del examen de oficio de la validez del pacto por el que las partes decidieron someter a arbitraje sus diferencias, cuando se pedía la ejecución de un laudo.

Si bien es cierto que la discusión planteada dejará de tener cualquier tipo de interés una vez han entrado en vigor las previsiones contenidas en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, vista la nueva redacción que la misma da, entre otros preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al art. 31.4 de la misma, no obstante entendemos que nuestro criterio debe ser modificado, y ello teniendo en cuenta, por una parte, el ámbito de la defensa de los consumidores y usuarios en la Unión Europea, al amparo de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, y, por otra parte, la interpretación y evolución en el ámbito de la protección de los consumidores que se ha venido observando, conforme a dicha normativa, en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En efecto, sobre la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto a los profesionales, tanto en lo referido a la capacidad de negociación, como en cuanto al nivel de información del mismo, lo que le lleva a adherirse a condiciones redactadas de antemano por el profesional sin

poder influir en su contenido, el Tribunal de Justicia ha venido manteniendo que esta situación de desequilibrio sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes en litigio, considerando el Tribunal que un medio idóneo para impedir que un consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva es que el Juez nacional pueda examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, conforme se mantuvo por él mismo en la sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores C-240/98 a C-244/98, así como en la sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis C-473/00, indicándose en estas resoluciones que esta facultad del Juez (de apreciación de oficio de una cláusula abusiva) es necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva de sus derechos, teniendo en cuenta que éste en ocasiones puede desconocer los mismos, o puede que encuentre dificultades para ejercerlos.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia en sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, en petición de decisión prejudicial planteada por esta misma Sala de la Audiencia Provincial a aquél, referida a si era posible la apreciación de oficio por el órgano judicial que conoce de un recurso de anulación de un laudo arbitral, del carácter abusivo de la cláusula en la que se convino aquél, aun cuando no hubiera sido alegada tal cuestión en el procedimiento arbitral, indicó que las previsiones del art. 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE al establecer que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional no vinculan al consumidor, lo que trata es de establecer un equilibrio real entre las partes en un contrato, tomando esencialmente en consideración la inferioridad en que se encuentra una de ellas, siendo la naturaleza e importancia del interés público en que se basa la protección otorgada por la Directiva a los consumidores, la que justifica que el Juez pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, para subsanar el desequilibrio existente entre consumidor y profesional, siendo por ello que determinó que un órgano jurisdiccional que conociera de un recurso de anulación de un laudo arbitral, podía apreciar de oficio la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estimara que dicho convenio arbitral contenía cláusula abusiva, y ello aún cuando el consumidor no hubiera alegado tal cuestión en el procedimiento arbitral.» El mismo criterio se aplica ante la solicitud de ejecución del laudo.

Concepto de consumidor

– AAP Madrid (Sección 21) de 12 de junio de 2007 (JUR 2007/259019). Ponente: Ramón Belo González. Se desestima la posibilidad de declarar la nulidad por abusiva de la cláusula de sumisión expresa a los tribunales de una determinada localidad por ser la parte a quien beneficiaría tal declaración una persona jurídica y quedar, por tanto, al margen del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CE y no serle de aplicación, en el sentir del Tribunal, la jurisprudencia del TJCE relativa a la posibilidad de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados con consumidores. El razonamiento se encuentra en el FJ 3.º: «Es de reseñar que, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se sostiene, en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo, del Pleno de 27 de junio de 2000 en los asuntos C-240/1998, C-241/1998, C-242/1998, C-243/1998 y C-244/1998 acumulados, de la Sala Quinta de 21 de noviem-

bre de 2002 en el asunto C-473/2000 y de la Sala Primera de 26 de octubre de 2006 en el asunto C-168/2005 que el juez nacional debe apreciar “de oficio” el carácter abusivo de una cláusula contractual (aunque no fuera ni invocado el carácter abusivo por el demandado) para, de ese modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

Pero esa doctrina jurisprudencial europea no es de aplicación al presente caso, pues la Directiva excluye del concepto de consumidor a las personas jurídicas (así se dice en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo de 22 de noviembre de 2001 en los asuntos acumulados C-541/1999, C-542/1999) y aunque la Directiva es de mínimos, ello lo es a los efectos de los derechos que concede (pueden concederse más en los Derechos nacionales) pero no respecto de su ámbito de aplicación (quedan fuera de la Directiva las personas jurídicas). - En el presente caso nos encontramos ante una persona jurídica que, a los efectos de la Directiva, no es consumidor, por lo que no le es de aplicación la doctrina jurisprudencial europea reseñada.»

Defensa de la competencia

– SAP Valencia (Sección 9) de 16 de mayo de 2007 (TOL1.133.284). Ponente: Gonzalo Caruana Font de Mora. De conformidad con la doctrina sentada por el TJCE en su sentencia de 27 septiembre de 1988 (caso Wood Pulp), se estima que no es óbice a la aplicabilidad de la Ley de Competencia Desleal el hecho de que la demandada no tenga domicilio en España; lo que importa es que el lugar de puesta en práctica del acto comercial, que en este caso es el mercado español (FJ 3.º).

Propiedad industrial

– SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 28 de junio de 2007 (TOL1.143.563). Ponente: Ignacio Sancho Gargallo. Se recuerda la jurisprudencia nacional, receptora de la emanada del TJCE, respecto del concepto de «riesgo de confusión» entre distintas marcas. FJ 4.º: «Como recuerda la STS de 10 de mayo de 2004, y esta misma sala en la sentencia de 27 de mayo de 2005, con la entrada en vigor de la Primera Directiva del Consejo (89/104/CEE, de 21 de diciembre de 1988), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, el concepto de riesgo de confusión ha pasado a ser un concepto de Derecho Comunitario. Se trata, por tanto, de un concepto normado para cuya apreciación han sido marcadas por el TJCE diversas pautas [entre otras, SSTJCE 11 de noviembre de 1997 (Sabel c. Puma); 28 de septiembre de 1998 (Canon c. MGM) y 22 de junio de 1999 (Lloyd c. Klijsen)], señalando ante todo que el riesgo de confusión comprende el riesgo de asociación (art. 4.1.b de la Directiva 89/104/CEE), esto es, la suposición equivocada de que el producto procede de empresas que, si bien son diferentes, pertenecen a una misma estructura u organización global común, o están vinculadas por algún tipo de concierto jurídico o económico. Esta doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades puede sintetizarse, según exponíamos en la sentencia de 27 de mayo de 2005, en los siguientes puntos: a) el riesgo de confusión (en el sentido del art. 4.1.b y art. 5.1.b de la DM), que constituye la condición específica de la protección, existe cuando el público puede creer que los productos o servicios proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas económicamente; b) la exis-

tencia del riesgo de confusión debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del caso concreto que sean pertinentes; depende, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado, de la asociación que puede hacerse de ella con el signo utilizado o solicitado (léase “registrado”), del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados; *c*) en la valoración global de tales factores ha de buscarse un cierto nivel de compensación, dada la interdependencia entre los mismos, y en particular entre la similitud de las marcas y la existente entre los productos o los servicios designados. Así, un bajo grado de similitud entre los productos o los servicios designados puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre las marcas, y a la inversa; *d*) las marcas que tienen un elevado carácter distintivo, bien intrínseco, o bien gracias a lo conocidas que son en el mercado, disfrutan de una mayor protección que las marcas cuyo carácter distintivo es menor. Es decir, las marcas notorias y las renombradas deben gozar de una protección reforzada; *e*) al valorar el grado de semejanza entre las marcas se ha de atender no sólo a la similitud fonética entre los signos, también a la semejanza gráfica y conceptual, y su apreciación ha de basarse en la impresión de conjunto producida por éstas, teniendo en cuenta, en particular, sus elementos distintivos y dominantes, pues el consumidor medio normalmente percibe una marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar.» En el fundamento de derecho quinto se comparan en concreto las dos marcas en liza.

Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones

BUSSANI, Mauro (ed.), *European Tort Law. Eastern and Western Perspectives*, Berna, Stämpfli Publishers, 379 pp. ISBN 3-7272-2642-0

Dentro del proceso codificador del derecho privado europeo, la armonización de las reglas relativas al derecho de daños ocupa un lugar destacado. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el derecho de contratos, materia en la que la elaboración de unos principios ya es una firme realidad, y no sólo a nivel europeo, en el derecho de daños el proceso ha ido con un cierto retraso, explicable por varios factores. Por un lado, las evidentes diferencias entre sistemas jurídicos, diferencias que no se dan únicamente entre las dos grandes familias del *common* y del *civil law*, sino también entre los derechos de este último sistema; efectivamente, observamos pocas similitudes, por ejemplo, entre el derecho francés y el alemán, tanto en aspectos sustantivos, como en el detalle o número de artículos que los respectivos códigos dedican a la regulación del derecho de daños. A ello se une, además, la disparidad de concepciones sobre conceptos tan básicos como el modelo de conducta, la relación de causalidad o el interés protegido.

En los últimos diez años se han acentuado los trabajos para la elaboración de unos principios de derecho de daños europeo, que han dado lugar a la formulación, por parte de dos grupos de trabajo, de sendas propuestas, la del *Study Group on a European Civil Code* (diciembre 2005), y la del *European Group on Tort Law* (el anteriormente denominado *Tilburg Group*), que publicó en el año 2005 unos *Principles of European Tort Law*, comentados.

En el marco de tal proceso codificador, los días 23 y 24 de abril de 2004 se celebró en Trieste el Congreso *East & West in the European Tort Law Perspective*; las ponencias que en él se presentaron constituyen el contenido de la obra que recensionamos, editada por Mauro Bussani, quien fue a su vez el director del Congreso.

El libro *European Tort Law. Eastern and Western Perspectives* es imprescindible para comprender el proceso codificador europeo del derecho de daños, y los problemas que suscita. La obra contiene una serie de valiosas contribuciones, que pueden clasificarse en tres grupos:

a) Un primer grupo de trabajos aborda la problemática que plantea la formulación de Derecho Europeo de Daños, y el estado en que se hallan las propuestas al respecto. Son de destacar los capítulos dedicados a «The State of the Art of European Tort Law» (Nils Jansen), «Towards a European Tort Law» (Ewoud Hondius), «The Torts Provisions of the Study Group on a European Civil Code» (John Blackie), y «The Economics of Legal Harmonization in European Tort Law» (Francesco Parisi).

b) Otros capítulos se ocupan de diversos modelos nacionales: el italiano, a cargo de Guido Alpa, el austriaco, elaborado por Willibald Posch, y el suizo, por Franz Verro; en este último se alude a una reciente propuesta de reforma del derecho suizo de daños, publicada en el año 2000, que se encuen-

tra actualmente en *stand by*, pero que ha servido de fuente de inspiración de los *Principles of European Tort Law*.

c) Finalmente, la parte que más llama la atención, y que contribuye a dar peculiaridad a la obra, es la dedicada al análisis del resarcimiento por el puro daño económico en algunos Estados del Este de Europa, en concreto Croacia (Igor Gliha, Marko Baretic y Sasa Niksic), Chequia (Lubos Tichy) y Hungría (Attila Menyhard). El estudio del derecho de daños en estos países se justifica por su pasado económico político, en el que, durante años, el concepto de puro daño económico ha sido incompatible con el régimen económico socialista. El desarrollo de la idea de puro daño económico en los países del Este es todavía embrionario e incierto, por lo que aparece como interesante el análisis del desarrollo de estos sistemas legislativos, para apreciar la influencia que ha tenido la transición hacia la nueva economía y la integración en Europa. Sin olvidar que esta integración en la Comunidad Europea obliga también a tener en cuenta la tradición de estos países para la formulación de toda propuesta armonizadora del derecho de daños.

En definitiva, por la temática tratada, y por la categoría de los autores, se trata de una obra altamente recomendable tanto para los estudiosos del derecho de daños, como para los observadores del proceso codificador del derecho privado europeo.

Esteve BOSCH CAPDEVILA
Universitat Rovira i Virgili

BRAAT Bente, *Indépendance et interdépendance patrimoniales des époux dans le régime matrimonial légal des droits français, néerlandais et suisse*, Berna, Ed. Staempfli, 2004, 496 pp. ISBN 3-7272-2164-X.

En estos momentos en los que la Comisión Europea ha lanzado un Libro verde acerca de los regímenes matrimoniales (Libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo [COM (2006) 400] hay que celebrar la oportunidad de la tesis doctoral que Bente Braat realizó bajo la dirección de la Profra. Katharina Boele-Woelki, quien es a su vez presidenta de la Comisión Europea para el Derecho de Familia (CEFL) y su publicación por la editorial suiza Staempfli.

La delimitación del objeto de la investigación y la elección del método de investigación es en toda tesis una cuestión fundamental: En una materia tan compleja y amplia como el estudio de las relaciones patrimoniales entre esposos reviste una especial relevancia. La autora justifica de manera convincente sus puntos de partida. Ceñirse al régimen económico legal resulta, en efecto, oportuno, no sólo porque se trata del mayoritario entre la población, sino también porque se trata del régimen que el legislador considera mejor adaptado a la mayoría de parejas casadas. La elección de los sistemas jurídicos francés, suizo y holandés se explica en parte por la formación de la autora que, después de licenciarse en Derecho en la Universidad de Estrasburgo, ocupa un puesto de ayudante en la Universidad de Utrecht donde se ha formado en el Derecho comparado de la familia. Como ocurre en todos los trabajos de Derecho comparado los conocimientos lingüísticos y la formación del autor son un condicionante inevitable. Los Derechos suizo, francés y holandés son además de especial interés desde un punto de vista objetivo.

Tanto Suiza como Francia realizaron reformas importantes en la década de los ochenta y por lo que respecta al Derecho neerlandés destaca que se trata de un ordenamiento que se halla en pleno proceso de reforma. Se trata, por tanto, de sistemas en los que el régimen económico matrimonial es un tema «vivo» con abundantes y recientes aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que la autora recoge con gran amplitud.

El método de investigación es funcional y como en todo estudio comparativo riguroso, después de señalar en qué puntos convergen o divergen los sistemas estudiados se efectúa una evaluación. Se trata de determinar cuál de las soluciones halladas encuentra un mejor equilibrio entre los criterios de independencia e interdependencia. Dichos criterios, que equivaldrían a los de autonomía y solidaridad, caracterizan, según la autora, al concepto moderno de matrimonio. Destaca en este punto la referencia a numerosos estudios sociológicos sobre la institución matrimonial. Dichos estudios ponen de relieve que al abordar las relaciones patrimoniales entre cónyuges no se puede prescindir de tener en cuenta el desigual rol de hombres y mujeres sobre todo en cuanto las parejas tienen descendencia.

El esquema del trabajo es clásicamente francés. Tiene, por consiguiente, dos partes, la primera dedicada a aquellas cuestiones en las que predomina el criterio de la interdependencia y la segunda a aquellos aspectos en los que se justifica una mayor preponderancia del criterio de la independencia. Cada una de dichas partes se subdivide a su vez en dos títulos.

El título I de la Primera parte estudia la responsabilidad solidaria respecto a las deudas contraídas para atender a las necesidades ordinarias de la familia, la obligación de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas familiares y la protección del domicilio conyugal y los muebles de uso ordinario de la familia. Se estudian los orígenes de la solidaridad y su fundamento lo que pone de relieve que la regla ha ido perdiendo su razón de ser. El contenido de la regla y sus límites se ilustran de manera muy detallada a través de ejemplos concretos. Por lo que respecta a la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio son interesantes las diferencias que se descubren en la delimitación del contenido de dichas cargas. Respecto al modo de contribución son asimismo numerosas las páginas que la autora dedica a la contribución mediante la realización de trabajo doméstico. Se critica en este punto la posición del Derecho holandés que solo permite el pago dinerario, posición que se justifica dentro de dicho ordenamiento por las dificultades de cálculo que plantea el pago a través del trabajo doméstico. Se analiza por consiguiente con especial atención cómo abordan esta cuestión el Derecho francés y suizo. El análisis de la protección del domicilio conyugal demuestra que si bien todos estos ordenamientos brindan una especial protección al domicilio conyugal divergen en cuanto se desciende al detalle. Cuando el domicilio conyugal es simultáneamente el lugar en el que uno de los cónyuges realiza su actividad profesional, prima la libertad de dicho cónyuge en el Derecho francés mientras que según los Derechos suizo y holandés prepondera la consideración del local mixto como domicilio de la familia. La autora analiza con profundidad el tratamiento jurídico de las transacciones relativas al domicilio conyugal. Descubre en este punto que si bien la sanción por la falta de consentimiento del cónyuge del disponente es en todos los sistemas la nulidad del acto, hay importantes diferencias respecto a los plazos para solicitar la anulación así como en relación a los efectos de la misma respecto al tercero que de manera certera se relacionan con los distintos modos de adquisición de la propiedad y la normativa registral. Aquí como en otros puntos del trabajo se revela la dificultad del mismo pues el análisis

necesariamente requiere la consideración de ámbitos jurídicos distintos al que constituye su objeto principal.

El título II de la Primera parte se adentra en el contenido del régimen económico legal con el objetivo de verificar si predomina o no el criterio de la interdependencia en la adscripción de los bienes a los esposos. A fin de realizar la comparación la autora elabora un concepto propio, la noción de prosperidad, que se refiere a la sociedad creada por los Derechos francés y holandés y al valor de la participación que otorga el Derecho suizo, esto es, al conjunto de bienes asociados a los cónyuges. La noción de prosperidad permite comparar regímenes económicos de naturaleza distinta y hallar puntos de convergencia

La Segunda parte del trabajo se dedica a la independencia, en un primer título por lo que respecta a la determinación de la «prosperidad» y a las reglas de gestión, y en un segundo a la independencia profesional. El título I pone de manifiesto importantes diferencias entre los ordenamientos estudiados por lo que respecta a los bienes privativos de los esposos. El régimen legal holandés establece una comunidad sobre todos los bienes presentes y futuros en el momento en el que se contrae matrimonio, mientras que Suiza establece una separación total de las masas y Francia opta por una posición intermedia. Hay, en cambio, mayor convergencia por lo que respecta a la gestión de los bienes privativos pues los tres ordenamientos estudiados optan por la autonomía de gestión, aunque se detectan diferencias respecto a los límites que se establecen con la finalidad de salvaguardar los intereses de la familia. El título II de la Segunda parte se ocupa de la autonomía profesional de los esposos. Explica el origen histórico y el contenido de la libertad profesional y las distintas medidas que la garantizan.

El trabajo que reseñamos es un trabajo sobre una materia especialmente difícil que se aborda con seriedad y buen método y se resuelve con solvencia. Es especialmente destacable la claridad expositiva de la autora que no puede ser sino reflejo de su claridad de pensamiento. Destaca además el espíritu europeo del trabajo. La autora pretende proporcionar ideas para un futuro Derecho europeo de la familia y las recoge en sus Conclusiones. Ello ha sido reconocido por la Comunidad Europea pues Bente Braat es una de las personas que forma parte de la Comisión de Expertos que se ha creado para trabajar sobre las relaciones patrimoniales entre cónyuges [Grupo de expertos sobre efectos patrimoniales del matrimonio y otras formas de unión, sucesiones y testamentos en la Unión Europea (PRM -III/IV), *DOUE* C 51/3 de 1.3.2006]. La lectura es, por tanto, especialmente recomendable para todos los interesados en el Derecho europeo de la familia.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
Universitat de Barcelona

MELLER-HANNICH, Caroline, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht. Private Freiheit und staatliche Ordnung*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2005, XVII, 345 S. 89 €. ISBN 3-16-148726-5*.

A diferencia de España, que junto a una ley general de protección a los consumidores (en parte reformada para acoger algunas Directivas comunitarias) y otras normas especiales independientes que la acompañan, y de Fran-

* La reseña fue publicada en alemán en 2 (2007) GPR 86 y se publica ahora en castellano con el permiso de la editorial Sellier.

cia o Italia, que han elaborado códigos sectoriales de consumo, Alemania, optó, tras la reforma llevada a cabo por la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, por integrar en el BGB la disciplina del Derecho del consumo y, además, por generalizar alguna de sus reglas. Todo ello demuestra la voluntad de integración del Derecho del consumo en el Derecho civil de general aplicación. Con razón. Y ello por dos motivos: *a)* porque ser consumidor no equivale a tener una condición o *status* especial que necesite protección permanente, sino que sólo la obtiene quien, con fines privados, celebra con un empresario ciertos contratos, o lo hace en situaciones concretas, o utilizando determinadas técnicas; y *b)* porque la función de los códigos civiles es abarcar el Derecho patrimonial en su conjunto y de este último los contratos de consumo son un exponente claro.

Las líneas precedentes sirven para introducir al lector el libro de que ahora se da noticia, que trata de la compatibilidad entre el Derecho general de obligaciones y el Derecho de contratos de consumo. Su autora plantea el análisis de este último como un paso más en la evolución hacia la materialización de la libertad contractual de la que, por otra parte, se encuentran importantes ejemplos en el Derecho general de Obligaciones. La tesis de Meller-Hannich es que es posible encontrar una coherencia que permita la construcción de un ordenamiento contractual unitario, en el que se combinen la libertad de los particulares para configurar el contenido del contrato y el deber del Estado de proveer al orden social (*staatliche Ordnungsaufgabe*). Para ello, es fundamental recordar la distinción entre libertad de contratación formal y material, que es la que sirve de punto de partida para dejar sentado sobre qué bases y requisitos es posible otorgar fuerza vinculante a lo pactado por los contratantes. O dicho de otra manera, sirve para explicar cómo y con qué instrumentos reacciona el Derecho civil para garantizar la justicia y la libertad material en la contratación. La conclusión es, naturalmente, que la libertad contractual no es absoluta. El Derecho de consumo nacional, que debe ser interpretado de acuerdo con el europeo, parte de esa misma necesidad de asegurar la justicia material y la libertad de decisión para obligarse y ello, de nuevo, explica las restricciones: derecho de desistimiento, deberes de información, normas de carácter imperativo, límites a la posibilidad de configuración del contenido del contrato. Vistas así las cosas, no hay ruptura con el Derecho general de obligaciones, sino más bien integración armónica del Derecho de consumo en la teoría general del Derecho de contratos. La autora se ocupa además de los aspectos procesales de la protección del consumidor, lo que supone abandonar la tradicional tutela procesal individual —que tampoco se excluye (art. 7 *i.f.* Directiva 98/27)—, en beneficio de una tutela procesal plural o colectiva llevada a cabo por asociaciones o entidades que litigan en representación de los afectados. Ello es más eficiente y redundante en el interés público.

A un lector español le es difícil valorar el impacto de las tesis de Meller-Hannich en la doctrina alemana, pero, por el contrario, sí que puede constatar como muy meritorio el intento de construcción de una teoría unitaria del contrato, sobre todo porque el Derecho contractual de consumo español todavía es generalmente percibido como un Derecho específico con un régimen particular que no siempre encuentra buen acomodo en el Derecho civil tradicional. Esa es, justamente, la tesis que de manera convincente combate Meller-Hannich.

Esther ARROYO AMAYUELAS
Universitat de Barcelona

RODOTTÀ, Stefano, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 4 ed., 2007, 285 pp. ISBN 9788807103926.

El libro no pertenece a un género clásico de la literatura jurídica: No se trata ni de un manual, ni de una monografía, ni de una recopilación de artículos, ni siquiera de una compilación de casos y materiales. Se trata de una reflexión general sobre los límites del Derecho. Por eso, tampoco el libro se presta a ser catalogado en alguno de los ámbitos típicos por los que se interesa el jurista, ya sea práctico o teórico. No es una obra ni de Derecho público, ni de Derecho privado, Derecho comparado o filosofía del Derecho; más bien el libro aspira a ser una obra unitaria y transversal en todos estos ámbitos del saber jurídico. El autor nos ofrece una amplia reflexión sobre los límites del Derecho en la sociedad actual. Tampoco el lenguaje es al que está acostumbrado el jurista, técnico y mesurado. Es más bien metafórico, casi lírico.

Para comprender la originalidad de la obra es necesario presentar su estructura. Los capítulos se presentan divididos de la forma siguiente: el cuerpo; la soledad; la donación; el destino; los genes; el clon; el dolor; el cuidado; el fin. Finalmente, el último capítulo se refiere al proceso (entendido, bien como «proceso» de control social, bien como mecánica del «proceso»). Está dedicado a la memoria de Pier Paolo Pasolini (importante artista y pensador italiano, fallecido en circunstancias trágicas en 1975).

El interrogante que el autor se plantea en las páginas iniciales es muy amplio: ¿debe la sociedad resignarse a permanecer recluida «*nella gabbia d'acciaio di una onnipresente e pervasiva dimensione giuridica*»? En otras palabras: ¿dónde están los límites entre lo que es jurídico y lo que no lo es (tal y como sugiere el título)?

Las reflexiones de Rodottà tratan de ofrecer argumentos dirigidos a hacer ver la inadecuación de la dimensión jurídica tradicional para entender la vida cotidiana: el deslizamiento progresivo del *sujeto* hacia la *persona*, de lo *abstracto* a lo *real* (pp. 25 ss). La abstracción aleja al derecho de la vida, impone una reducción de la dimensión jurídica, que sólo es relevante si va acompañada del atributo de la patrimonialidad y, por tanto, excluye todo lo que no pertenece o no puede reducirse a un dato puramente económico. La revancha de la vida comienza cuando se abandona el enfoque centrado en el *homo economicus* y se adopta una visión que considera a la persona y sus derechos fundamentales como algo integrado en un sistema de valores.

Son muchos los temas que se afrontan desde una perspectiva comparada y, sobre todo, a base de confrontar el sistema jurídico estadounidense con los sistemas jurídicos nacionales europeos y con los ordenamientos jurídicos supranacionales de la Unión europea o del Consejo de Europa (y a veces refiriéndose a la situación en China o en la India): la identidad de la persona, pasando por las cuestiones relacionadas con el cambio de sexo, los trasplantes, los implantes en el cuerpo humano (de microchips), la clonación; el alcance de la *privacy* y de la capacidad de manejar la información relativa a la persona; las formas y técnicas de gobierno del destino, entendido como acontecimiento susceptible de ser controlado y de posibilitar determinadas decisiones (diagnóstico prenatal, diagnóstico para evitar la transmisión de enfermedades genéticas, derecho a un patrimonio genético no manipulado); el principio general de prohibición de todo tipo de discriminación y, por tanto, también la derivada de la carga genética; el alcance de la dignidad de la persona y el encarnizamiento terapéutico, el derecho a una muerte digna o, simplemente, el derecho a morir (sin más especificaciones) y la cuestión de los

llamados testamentos biológicos; el pleno desarrollo de la personalidad y el cuidado de los hijos, de personas discapacitadas, de ancianos (entendido como proyección social de la personalidad), etc., así como otros aspectos relativos a la *medical malpractice*.

El método de análisis comparte con la ciencia del Derecho comparado el tema fundamental de por qué el Derecho no puede limitarse solamente a la norma escrita y mucho menos a conceptos edificados en torno a la misma, sino que debe ser observado en toda su complejidad, tomando en consideración la jurisprudencia, las prácticas contractuales, el *law in action*, la interpretación progresiva de la constitución, los diversos componentes formales e informales, la dialéctica entre las fuerzas representadas por los intereses profesionales y los valores en que se reconocen los ciudadanos. En definitiva, lo que Rodottà exige es un derecho «*flessibile e leggero*» (p. 58), un derecho «*diffuso e mobile*» (p. 60), que sale al encuentro de la sociedad, que promueve la autonomía y el respeto recíproco, que aviva la creación de principios comunes y globales para evitar, en primer lugar, la explotación de la persona (p. 59). Ello puede sorprender al lector, puesto que el autor no sólo es *Professore ordinario di Diritto civile* en «*La Sapienza*» en Roma, sino que, además, ha sido Presidente del *Garante per la protezione dei dati personali* italiano y, por tanto, ha trabajado con el Derecho «duro» representado fundamentalmente por la norma jurídica.

Barbara PASA
Università di Torino

SCHIEK, Dagmar (dir.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, München, Sellier. European Law Publishers, 2007, 543 pp. ISBN 978-3-935808-70-5.

El comentario a la ley alemana de igualdad de trato de 14 de agosto de 2006 (BGBl, I, p. 1897) ya modificada el 2 de diciembre de 2006 (BGBl, I, p. 2742), que el lector tiene ante sí, es uno de los mejores trabajos que se han escrito sobre esta norma. En él se analiza, de forma exhaustiva, cada uno de sus preceptos aportándose no sólo bibliografía germana sino también comparada. Asimismo cada comentario va precedido por una referencia a las Directivas que se han incorporado, en su caso, al derecho internacional que existe en esta materia y, finalmente, se ponen de relieve las normas constitucionales afectadas.

La Profesora Dagmar Schiek, que es quien dirige el comentario, es una experta conocedora de esta materia no sólo en Alemania sino también en el mundo anglosajón. Junto a ella colaboran otros expertos como las Dras. Eva Kocher, Silke R. Laskowski, Marlene Schmidt y el Dr. Felix Welti. Todos ellos son especialistas de la materia que comentan. Así, la directora del trabajo comenta los preceptos destinados a dar los conceptos y a regular el principio de igualdad de trato en el derecho civil. Por su parte, las Dras. Eva Kocher y Marlene Schmidt comentan la parte dedicada a la aplicación del principio de igualdad de trato en el ámbito laboral. El Dr. Felix Welti estudia la aplicación de este principio en el derecho público, concretamente en el ámbito funcional y la Dra. Silke R. Laskowski se refiere a la aplicación del principio de igualdad de trato en el ámbito de las organizaciones y consejos de admi-

nistración. Al final del comentario varios anexos (pp. 451 ss), con las Directivas que se han incorporado mediante esta Ley, completa el trabajo (Directiva 2000/43/CE, 2000/78/CE, 76/207/CEE, 2004/113/CE, 2006/54/CE).

El estudio que se hace, a lo largo de sus 543 páginas, es realmente minucioso y detallado. En él se analizan con rigor cada una de las expresiones que ha utilizado el legislador alemán al incorporar las normas comunitarias. A título de ejemplo, se analizan cuestiones tales como el concepto de «*Massengeschäfte*» y de «*Beinahe-Massengeschäfte*» (p. 329), o el concepto de «trabajador» (pp. 178 ss), o se estudia la relación entre el principio de no discriminación y el de libertad contractual (pp. 317 ss). Se presenta el estudio de este principio desde el análisis económico del derecho sin olvidar, en este particular, las enseñanzas de la *School of Law & Economics* (pp. 48 ss). El libro que presentamos contiene una introducción, del todo necesaria, en la que se establecen los fundamentos del denominado *derecho antidiscriminatorio*. En efecto, se explica el origen de la AGG, su estructura así como las reglas de interpretación y aplicación de la misma. Después se procede a relacionar el principio de igualdad con los derechos humanos, en el seno de la Europa unida y se establecen las finalidades que se persiguen al publicar normas en esta parcela del derecho.

El comentario adolece, en nuestra opinión, de cierta falta de espíritu crítico. Quizá esta ausencia se justifique por la finalidad perseguida (y conseguida) de los autores de hacer una presentación comentada de la ley lo más exhaustiva posible, que tuvo la virtualidad de ser la primera obra que, sobre esta ley, aparecía en el mercado del libro alemán.

Es una iniciativa la de la Profesora Dagmar Schiek que debería seguirse en nuestro país. Un comentario exhaustivo de nuestra *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (BOE, núm. 71, de 23 de marzo de 2007) desde una perspectiva interdisciplinar, la misma que la ley acoge, estaría más que justificado, lo que permitiría analizar el principio de igualdad de trato en toda su extensión jurídica.

Susana NAVAS NAVARRO
Universitat Autònoma de Barcelona

SCHULZE, Reiner (ed.), *New Features in Contract Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, 439 pp. ISBN 978-3-86653-036-2

El origen del presente libro se sitúa en dos eventos de carácter académico: por un lado, el que tuvo lugar en el *Centre for European Private Law* de la *Westfälische Wilhelm Universität Münster*, bajo el mismo nombre que da título al libro; y, por otro, el acto de clausura del trabajo llevado a cabo por la red de investigación *Uniform Terminology for European Private Law**.

El adjetivo «European» quizás debería haberse añadido al título, omisión que se justifica porque, si bien la mayoría de las contribuciones versan sobre el Derecho contractual europeo, con especial referencia al *Common Frame of Reference* (vid. a este propósito Beale, H.: «The Common Frame of Reference in general-a resumé of the current status») algunas van más allá de este

* Red integrada por varias Universidades europeas, coordinada por la de Turín y financiada con fondos de la Comisión Europea. Sobre ella vid. *Uniform Terminology for European Contract Law*, ed. Nomos, Baden-Baden 2005 (Ebers, M. y Ajani, G. ed.).

ámbito (como el trabajo de Reitz, J.C.: «Political economy and Contract Law») y otras se centran en un Ordenamiento jurídico concreto (*vid.* por ejemplo, el agudo análisis de la *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* inglesa realizado por Adams, J.: «Third party questions: the privity problem»].

Las contribuciones de profesores de distinguida trayectoria y prestigio en el ámbito del Derecho contractual afrontan el tema que se desprende del título desde distintas perspectivas: descriptiva en algunas ocasiones, crítica en otras, premonitoria en algunas. El «ser», el «deber ser» y el «cómo será» el Derecho contractual confluyen, pues, en estas páginas.

¿Cómo es el Derecho contractual? ¿Cuáles son sus nuevas características? ¿Por qué es así? La presente obra pone el acento en los siguientes aspectos: 1) la aparición de una «parte débil»; 2) la existencia de un Derecho contractual europeo, y 3) los nuevos mecanismos de contratación desarrollados en la práctica.

1) Es sabido que la igualdad de las partes constituye una premisa válida para los códigos decimonónicos, basados en un modelo de sociedad liberal, pero que se aleja de la realidad en los momentos actuales.

La existencia de una «parte débil» se refleja ante todo en las normas de protección de consumidores; en el *New Features of Contract Law* se ponen de manifiesto dos características de estas normas cuyas consecuencias son, paradójicamente, contrarias y, probablemente, contradictorias: su especialidad, que conduce a plantear la posibilidad del nacimiento de una nueva rama del Derecho Privado (*vid.* Dauner-Lieb, B.: «A Special Private Law for B2C? Silver Bullet or Blind Alley?») y su proliferación en el *Acquis Communautaire*, que podría llevar a su extrapolación al Derecho contractual general, consecuencia con la que no se muestra de acuerdo G. Howells («Consumer concepts for a European Code?»).

La protección de la parte débil es también el objeto de las normas tendentes a evitar la discriminación, de la que se ocupan dos contribuciones: su significado, construcción y perspectivas de desarrollo son las claves del capítulo de M. Lehmann («Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht-Entwicklungstendenzen im Rechtsvergleich»); F. Zoll, por su parte, se centra en el Derecho polaco, analizando la repercusión de las Directivas antidiscriminación en este Ordenamiento («Das Antidiskriminierungsrecht in der Acquis-Gruppe und die fehlende Umsetzung von Antidiskriminierungs-richtlinien in das polnische Zivilrecht»).

2) Lo que podríamos denominar «Globalización europea del derecho contractual» se constata en esta obra en sus dos posibles direcciones: de lo nacional a lo europeo, y de lo europeo a lo nacional. De lo primero es prueba la contribución de A. Vaquer Aloy («Traces of Paulian Action in Community Law») que verifica la existencia de la acción pauliana en todos los ordenamientos europeos, entendida como un remedio de los acreedores basado en dos principios: el acto gratuito realizado por el deudor es (a) perjudicial para los acreedores y (b) inoponible a éstos. Buena prueba de la globalización europea en la segunda dirección (de lo europeo a lo nacional) son los trabajos de reforma del código civil francés, en los que la influencia europea es patente, tal y como pone de manifiesto J. Rochfeld («La proposition de réforme des sanctions de l'inexécution du contrat dans l'Avant-projet de réforme du Code civil français et l'influence européenne»).

3) Finalmente, el nuevo Derecho contractual se encuentra condicionado por la praxis, que ha evolucionado y que obliga a replantearse conceptos y

regulaciones. En relación con este aspecto, la obra presta especial atención a la fase precontractual (Cordero Moss, G.: «The function of letter of intent and their recognition in Modern Legal Systems» y Møgelvang-Hansen, P.: «The binding effects of advertising»).

¿Cuáles son las críticas que se desprenden de la lectura del libro analizado? El «deber ser» del Derecho contractual, se proyecta en dos ámbitos: el de las propias reglas de Derecho contractual, y el del proceso de elaboración de un Derecho contractual satisfactorio.

Desde el primer punto de vista, destaca la contribución de M. Schmidt-Kessel («Remedies for breach of contract in European Private Law-Principles of European Contract Law, Acquis Communautaire and Common Frame of Reference») quien, tras ofrecer una visión de las manifestaciones del incumplimiento y de los remedios en el Derecho Privado Europeo, se muestra crítico con algunas soluciones, como la amplitud con la que se admite el recurso al cumplimiento específico. También propone modificaciones de fondo P. Lagarde, referidas, no a la reglamentación contractual, sino a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales y, en concreto, a la Proposición de Reglamento de la Comisión europea (Roma I). H. Beale, por su parte, individualiza aquellos ámbitos del Derecho contractual que, a su juicio, deberían ser revisados y discutidos en el ámbito del CFR, como la formación de los contratos o la prescripción, entre otros.

S. James y C. Twigg Flesner son los autores que se muestran en cierta medida críticos con el proceso de elaboración del Derecho contractual; la lectura de ambos capítulos conduce a la misma idea: la construcción de un Derecho contractual no puede prescindir de las necesidades de la práctica. S. James («Time to slice and dice in the contractual kitchen?») llama la atención sobre un dato: el escaso impacto de los UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* y de los PECL en la práctica comercial internacional. Lo cual se explica, a su juicio, por la fragmentación entre teoría y práctica en el Derecho contractual: «A highly generalised and somewhat academic construction is unlikely to be of any great interest to commercial parties» (p. 302). C. Twigg Flesner («Standard terms in International Commercial Law-the example of documentary credits») muestra la otra cara de la moneda: el UCP (*Uniform Customs and Practice for documentary credits*) constituyen el ejemplo más claro de la nueva *lex mercatoria* y, además, el intento de armonización con mayor éxito en el ámbito del comercio internacional.

¿Cuáles son los siguientes pasos? ¿Cómo será el nuevo Derecho contractual? La introducción de R. Schulze («The new Challenges in Contract Law») y la ya mencionada contribución de H. Beale aportan las claves a este respecto, centradas en la repercusión de la próxima publicación en el año 2008 de la primera propuesta de CFR.

La adecuada fusión de los PECL y de los *Acquis Principles*, las dos bases esenciales del CFR, constituye el primer desafío.

Elaborado el CFR, podrá servir como instrumento opcional para transacciones internacionales, de gran utilidad especialmente para las pequeñas y medianas empresas.

Pero, tal y como el profesor alemán advierte, «Only if the Frame of Reference corresponds to the needs of business practice in the European internal market for both businesses and consumers will it be accepted by the institu-

tions of the European Community and the citizens of the Union» (p. 15). Es éste el segundo desafío del nuevo Derecho contractual.

Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI
Universidad de Santiago de Compostela

VAN DEN BERG, Peter A. J., *The Politics of European Codification. A History of the Unification of Law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands*. [Preface Ewoud Hondius]. Groningen: Europa Law Publishing, 2007. XVI+325 pp. ISBN-13: 978-90-76871-48-6.

A principios del año 2007, la editorial jurídica neerlandesa «Europa Law Publishing», especializada en la edición de trabajos de Derecho europeo, Derecho internacional, Derecho medioambiental y Derecho comparado, publicó el libro objeto de esta recensión. El autor, Peter A. J. van den Berg, licenciado en Derecho e Historia en la Universidad de Groningen forma parte en la actualidad del claustro de docentes del mismo centro universitario.

El profesor Peter A. J. van den Berg, preocupado, entre otros temas, por la construcción europea, la codificación del Derecho privado en Europa, el papel de la ciudadanía en la nueva Europa y el Derecho comparado, presenta en esta publicación un análisis histórico de la Codificación del Derecho privado en Francia, Prusia, la Monarquía austriaca y Países Bajos, proceso que concluye con la promulgación de los primeros códigos civiles europeos en el breve período que se extiende entre 1794 y 1811.

En la primera parte de la monografía, el jurista neerlandés, tras repasar el estado en que se encontraba la doctrina sobre las fuentes del Derecho privado en el Antiguo Régimen, en especial en el siglo XVIII, ofrece al lector un planteamiento general de la Codificación. Le interesa, particularmente, la exposición de los distintos argumentos esgrimidos a favor y en contra de la Codificación y, en consecuencia, de la unificación del Derecho privado y de la supremacía de la ley en el sistema de fuentes en este sector del ordenamiento jurídico.

Para la exposición de los razonamientos utilizados por los juristas europeos en el debate acerca de la oportunidad o inconveniencia de codificar el Derecho privado en los distintos países, el profesor Peter A. J. van den Berg opta por agruparlos en tres categorías: político-prácticos, fuertemente vinculados a cuestiones económicas y a la formación y consolidación de los nuevos Estados europeos; político-teóricos, relacionados con el complejo concepto de libertad, susceptible de interpretarse de múltiples maneras (libertad corporativa, libertad civil, libertad nacional); y los estrictamente jurídicos que conecta con el correcto funcionamiento de la administración de justicia y la preservación de los intereses de los litigantes.

A continuación, el autor aborda la Codificación del Derecho privado en Brandenburgo-Prusia y en la Monarquía austriaca (parte II), en Francia (parte III) y en los Países Bajos (parte IV). Como paso previo a la exposición de los detalles del proceso codificador en el ámbito del Derecho privado en los territorios objeto de su atención, el autor incluye una breve historia política de cada uno de los Estados y expone la situación en que se hallaba el debate en torno a la unificación del Derecho privado en cada uno de ellos en el siglo XVIII, en vísperas de sus respectivas codificaciones. Como excepción, en el caso francés el autor se remon-

ta hasta el siglo xv para referirse a la unificación del Derecho privado francés que se alcanza con ocasión de la redacción oficial de las costumbres de las distintas regiones francesas y a la labor desarrollada en el mismo sentido bajo la dirección de Colbert ya en el xvii.

Finalmente, en la última parte de la monografía que el autor presenta como conclusiones, Peter A. J. van den Berg insiste en la importancia que tuvo la Codificación en la formación de los Estados nacionales y recapitula el papel y el peso que los distintos argumentos a favor de la Codificación tuvieron en cada uno de los territorios analizados antes y después del derrumbe del Antiguo Régimen.

En el epílogo de la obra, el profesor Peter A. J. van den Berg se refiere a las similitudes que existen entre las argumentaciones utilizadas en el tránsito del Antiguo Régimen a los Estados liberales a favor de la Codificación del Derecho privado en los países europeos y los esgrimidos en la actualidad por los partidarios de armonizar el Derecho privado de los diferentes Estados.

Estas reflexiones últimas, particularmente atrayentes, pueden, sin embargo, resultar insuficientes para el lector interesado en profundizar en un estudio comparativo de ambos movimientos codificadores. Hubiera resultado muy interesante un mayor desarrollo de los aspectos que acercan y distancian la situación planteada entre finales del siglo xviii y los inicios del xix y la existente en el tiempo presente en torno a la armonización del Derecho privado europeo.

La obra se completa con la bibliografía y con el correspondiente índice de nombres, lugares y materias.

La iniciativa de procurar la armonización del Derecho privado en Europa puesta en marcha ya en 1974 y revitalizada en los últimos años con el apoyo de las instituciones europeas ha propiciado la edición de libros de las características del trabajo del profesor Peter A. J. van den Berg.

Gracias a estas publicaciones los historiadores del derecho y los juristas positivos tenemos la oportunidad de conocer mejor la historia jurídica de Europa y con ello de comprender con mayor facilidad el alcance y las dificultades a las que tienen que hacer frente los distintos grupos de juristas que trabajan por alcanzar en un horizonte temporal no demasiado largo la armonización del Derecho privado en la nueva Europa. Por ello debemos mostrar nuestra satisfacción por la publicación de la obra del profesor Peter A. J. van den Berg.

Margarita SERNA VALLEJO
Universidad de Cantabria

Vida Jurídica. Reseña de congresos y Seminarios en Materia de Derecho Privado Europeo

Il Diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore. Università degli studi di Pisa. Facoltà di giurisprudenza. Dipartimento di Diritto privato «Ugo Natoli». Dottorato di ricerca in diritto privato. 25-26 mayo 2007.

La relación entre la parte especial y la parte general en el Derecho de contratos y la existencia de cláusulas generales son temas clásicos de la reflexión de los civilistas. Su significado puede resumirse en la necesidad de conjugar las razones de orden y coherencia sistemática en la regulación, con la complejidad del fenómeno contractual.

Ya a finales de los años 80, un congreso dedicado a la civilística italiana desde los años 50 hasta la actualidad, poniendo el acento en la oscilación entre las crisis dogmáticas y las reformas legislativas, señalaba, contemporáneamente al proceso de descodificación (Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1989), la crisis de las categorías generales, no sólo la del negocio jurídico, sino también la del contrato (Vitucci, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*). A la vez, se indicaba que la relación entre normas generales y normas específicas, era «un tema puente» obviado por quien se ocupa del contrato en general y dado por supuesto por quien se ocupa de los contratos en particular. Un tema, en definitiva, del que «no se ocupa nadie» (así, De Nova, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, *ibidem*).

La interacción de los diversos estratos de la disciplina del contrato, en relación con el dato –nada casual– de una declinación en plural del título II del Libro IV del *Codice civile* «[D]ei contratti in generale», se agudiza con la irrupción de la normativa comunitaria (cfr., entre muchas obras, el *Trattato di diritto privato europeo*, al cuidado de Lipari, Padova, 2003), que aumenta la complejidad del sistema, también desde el punto de vista de las fuentes (tema al cual se dedicó el congreso de Pisa de 2001, coordinado por Umberto Breccia: «*Immagini contemporanee delle fonti del diritto tra memorie storiche e scenari futuri*»). El elemento distorsionador es, sin duda, la crisis de las bases sobre las que se asentaba la teoría general del contrato: la unicidad del sujeto, piedra angular de la categoría del contrato. Ciertamente, desde Max Weber las reglas contractuales se basaban en «una parità di fatto che di fatto [molto spesso] non c'è» (así, Breccia, *Che cosa è «giusto» nella prospettiva del diritto privato?*, in: *Interrogativi sul diritto giusto*, a cura di Rippepe, Pisa, 2001, 99), pero es completamente revolucionario que la desigualdad sustantiva se traduzca en una diversidad de reglas que incluso se proyectan en la justicia de la regulación de los diferentes intereses en juego.

Las novedades de origen comunitario se examinan desde la perspectiva de la relación entre parte general del contrato y contratos con consumidores (las obras que se dedican al tema son innumerables, por lo que basta citar ahora el precioso libro de Amato, *Per un diritto europeo dei contratti con i*

consumatori, Milano, 2003). A continuación, se centra la atención en el fenómeno más general de la conexión entre la disciplina comunitaria del contrato y la regulación del mercado, lo que en seguida reconduce el tema a los contratos de empresa (a la que se dedicó el Convenio de Siena, «*Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*», cuya publicación ha estado a cargo de Pietro Sirena, Milano, 2006). A partir de tales reflexiones y las novedades normativa en relación con el abuso de posición económica y la mora en las transacciones comerciales, se habla –con fórmula provocadora– del tercer contrato (Roberto Pardolesi), que fue objeto de estudio en un encuentro en Milano, organizado en el año 2006, por Gregorio Gitti y Gianroberto Villa. Se trata de destacar las especificidades de los contratos entre profesionales fuertes y débiles (tercer contrato), que tendería a destacarse, no sólo de los contratos entre sujetos con una posición contractual igualada (primer contrato), sino también de los contratos entre profesionales y consumidores (segundo contrato), dejando entrever, además, la posibilidad de un cuarto contrato, entre sujetos «fuertes» y «débiles», si los contratantes operan al margen de los parámetros de matriz macroeconómica.

La reflexión jurídica sobre la proliferación de las categorías contractuales y sobre los contratos asimétricos parece seguir diferentes itinerarios: la idea de descomponer el contrato en segmentos de disciplina no relacionados entre sí; o, por el contrario, la hipótesis generalizadora del problema de la justicia contractual; o, todavía, la tendencia a sumar los contratos asimétricos; o, finalmente, la tentativa de conjugar complejidad y sistema, respetando las diversas razones de desigualdad entre los contratantes, pero intentando buscar elementos sistemáticos, aunque sólo sea en el terreno de los medios de tutela jurídica (sobre estos últimos, en el ámbito del Derecho europeo, *vid.* el encuentro florentino de 30 de marzo 2007 organizado por Giuseppe Vettori: «*Remedies in Contract the Common Rules for a European Law*»).

En este contexto, se insiere, en el sistema italiano, la elección formal, muy discutida, de elaborar un Código del consumo. A la vez, en el panorama europeo se dibuja la opción de la *Modernisierung* alemana, que supone acoger en la Parte general del BGB la definición de consumidor y de profesional, y que, por lo demás, ha integrado en el sistema las cláusulas abusivas. Está, por otro lado, la posición representada por el *Avant-projet* francés, de excluir, por lo menos del Código, toda referencia a las diferencias entre los contratantes. Los aires reformistas que recorren Europa, son un signo claro de la exigencia de repensar la arquitectura tradicional de los códigos ante el nuevo Derecho europeo, y también soplan en Italia, lo que condujo en la primavera de 2006 a celebrar el Congreso, «Problema della riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti», organizado por el Prof. Giorgio Cian, y conmemorativo de los Cincuenta años de la *Rivista di diritto civile*.

Con este transfondo, la Unión europea –Comunicación de la Comisión (2005) 456 en materia de Derecho contractual europeo y revisión del *acquis* y Resoluciones del Parlamento europeo 2005/2022 y 2006/0055– señalan un punto de vista preciso al indicar, desde el punto de vista del proceso de armonización *in fieri*, la necesidad de una distinción adecuada entre los contratos B2B (*business to business*) y B2C (*business to consumer*).

De ahí, por tanto, que el debate se centre en la proliferación de las categorías contractuales, en el problema de los contratos asimétricos y en el alcance de la parte general del contrato (cuestión a la que se dedica el Congreso de Foggia «*Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche*

e prospettive della parte generale del contratto», cuyas actas han sido publicadas por Francesco Macario y Marco Nicola Miletti, Milano 2006). Progresivamente, pues, emergen cuestiones que acentúan la complejidad del fenómeno contractual.

En particular, el conocido «tema puente» de las relaciones entre parte general y tipos contractuales adquiere un valor renovado (cfr. M. Gorgoni, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005).

Muchos actos comunitarios inciden en los tipos contractuales (v. gr. Directiva 47/2002, sobre acuerdos de garantía financiera); tales tipos se ven configurados a través de la dimensión transversal de los contratos con consumidores (así, el fenómeno de las llamadas «nuevas ventas»); la disciplina de las categorías contractuales se entrelaza con la peculiaridad de los tipos (piénsese en los estudios sobre la tutela del consumidor en los contratos en particular, cfr., entre otros, ROMEO, *La tutela del «consumatore» nel contratto di assicurazione danni*, Milano, 2004); una pluralidad de tipos contractuales se rigen por reglas comunes que, a su vez, forman parte de otras categorías contractuales (piénsese, por ejemplo, en la problemática de los contratos de suministro y su implicación en el debate sobre los contratos de empresa y el «tercer contrato»). A su vez, el proceso de armonización comienza a ser analizado desde la perspectiva de los tipos contractuales (cfr. El volumen a cargo de Cafaggi, *Quale armonizzazione per diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003, en el que se examina el proceso de armonización en relación con la venta, los contratos bancarios y las garantías del crédito, así como el reciente Congreso de Foggia «Verso una disciplina europea del contratto di assicurazione?», al cuidado de O. Troiano, Milano, 2006). La valoración se extiende también a contratos como el arrendamiento, que aunque se incluyen con mayor dificultad en el proceso de armonización (salvo que se piense en una armonización «soft»), deberán, en todo caso, integrarse en el sistema, máximo si se tiene en cuenta que están implicadas posiciones contractuales «débiles» vinculadas a exigencias de tipo personal.

Finalmente, muchos contratos atípicos, pero tipificados socialmente, se reconducen a la llamada *lex mercatoria* y, en virtud de la jurisprudencia arbitral y de la praxis contractual, se vinculan a un complejo de reglas tendencialmente uniformes que circulan en los diversos países europeos y, frecuentemente, incluso más allá de Europa.

Esta interacción entre los diferentes niveles del contrato y las diferentes perspectivas desde las que se observa el proceso de armonización, comporta una multiplicidad de temas de reflexión.

Se trata de coordinar la parte general «no armonizada» con las materias que han sido objeto de armonización y las reglas generales que sí se han visto afectadas, con las de otros sectores que no lo han sido y que, acaso, no lo serán tampoco en el futuro.

Se debe dar coherencia a la relación entre la parte general y las diferentes categorías contractuales, y aclarar la relación transversal que existe entre las diferentes categorías y tipos contractuales. Es necesario plantearse, además, la posibilidad de una aplicación horizontal de las reglas, lo que implica tener en cuenta su compatibilidad.

Todos estos interrogantes, que espontáneamente aparecen en el interior de los ordenamientos jurídicos nacionales, aparecen también en los documentos de las instituciones de la Unión europea que plantean el futuro desarrollo del Derecho contractual en Europa. Efectivamente, para procurar la

coherencia global del proyecto del *Common Frame of Reference*, las ya citadas comunicación de la Comisión (2005) 456 y la Resolución 2005/2002, del Parlamento, señalan la exigencia de aclarar cuál es la interdependencia entre el Derecho contractual general y el especial.

Más generalmente, en la Unión Europea se advierte la necesidad de una reordenación sistemática que, en primer lugar, se centra en el *acquis* sobre los consumidores, con una aproximación mixta, que, por un lado, exige la creación de un instrumento horizontal de carácter general y, por el otro, otro centrado en el contrato de compraventa, por ser éste el contrato más comúnmente utilizado por los consumidores (Libro Verde de la Comisión, de 8 de febrero de 2007).

En segundo lugar, siempre que el Libro Verde no deba entenderse como una superación implícita del proyecto, mucho más ambicioso, del *Common Frame of Reference*, es destacable que este último no sólo comprenda principios, definiciones, reglas generales y reglas para los contratos entre consumidores, sino también en relación con la compraventa y los contratos de seguros, con el fin de crear una «caja de herramientas» (*«legislator's guide or toolbox»*) o –si se prefiere– un modelo de referencia que refleje todos los niveles de complejidad de la disciplina del contrato (a la revisión del *Acquis* y a la formación del *Common Frame* fue dedicado el encuentro romano de 17 de febrero de 2007, organizado por Salvatore Mazzamuto y Giacinto Bisogni, con el título «Un diritto civile per l'Europa»).

En definitiva, el encuentro sobre el «*Diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*», se propone llevar a cabo una reflexión de síntesis, sobre la complejidad del fenómeno contractual y el impacto del Derecho comunitario y las perspectivas de futuro del proceso de armonización.

El fin es tanto poner de relieve aspectos que todavía permanecen en la sombra, o que sólo se han analizado desde un punto de vista sectorial, como retomar temas que ya han sido objeto de reflexión, prestando una particular atención a la interacción entre la disciplina de algunos sectores concretos, las diferentes lógicas contractuales que subyacen en ellos, así como los diferentes contratos, típicos o atípicos, para ver cómo puede armonizarse todo ello y, sobre todo, cómo pueden incardinarse en el sistema.

Son ponentes: Nicolò Lipari (*Il rapporto fra parte generale e parte speciale nel quadro del procedimento interpretativo*), Umberto Breccia (*La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*), Antonio Gambaro (*Parte generale e parte speciale: un approccio stilistico*), Francesco Macario (*Relational contracts e Allgemeiner Teil: il problema e il sistema*), Mauro Orlando (*Autonomia e sovranità nella disciplina del contratto*); Denis Mazeaud e Bénédicte Fauvarque-Cosson (*L'avant-projet français de réforme du droit des obligations: perspectives internes et européennes*), Vincenzo Scalisi (*Nullità v. giustizia contrattuale?*), Enzo Roppo (*Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*), Giuseppe Amadio (*L'ipotesi del terzo contratto*), Andrea Zoppini (*Parte generale, contratti di impresa e disciplina antitrust*), Giuseppe Vettori (*I contratti asimmetrici e i rimedi*), Simon Whittaker (*Form and Substance in the Reception of European Directives into the English Contract Law*), Giorgio De Nova (*Parte generale e tipi contrattuali: l'impatto del diritto comunitario e le prospettive nel processo di armonizzazione*), Gregorio Gitti (*La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*), Pietro Sirena (*I tipi contrattuali e i contratti del consumatore*), Christoph Schmid (*Il diffi-*

cile coordinamento fra norme generali europee e norme di settore nazionali), Salvatore Patti (*Parte generale e norme di settore nelle codificazioni*), Fabrizio Cafaggi (*La funzione regolativa del diritto dei contratti: ripensare il rapporto fra parte generale e parte speciale*), Stathis Banakas (*Horizontal Sectorial Harmonisation of European Contract Law and General Principles of Contracts: a common lawyer's look into the future*), Pier Giuseppe Monateri (*Common Frame e concretezza degli ordinamenti: una fuga dal diritto nel linguaggio?*), Guido Alpa e Giuseppe Conte (*Dal progetto generale di Common Frame alla revisione dell'Acquis del Libro Verde*), Francesco D. Busnelli (*Riflessione conclusive*).

Pietro SIRENA
Università de Siena

Sviluppi del Diritto dei Trust nel mondo – Trust Law Developments World-Wide, Associazione Il trust in Italia, 19-20 de octubre de 2007.

Los días 19 y 20 de octubre de 2007 se celebró en Roma el Congreso «*Sviluppi del diritto dei trust nel mondo- Trust law developments World-wide*». El evento estaba organizado por la asociación «*Il trust in Italia*», dirigida por el profesor Maurizio Lupoi (Università di Genova), y reunió a expertos de 16 países con el objetivo de presentar un panorama actualizado de la institución y ofrecer un foro en el que profundizar y debatir. El congreso estaba dirigido principalmente a profesionales del derecho, miembros de la asociación «*Il trust in Italia*», y contó con la asistencia entre el público de representantes de compañías *trustees* extranjeras que enriquecieron la reunión con sus aportaciones.

Las jornadas se desarrollaron en italiano y en inglés y se estructuraron en mesas redondas en donde a la intervención de cada ponente sucedió un debate en el que participaron los asistentes. Tras la introducción realizada por el profesor Lupoi, intervino el profesor Luc Thévenoz (Université de Genève). El profesor Thévenoz es director del Centro de derecho bancario y financiero suizo y fue el encargado de elaborar el informe en el que se ha inspirado el *Arrêté fédéral* suizo que ratifica el Convenio de La Haya sobre «ley aplicable al *trust* y su reconocimiento». Su presentación abordó los motivos que han llevado al parlamento suizo a ratificar el Convenio y a modificar algunas normas de derecho interno. Expuso, asimismo, cuáles fueron las principales decisiones de política legislativa con las que se enfrentó el legislador con ocasión de la ratificación del texto internacional. La profesora Sonia Martín Santisteban (Universidad de Cantabria) le sucedió en el uso de la palabra y se refirió a las perspectivas existentes en el derecho español en lo concerniente a la regulación de una figura con la que alcanzar resultados semejantes a los previstos por los *trusts*. La profesora Martín Santisteban expuso las posturas de la doctrina y jurisprudencia españolas respecto a la figura anglosajona, los factores que han desencadenado un renovado interés doctrinal y el funcionamiento de las fiducias testamentarias existentes en algunos derechos forales. François Tripet, abogado en París y actual presidente de la *International Academy of Estate and Trust Law* compartió sus reflexiones sobre la ley francesa de 19 de febrero de 2007 que instaura la *fiducie*. El ponente fue muy crítico con los Ministerios de Justicia y Finanzas franceses que forzaron una ley de

la que queda excluida la fiducia-liberalidad. La prohibición de la fiducia-liberalidad, además de injustificada reduce significativamente el atractivo de la figura francesa y frustra el principal objetivo perseguido por el gobierno: evitar la fuga de capitales y servicios hacia otras jurisdicciones. Heinz Frommelt, abogado en Vaduz, concluyó las intervenciones de la mañana con una panorámica de los artículos 897 a 932 del *Personen und Gesellschaftsrecht* de Liechtenstein. El ponente terminó su intervención con un riguroso análisis de un reciente caso del Tribunal Supremo de ese país acerca del nivel de diligencia exigible al *trustee* y el papel que compete a los tribunales como órgano supervisor. La resolución dictada por el alto tribunal se encuentra actualmente recurrida ante el Tribunal Constitucional de Liechtenstein.

Por la tarde, Antony Duckworth, abogado en las islas Grand Cayman, discutió acerca del papel que corresponde al legislador en la tarea de adecuar la institución, de base jurisprudencial, a las nuevas necesidades del tráfico. El ponente se mostró cauto a la hora de dictar nuevas normas que afecten a principios fundamentales en materia de *trusts*, siendo partidario de que se siga reservando su desarrollo a los tribunales. Expresó menos reparos en lo concerniente a la regulación de los aspectos periféricos, siempre que ésta se realice por medio de normas dispositivas que salvaguarden la flexibilidad de la figura. Max Ganado, abogado en Malta, y Lino Chetcuti, representante de *Corporated Services Limited* en ese mismo país trataron, respectivamente, de la evolución del derecho de *trusts* en Malta y de su tratamiento fiscal. Max Ganado analizó las últimas resoluciones judiciales sobre *trusts*, obligaciones fiduciarias e intervención de testaferros así como las nuevas disposiciones legislativas en este ámbito. Lino Chetcuti se refirió a las medidas fiscales aplicables a los *trusts* en que un *trustee* reside en Malta. Resaltó la preocupación del legislador por evitar que la figura se emplee como instrumento de reducción de la carga fiscal y la atención dedicada a aquellos supuestos en que se ven implicados intereses de sujetos no residentes. Adrian L. Taylor, director general de *Asiatic Trust New Zealand Limited*, centró su intervención en las ventajas que ofrece el derecho neozelandés a los *trusts* constituidos por no residentes y cuyos bienes son administrados por un *trustee* que opera en Nueva Zelanda, siempre que las inversiones se realicen fuera del país y a favor de no residentes: seguridad jurídica, profesionalidad, privacidad y ausencia de imposición fiscal. Graeme W. Briggs, director general de *Asiatic Trust Singapore Pte Limited*, hizo lo propio con la ley sobre *trusts* de Singapore, modificada en el año 2004. De acuerdo con el decreto de 2005 sobre sociedades fiduciarias, para gozar de un tratamiento fiscal ventajoso el *trust*, constituido por ciudadanos extranjeros no residentes en Singapore, debe ser gestionado por una sociedad autorizada para actuar como tal o exenta de la obligación de contar con dicha licencia. Andrea Vicari, abogado y notario en San Marino, abordó los criterios de interpretación e integración de la ley sobre *trusts* de esta república, con la disciplina ya existente antes de su entrada en vigor y aplicable a determinadas figuras de derecho sucesorio. Se refirió, asimismo, al riguroso tratamiento que dispensa la ley al *trustee* y a las ventajas que ofrece como ley reguladora de *trusts* constituidos por ciudadanos italianos. Alessandro U. Beluzzo, representante de *B & A Trust Limited* en Londres, clausuró la primera jornada con una presentación sobre el papel del *trustee* y del protector inglés en las estructuras de planificación patrimonial. Se detuvo en el tratamiento fiscal del *trust* en el derecho inglés y en su utilización como instrumento de transmisión de la riqueza en el ámbito familiar.

La segunda jornada del Congreso comenzó con la intervención de David Hayton, magistrado del tribunal Supremo de las Islas Caribe, sobre el derecho de información de los beneficiarios del *trust*. El juez Hayton se refirió a la relevancia de la *letter of wishes* en el desempeño de las funciones del *trustee*. Defendió el derecho de los beneficiarios a conocer su contenido y la posibilidad de que las directrices del *settlor* se configuren como meras obligaciones naturales a cargo del *trustee*. David Brownbill, abogado en Londres, comentó distintas resoluciones dictadas por los tribunales de Jersey sobre cuestiones como la destitución de los *trustees* o el abono de los gastos originados por el desempeño del cargo. Se refirió, igualmente, a los problemas que ocasiona la ejecución, en Jersey, de resoluciones dictadas por tribunales ingleses en el seno de procesos matrimoniales cuando se ven afectados bienes administrados por *trustees* que operan en Jersey. Anthony Duckworth hizo su segunda intervención con una ponencia dedicada a la figura jurídica del protector. Duckworth analizó cuales son sus poderes y deberes, su relación con el *trustee* y las peculiaridades que presenta el oficio tal y como está regulado en las jurisdicciones *off-shore*. El ponente terminó con algunos consejos en lo que respecta a la redacción de los poderes del *protector* en el documento constitutivo. La última intervención de la mañana consistió en el informe que presentó Paolo Panico, abogado en Luxemburgo, sobre la gestión de *trusts* en ese país. El ponente se refirió a los instrumentos de inversión utilizados en la práctica de los negocios y a las últimas reformas legislativas en esta materia: la Ley de 22 de marzo de 2004 sobre titulización, la de 13 de febrero de 2007 sobre fondos de inversión especializados o la ley de 15 de junio de 2005 sobre sociedades de inversión en capital riesgo.

Por la tarde, Alexander A. Bove Jr., abogado en Boston, y Stewart Sterk, profesor en Cardozo School of Law, trataron de los derechos de los acreedores del *settlor* y de los beneficiarios sobre los bienes transferidos en *trust*. Bove expuso los atractivos que ofrece el *asset protection trust*, permitido y regulado en varios estados norteamericanos, como instrumento dirigido a proteger los bienes frente a los acreedores del constituyente. El ponente destacó, especialmente, las ventajas que presenta la figura cuando es empleada por ciudadanos no norteamericanos. Al pronunciamiento favorable ante los tribunales del domicilio del deudor se suma el coste y dificultad que supone obtener el reconocimiento de la sentencia en el estado a cuya legislación se encuentra sometido el *trust*. El profesor Stewart Sterk (Cardozo School of Law) se refirió, en cambio, al modo en que el *Uniform Trust Code* salvaguarda los derechos de los acreedores del *settlor* y de los beneficiarios ante la constitución de un *trust*. Dicho texto no ha sido adoptado por los estados que permiten la constitución de *asset protection trusts*. El juez Hayton clausuró el congreso con una presentación sobre las «*no contest clauses*»: aquellas cláusulas, insertadas en testamentos y *trusts*, en virtud de las cuales se sanciona al beneficiario que pone en cuestión algún aspecto del instrumento, con la pérdida de los derechos que se le confieren en el mismo.

Han transcurrido casi diez años desde que el congreso «*Trust vs Fiducie in a business context*», organizado por la Academia Internacional de Derecho comparado, reunió a expertos de países de *civil law* y *common law* que informaron sobre las distintas vías de recepción del *trust* en las jurisdicciones de *civil law*. Ha transcurrido mucho tiempo desde entonces y han sido varias las iniciativas legislativas y las resoluciones judiciales sobre esta cuestión. El congreso ha tenido el mérito de exponer la evolución experimentada por la institución, en los últimos años, en el ámbito del *common law* así como las

medidas adoptadas por los países de *civil law* que han ratificado el Convenio de La Haya, han aprobado normas que introducen en sus ordenamientos figuras análogas a la institución anglosajona o están en vías de hacerlo. Se prevé la publicación de las actas de las Jornadas en un futuro muy próximo.

Sonia MARTÍN SANTISTEBAN
Universidad de Cantabria

IV Congreso Internacional *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference*, Lleida, 25 y 26 de octubre de 2007.

Los días 25 y 26 de octubre de 2007 se celebró en la Universidad de Lleida el IV Congreso Internacional de Derecho Privado Europeo, dedicado en esta edición a «El Derecho Privado Europeo más allá del Marco Común de Referencia». El objetivo del congreso ha sido debatir sobre algunos de los *drafts* elaborados por el Grupo de Estudios del Código Civil Europeo y el desarrollo del derecho contractual en la Unión Europea una vez se complete el Marco Común de Referencia académico. Las ponencias del Congreso se encargaron a profesores que han intervenido o intervienen directamente en la elaboración de los *drafts* y a profesores que se han mostrado críticos con el proceso de redacción del MCR. Así, encontramos entre los primeros a Anna Veneziano, Kåre Lilleholt, Martin Schmidt-Kessel, Isabel González Pacanowska y Carlos Díez Soto. Por el otro lado, representaron a los sectores críticos con la metodología del proceso Willem Van Boom, Jan M. Smits y Gerard McCormack.

Los temas tratados en las conferencias tienen gran interés en la actualidad. Cuestiones como el derecho de compraventa y el arrendamiento de bienes muebles a nivel europeo, cuya exposición corrió a cargo respectivamente de Anna Veneziano y Kåre Lilleholt, han sido el cuerpo de dos publicaciones —«Sales contracts» y «Leases of Goods»— que ha publicado —el primero— y es de inminente publicación —el segundo— el *Study Group on a European Civil Code*. Los *drafts* plantean destacadas cuestiones, como la relación entre la regulación general de la compraventa y las ventas de consumo; los remedios de las partes ante el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso; o en el caso del arrendamiento, la tácita reconducción y la fijación del plazo contractual.

La donación en el derecho privado europeo fue, también, objeto de discusión en el Congreso Internacional. Martín Schmidt-Kessel abordó el *draft* de los principios de derecho europeo sobre donaciones, cuya última revisión por el *Working Team on Gratuitous Contracts* se realizó el 19 de octubre de 2007 y que él lidera. Finalmente, Isabel González Pacanowska y Carlos Díez Soto dedicaron su exposición a los contratos y la transmisión de la propiedad.

El grupo de estudio sobre un Código Civil Europeo ha analizado también el derecho sobre enriquecimiento injustificado. Jan M. Smits se mostraba crítico a este respecto y se refirió sobre la pertinencia de las propuestas sobre la regulación del enriquecimiento injusto a nivel europeo. A su vez, Willem van Boom se preguntaba en su conferencia si cabría la existencia de un derecho europeo de daños y postuló que la armonización completa sí puede resultar adecuada en campos como los accidentes de circulación y los daños sufridos en actividades turísticas. En último lugar, Gerard McCormack inquirió si

la guía legislativa para transacciones seguras del UNCITRAL proporciona un modelo legislativo apropiado para adoptarlo como base del derecho europeo sobre garantías del crédito.

La reciente entrada en vigor del Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* en Suiza (julio 2007) o Liechtenstein (abril 2006) ha demostrado el interés por la materia de la regulación del *trust* a nivel del Espacio Económico Europeo. Marius J. de Waal aportó en su conferencia un estudio sobre las perspectivas del derecho sobre el *trust* en Europa desde el punto de vista sudafricano, un sistema cuya base es el derecho romano pero al que se ha incrustado sin problemas mayores el *trust* anglosajón.

Con motivo de la celebración de este Congreso Internacional, la Universidad de Lleida invistió Doctor Honoris Causa al profesor Reinhard Zimmermann. El profesor Reinhard Zimmermann, catedrático de Derecho Civil, Derecho Romano y de Historia Legal Comparada, es director del Instituto alemán Max Planck de Derecho Internacional y Derecho comparado y Presidente de la Sección de Ciencias Humanas de la Sociedad Max Planck, y máxima autoridad del derecho privado europeo.

Andrés Miguel COSIALLS UBACH
Universitat de Lleida

Noticias Breves de otros Congresos y Seminarios.

Ciclo de conferencias sobre el tema *Soft Law y Hard Law en la sociedad postmoderna*, organizado por el Prof. Alessandro Somma en la *Università di Ferrara* (de octubre 2007 a junio 2008). El programa puede consultarse en www.unife.it/stdoc/_bacheca_somma.pdf

Barbara PASA
Università di Torino

Encuentro de estudio en el ámbito del Proyecto de investigación «La formazione linguistica del giurista europeo», organizado por la *Università Roma Tre* (22 noviembre 2007): la discusión se centra, en general, en la formación del jurista europeo y en la investigación sobre los contenidos y la metodología necesarios para transmitir el conocimiento adecuado, comunicar, comprender y entablar relaciones científicas con el resto de juristas europeos.

Barbara PASA
Università di Torino

Van Erp, Sjef, *Conference Common Frame of Reference and Property Law*, Universidad de Maastrich, 8 de mayo 2007.

Es la que podría ser la primera aproximación pública del grupo del *Common Frame of Reference* (CFR) a los trabajos sobre armonización de los derechos reales en Europa. Aparte de las conferencias introductorias referi-

das a cómo se debería aproximar el CFR a la armonización de derechos reales (cuando nació para la armonización contractual, que luego se ha visto extendida a terrenos más o menos alejados como el *trust* o la responsabilidad extracontractual), llevadas a cabo por el propio Prof. Van Erp y la Prof. Ritaine-Cashin, de Suiza, hubo tres intervenciones sobre derecho nacional (derecho inglés y francés, concretamente) y otras tres de ámbito paneuropeo en materia de derechos reales, dos de ellas referidas a la Eurohipoteca (Dr. Stöcker y Dr. Nasarre) y una tercera referida a EULIS (Dr. Ploeger). En definitiva, la Jornada representó una primera iniciativa para aunar esfuerzos de los investigadores en materia de armonización de derechos reales en Europa, aunque aún queda camino por recorrer.

Sergio Nasarre Aznar
Universitat Rovira i Virgili

Otmar Stöcker (Verband Deutscher Pfandbriefbanken), *Flexibilität der Grundpfandrecht in Mitteleuropa*, Berlín, 27 y 28 de septiembre 2007.

El Workshop se desarrolló con mucha intensidad, dividido en dos fases bien diferenciadas: explicación de los *reports* nacionales aportados por diversos países (Ucrania, Rumanía y Noruega, entre otros) y posteriormente estudio exhaustivo de casi 100 cuadros. Cada uno de estos cuadros responde a una cuestión relativa a la hipoteca en 15 jurisdicciones europeas.

Tras la publicación de los resultados de los primeros *workshops* [en Stöcker, Otmar (coord.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa-Ergebnisse der Workshops vom Juni 2005/Dezember 2005/Juni 2006-Band I*, Band 23, VdP, Berlín, 2006], el estudio de los derechos reales de garantía en la Europa central y del Este continúa de la mano del Dr. Stöcker, convocando un total de 15 países, que realizan un exhaustivo análisis del derecho hipotecario de sus respectivos países, centrándose no sólo en aspectos formales (ej. constitución y extinción) sino en parámetros directamente relacionados con la seguridad del derecho real y su flexibilidad. El estudio, que tiene previsto su análisis para principios de 2008 y su publicación para mediados de dicho año, tiene como característica que cada uno de los derechos nacionales será comparado con el modelo de Eurohipoteca de las *Basic Guidelines 2005*, y se analizará sobre dicha base sus niveles de seguridad y flexibilidad, es decir, al fin y al cabo de utilidad.

Sergio NASARRE AZNAR
Universitat Rovira i Virgili

Gómez Gállego, Javier (dir), «La reforma del Mercado Hipotecario», Curso de Verano de Aranjuez de la Universidad Rey Juan Carlos, 9-13 de julio 2007.

El curso giró en torno a la reforma del mercado hipotecario los movimientos europeos de reforma hipotecaria (tanto en Francia, como la Eurohipoteca), poniendo énfasis en las nuevas modalidades de hipoteca en España (hipoteca inversa, hipoteca de máximo), así como también respecto

a las operaciones pasivas hipotecarias (valores hipotecarios). Fue un muy completo seminario que sirvió, entre otras cosas, para aproximar posturas doctrinales en torno a la reforma hipotecaria en España y los procesos hipotecarios europeos.

Sergio NASARRE AZNAR
Universitat Rovira i Virgili

Prof. Hinteregger y Boric, *Security rights in immovables in Europe*, Universidad de Graz (Austria), 18 de octubre de 2007. Jornada sobre derechos reales inmobiliarios en Europa busca realizar un análisis científico sobre derechos reales sobre inmuebles de 11 países europeos, concentrándose en su funcionalidad.

Sergio NASARRE AZNAR
Universitat Rovira i Virgili

BIBLIOGRAFÍA

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Profesora Asociada de Derecho Civil
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.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

ALISTE SANTOS, Tomás J.: «La falacia dogmática en la interpretación de la disposición final derogatoria del Código Civil. Un problema de justificación de puntos de vista interpretativos» (Fe de erratas), en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2007, pp. 1259 ss.

BONET RAMÓN, Ángel: «Principio de unidad de acto en la deliberación y formación de la voluntad de los órganos jurisdiccionales colegiados. Principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales firmadas. (Comentario a la STS de 13 de febrero de 2006)» en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 197 ss.

BOSCH CAPDEVILLA, Esteve: «La distribución de competencias en materia de legislación civil. De la Constitución Española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006», en *RCDI*, núm. 701, 2007, pp. 1067 ss.

DE LA CUESTA SÁENZ, José María: «El Derecho civil español y su diversidad legislativa», en *RJNot.*, núm. 62, 2007, pp. 145 ss.

ESCOBAR FORNOS, Iván: «Las fuentes del Derecho en Nicaragua», en *RCDI*, núm. 700, 2007, pp. 737 ss.

- GIMENO SENDRA, Vicente: «Los principios de legalidad y *non bis in idem* en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *La Ley*, 2007-2, D-139.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.^a del Carmen: «Abuso del derecho», en *RDPr*, noviembre-diciembre 2006, pp. 3 ss.
- NAVARRO MICHEL, Mónica: «Médicos, familia y pacientes. Sobre las voluntades anticipadas», en *RJC*, núm. 3, 2007, pp. 687 ss.
- SALOMÓN SANCHO, Lourdes: «La incidencia de las nuevas tecnologías en la investigación jurídica: la digitación de documentos, un nuevo modo de acceso a fuentes», en *RDNT*, núm. 14, 2007, pp. 69 ss.
- TAJADURA TEJADA, Javier: «La inconstitucionalidad de los derechos históricos», en *La Ley*, 2007-2, D-154.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de un menor. Irrelevancia de la finalidad a la que se orientase la publicación in consentida de la imagen. (Comentario a la STS de 13 de julio de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 931 ss.
- CALVO CHARRO, María: «Apoyo de la jurisprudencia española a la educación diferenciada como una opción legítima dentro de la libertad de elección de centro docente de los padres», en *La Ley*, 2007-2, D-113.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «La informatización de los Registros Civiles en Europa y en España. El Convenio núm. 30 de la Comisión Internacional de Estado Civil», en *RDNT*, núm. 14, 2007, pp. 39 ss.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla *contra proferentem*», en *RDNT*, núm. 14, 2007, pp. 17 ss.
- FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Ana: «La protección penal o civil del honor», en *La Ley*, 2007-2, D-150.
- GARCÍA GARCÍA, Ricardo: «El artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *AFDUAM*, núm. 10, 2006, pp. 241 ss.
- MARTÍNEZ ROJO, Jesús María: «Apuntes para una historia del modo de expresar la representación en las escrituras públicas», en *RCDI*, núm. 700, 2007, pp. 619-667 ss.
- MONDÉJAR PEÑA, M.^a Isabel: «La obligación de alimentos y las políticas de la Administración española sobre la protección de los mayores y dependientes», en *RJUAM*, núm. 14, 2006, pp. 127 ss.
- ORTEGA REINOSO, Gloria: «Sociedad profesional: composición de los despachos de abogados», en *RDPr*, noviembre-diciembre 2006, pp. 75 ss.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Una primera aproximación a la personificación de las sociedades civiles después de la Ley de Sociedades Profesionales», en *RJNot.*, núm. 62, 2007, pp. 245 ss.
- REY ANEIROS, Adela: «Hacia el reforzamiento de la dimensión exterior de la ciudadanía europea», en *RDCE*, núm. 26, 2007, pp. 9 ss.

- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: «¿Qué hacer para asegurar la eficacia del sistema de control judicial del convenio europeo de derechos humanos? Las propuestas del *grupo de sabios*», en *REDE*, núm. 22, 2007, pp. 177 ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, originada por la publicación de un fotomontaje. Concepto de caricatura y límites de la autorización legal para su utilización. (Comentario a la STS de 7 de marzo de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 329 ss. y *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 629 ss.
- URBANO CASTRILLO, Eduardo de: «Sobre los límites de los derechos de expresión e información (Consideraciones sobre su problemática actual)», en *La Ley*, 2007-2, D-124.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ALBALADEJO, Manuel: «El cuasiusufructo», en *Actualidad Civil*, núm. 15, 2007, pp. 1731 ss.
- ALCAÍN GUTIÉRREZ, Esperanza: «Responsabilidad extracontractual. Ausencia de culpa. Imputación objetiva. Cobertura del Seguro obligatorio de viajeros. Control casacional de la valoración de la prueba pericial. (Comentario a la STS de 27 de febrero de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 281 ss.
- ALONSO PÉREZ, María Teresa: «Supuestos legales de eficacia *ex nunc* de la nulidad y su posible aplicación al arrendamiento de servicios», en *RCDI*, núm. 701, 2007, pp. 1005 ss.
- ARIAS POU, María: «Deber de información previa en la contratación electrónica por Internet (I) y (II)», en *La Ley*, 2007-2, D-63 y D-86.
- ARROYO APARICIO, Alicia: «Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: el proyecto de Ley de incorporación de la Directiva 2002/56/CE», en *RDNT*, núm. 14, 2007, pp. 39 ss.
- ARTACHO MARTÍN-LAGOS, Marta: «La controvertida firmeza del laudo», en *La Ley*, 2007-2, D-66.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla *contra proferentem*», en *RDNT*, núm. 14, 2007, pp. 17 ss.
- BATUECAS CALETRO, Alfredo: «La asunción de deuda en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RDP*, marzo-abril 2007, pp. 71 ss.
- BELLO JANEIRO, Domingo: «Responsabilidad directa de funcionarios. Responsabilidad patrimonial de la Administración. Responsabilidad solidaria de Administración y funcionario. Daño moral por actuación de funcionario. Competencia jurisdiccional de orden contencioso-administrativo. (Comentario a la STS de 17 de febrero de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 247 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Causa del contrato: causa lucrativa. Error y dolo: existencia; ejercicio de la acción de anulación. (Comentario a la STS de 5 de abril de 2006)» en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 475 ss.

- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan: «Naturaleza y ámbito del arbitraje en la Ley 60/2003. Asistencia judicial al arbitraje», en *La Ley*, 2007-2, D-151.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Daños corporales derivados de la avería de un ascensor. Falta de prueba del mal funcionamiento de los mecanismos del ascensor: exoneración de responsabilidad civil de la comunidad de propietarios titular dominical, de la compañía encargada del mantenimiento y de la entidad aseguradores de responsabilidad civil. Las manifestaciones contenidas en un documento público –acerca de los defectos del ascensor– pueden ser desvirtuados por el conjunto de la prueba practicada. (Comentario a la STS de 16 de marzo de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 391 ss.
- CARPIO, David: «La llamada conducción “suicida” y la responsabilidad de la víctima a propósito de la STS de 17 de octubre de 2005», en *La Ley*, 2007-2, D-91.
- CASAS PLANES, María Dolores: «Reflexión acerca del daño moral al enfermo psíquico derivado de actuaciones judiciales y del funcionamiento anormal de la Administración Pública ¿Son datos “personales” los datos de empresario individual?», en *La Ley*, 2007-2, D-97.
- «La reparación y la responsabilidad civil *ex delicto* en la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor de edad, modificada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre», en *RDP*, julio-agosto 2007, pp. 33 ss.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: «La llamada conducción “suicida” y la responsabilidad de la víctima a propósito de la STS de 17 de octubre de 2005», en *La Ley*, 2007-2, D-91.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio: «Lesión de la libertad sindical e indemnización de los daños morales. Otra discrepancia entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», en *La Ley*, 2007-2, D-87.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», en *La Ley*, 2007-2, D-130.
- DÍAZ PARDO, Gloria: «La esencialidad del término en el cumplimiento de las obligaciones», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2007, pp. 1404 ss.
- DURÁN RIVACOBA, Ramón: «La forma en la donación de inmuebles: unificación de doctrina por el Tribunal Supremo (STS del pleno de la Sala 1.ª de 11 de enero de 2007)», en *RDP*, julio-agosto 2007, pp. 79 ss.
- ESCRIBANO GÁMIR, Rosario Cristina: «La Directiva 2006/68/CE, de 6 de septiembre, en materia de tutela de los derechos de crédito de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social. Apuntes de una reforma anunciada», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 161 ss.
- FERRÉ, Juan y WARNER, Norman: «Los créditos con fianza de persona cercana al deudor (Análisis desde la perspectiva del Derecho alemán)», en *ADCon*, núm. 11, 2007, pp. 277 ss.
- FRANCO PAZ, Fernando de: «Fallecimiento por el impacto de una piedra arrojada desde un puente situado sobre una autopista de peaje. Doctrina de la

causalidad adecuada. Interrupción del nexo causal. (Comentario a la STS de 15 de diciembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 153 ss.

- «Lesiones ocasionadas al colisionar un ascensor con los amortiguadores del foso, por bajar a más velocidad de la normal. Presunción de causa. (Comentario a la STS de 16 de marzo de 2006)» en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 409 ss.

FUERTES LÓPEZ, Mercedes: «¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)», en *La Ley*, 2007-2, D-118.

GALÁN CORTÉS, Julio César: «Responsabilidad médico-sanitaria. Infección hospitalaria. Nexos de causalidad. Doctrina del daño desproporcionado. Normativa específica de protección de los consumidores. Principio culpabilístico. (Comentario a la STS de 5 de enero de 2007)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 995 ss.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: «Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad por hechos ajenos. Responsabilidad de empresarios por la actuación de sus dependientes. (Comentario a la STS de 23 de febrero de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 265 ss.

- «Responsabilidad en accidente de tráfico por atropello de especies cinegéticas. Novedades aportadas por la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos. Comentario a la SAP de Ourense de 2 de octubre de 2006», en *RDP*, marzo-abril 2007, pp. 93 ss.

GARCÍA ÁLVAREZ, Belén: «La responsabilidad del consignatario (a propósito de la STS de 22 de marzo de 2006)», en *La Ley*, 2007-2, D-83.

GARCÍA VIENTE, José Ramón: «Compensación, cesión de créditos y declaración de suspensión de pagos del deudor cedido (Comentario a la STS de 11 de julio de 2005)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 29 ss.

- «Cesión de crédito litigioso a favor de cofiadores solidarios del crédito cedido: cesión y subrogación por pago; fraude de ley. Sucesión procesal a cambio de parte. Incongruencia: doctrina general. Costas. (Comentario a la STS de 7 de febrero de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 179 ss.

GÁZQUEZ SERRANO, Laura: «Responsabilidad civil extracontractual. Venta a menores de un determinado producto para hacer experimentos. Responsabilidad civil por hechos ajenos; daños causados por menores. Responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva. Omisión del deber de vigilancia. Solidaridad en la responsabilidad civil del artículo 1903 del Código civil. (Comentario a la STS de 8 de marzo de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 343 ss.

GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: «Medidas de control de legalidad como prevención del incumplimiento en la construcción: en particular el control de las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria», en *RCDI*, núm. 700, 2007, pp. 477 ss.

GONZÁLEZ GRANDA, Piedad: «Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico», en *La Ley*, 2007-2, D-136.

- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Reclamación de parte de premio de lotería. Condena en costas. Litisconsorcio pasivo necesario. Enriquecimiento sin causa. Prueba del convenio de adquisición. (Comentario a la STS de 24 de abril de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 751 ss.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano: «Propiedad Horizontal. Venta de elementos privativos de un edificio. Nulidad de cláusulas contractuales no solicitadas por las partes. (Comentario a la STS de 16 de febrero de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 231 ss.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora: «La responsabilidad por incidencias en el equipaje en el transporte aéreo internacional», en *RDM*, núm. 262, 2006, pp. 1553 ss.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «El origen constitucional de la protección de los consumidores: fundamento de la Ley 44/2006», en *La Ley*, 2007-2, D-125.
- LEÓN, Francisco José: «La finalidad y la estructura de la acción rescisoria», en *ADCon*, núm. 11, 2007, pp. 53 ss.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: «Los arrendamientos rústicos en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2007, pp. 1237 ss.
- MACÍA MORILLO, Andrea: «Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico», en *AFDUAM*, núm. 10, 2006, pp. 65 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La investigación del patrimonio del obligado civilmente como responsable directo o subsidiario en el proceso penal», en *La Ley*, 2007-2, D-93.
- MARCO ALCALÁ, Luis Alberto: «Devengo de los intereses legales de demora del 20% anual en el pago de la indemnización del siniestro en el seguro de responsabilidad civil conforme a lo establecido en el Contrato de Seguro. Determinación del momento inicial para el cómputo de dichos intereses en la fecha del pronunciamiento judicial en primera instancia en el que se fijaba la cuantía exacta de la indemnización, y no en la fecha del siniestro, por la notable diferencia entre la cantidad pedida por la demandante y la reconocida por el referido fallo. (Comentario a la STS de 15 de marzo de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 643 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2007, pp. 1381 ss.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «La petición de condena en costas en demandas de indemnización», en *La Ley*, 2007-2, D-84.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «Los presupuestos de la acción de indemnización por daños y perjuicios en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas», en *RJC*, núm. 3, 2007, pp. 719 ss.
- MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep: «Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de un hijo con síndrome de Dawn. El médico no informó a la paciente del resultado negativo de la amniocentesis y de la necesidad de repetir la prueba. *Wrongful birth* y *wrongful life*».

(Comentario a la STS de 18 de mayo de 2006)» en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 517 ss.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Consumidores y usuarios: viaje combinado: reclamación de daños y perjuicios: responsabilidad solidaria de la mayorista y minorista por atentado terrorista en el lugar de destino. Inexistencia de caso fortuito por la existencia de precedentes y falta de adopción de las precauciones aconsejadas por las autoridades españolas. (Comentario a las SSTs de 11 de octubre de 2005 y 2 de febrero de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 57 ss.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «Nulidad por falta de objeto en compraventa de cuotas indivisas de local destinado a garaje; venta de más plazas de las verdaderamente utilizables y de las que constan en la escritura de obra nueva y en la licencia de apertura. (Comentario a la STS de 16 de mayo de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 487 ss. y *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 801 ss.

MARTÍNEZ ROSADO, Javier: «La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios: contenido y reflexiones a la luz de su articulado», en *RDBB*, núm. 106, 2007, pp. 83 ss.

MAS BADÍA, María Dolores: «Contrato de prenda sin desplazamiento de la posesión. Falta de inscripción en el Registro correspondiente. Improcedencia de su conversión en prenda ordinaria. (Comentario a la STS de 21 de marzo de 2006)» en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 419 ss.

MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: «El desprecio a los plazos de caducidad. ¿Aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva?», en *RJC*, núm. 3, 2007, pp. 771 ss.

MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «Resolución de un contrato de distribución en exclusiva. Resolución improcedente. No concurrencia de incumplimiento contractual. Pérdida del derecho del distribuidor a ser indemnizado. Consecuencias del incumplimiento de los presupuestos para el ejercicio de las facultades resolutorias y de desistimiento de los contratantes. (Comentario a la STS de 31 de mayo de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 903 ss.

MUNNÉ CATARINA, Frederic: «La tasación de las costas del proceso arbitral», en *RJC*, núm. 2, 2007, pp. 453 ss.

MUÑIZ ESPADA, Esther: «Enriquecimiento sin causa, inexistencia; procedimiento del artículo 131 LH; remate a favor de entidad bancaria por precio inferior al de tasación fijado en la escritura de préstamo; cumplimiento de los trámites legales; inexistencia de abuso de derecho. (Comentario a la STS de 16 de febrero de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 215 ss.

MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «La responsabilidad civil preconcursal de los administradores en las sociedades de capital. Efectos del convenio concursal societario», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 183 ss.

MURILLO VILLAR, Alfonso: «La responsabilidad del mandatario en el *mandatum incertum*», en *RJNot.*, núm. 62, 2007, pp. 193 ss.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia: «Responsabilidad civil. Daños causados por explosión producida durante un incendio, provocada por la existencia de

una claraboya en el patio de luces. Relación de causalidad. Imputación objetiva. Deber de motivación de las sentencias. (Comentario a la STS de 27 septiembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 43 ss.

OLMO GARCÍA, Pedro del: «Responsabilidad extracontractual de la Administración junto con particulares. Condena solidaria de un Ayuntamiento, junto al socorrista, el dueño de una piscina privada abierta al público y su compañía de seguros, por la situación de la piscina, en la que una menor sufre un semiahogo por inmersión. (Comentario a la STS de 30 de noviembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 101 ss.

PERALES VISCASILLAS, Pilar: «Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la ley modelo de la CNUDMI», en *RJC*, núm. 2, 2007, pp. 415 ss.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.^a del Pilar: «La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo», en *RJUAM*, núm. 14, 2006, pp. 201 ss.

PÉREZ FUENTES, Gisela María: «Evolución legislativa y jurisprudencial del daño moral en México», en *RJNot.*, núm. 62, 2007, pp. 217 ss.

PIÑOLETA, Luis M.: «El privilegio del porteador y el concurso de acreedores», en *ADCon.*, núm. 11, 2007, pp. 105 ss.

— «El subtransporte: análisis crítico y teórico de un concepto práctico», en *RDM*, núm. 262, 2006, pp. 1401 ss.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «Contrato de seguro. Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y cláusulas de delimitación del riesgo. Control de inclusión. Suma asegurada. Seguro de defensa jurídica. (Comentario a la STS de 11 de septiembre de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 953 ss.

RIBOT IGUALADA, Jordi: «Nexo de causalidad y daño resarcible en un supuesto de responsabilidad médico-sanitaria por omisión de la información previa y adecuada sobre los riesgos que entraña una intervención quirúrgica imprescindible. (Comentario a la STS de 10 de mayo de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 773 ss.

RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: «Consumidores y Usuarios: Concepto de consumidor. No es consumidor quien adquiere electricidad para consumo industrial destinándola a la explotación de su negocio de hostelería. Acción de enriquecimiento sin causa: requisitos para su ejercicio. El error del empobrecido, aunque pueda tener consecuencias jurídicas, no suple la falta de causa de la atribución o desplazamiento patrimonial, necesaria para la existencia de enriquecimiento injustificado. Tal causa existe en el contrato de suministro que les vinculaba, aun cuando su funcionamiento haya sido anormal a consecuencia del error padecido por la suministradora, debiéndose de haber ejercitado la acción de cumplimiento de contrato. Cláusula contractual nula. Cláusula abusiva de aplicación en la relación con consumidores. (Comentario a la STS de 15 de diciembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 137 ss.

RUBIO GARRIDO, Tomás: «Negocios coligados. Naturaleza real del contrato de préstamo. Preclusión de la aportación de documentos que no se acom-

- pañaron a la demanda. Adquisición de acciones propias. Asistencia financiera para facilitar adquisición de acciones de la propia entidad prestamista, con garantía dada por las propias acciones. Causa ilícita y torpe. Causa falsa. Error en el consentimiento. Dolo. Invocación como reconvencción y no como excepción de fondo. *Dies a quo* del plazo de cuatro años. Confirmación tácita. (Comentario a la STS de 5 de abril de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 693 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «De nuevo, el valor obligacional de las cartas de patrocinio», en *RDBB*, núm. 106, 2007, pp. 169 ss.
- SEISDEDOS MUIÑO, Ana: «Ámbito de aplicación de la Ley 40/2002, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, después de su reforma en 2006», en *RDP*, mayo-junio 2007, pp. 3 ss.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia: «Responsabilidad por vicios constructivos. Ruina: inexistencia: falta de unos centímetros de altura e inferior superficie de habitaciones dobles respecto del proyecto de la obra: defectos fácilmente corregibles e indemnizables. (Comentario a la STS de 21 de febrero de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 613 ss.
- SERRATO MARTÍNEZ, Luis: «La responsabilidad civil del laboratorio fabricante de medicamentos: el caso Agreal», en *La Ley*, 2007-2, D-152.
- SILVA RUIZ, Pedro F.: «Interpretación del contrato (en Derecho puertorriqueño, con referencia al derecho comparado y al internacional)», en *RDP*, mayo-junio 2007, pp. 27 ss.
- SOLÉ FELIU, Josep: «Daños sufridos en la práctica de un deporte. Responsabilidad civil del organizador de la Vuelta Ciclista a España. Caída de un ciclista profesional mientras participaba en la prueba. Delimitación de la asunción del riesgo. (Comentario a la STS de 22 de mayo de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 869 ss.
- SOLÉ FELIU, Josep y MARTÍN CASALS, Miquel: «Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de un hijo con síndrome de Dawn. El médico no informó a la paciente del resultado negativo de la amniocentesis y de la necesidad de repetir la prueba. *Wrongful birth* y *wrongful life*. (Comentario a la STS de 18 de mayo de 2006)» en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 517 ss.
- SOSA WAGNER, Francisco: «¿Pueden los contratos quedar en caso? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)», en *La Ley*, 2007-3, D-118.
- SUAY RINCÓN, José: «Responsabilidad patrimonial de la Administración y Urbanismo: Determinación de los supuestos indemnizatorios y régimen jurídico aplicable [Un intento de (re)interpretación de la normativa urbanística a la luz de la normativa general sobre responsabilidad patrimonial de la Administración]», en *RDU*, núm. 232, 2007, pp. 31 ss.
- TALMA CHARLES, Javier: «Contrato de obra. Ruina funcional y ruina potencial por deficiencias en la red de saneamientos y conducción eléctrica. Responsabilidad del aparejador (arquitecto técnico; director de la ejecución de la obra, utilizando la terminología de la Ley de Ordenación de la Edificación). (Comentario a la STS de 15 de diciembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 119 ss.

- VARGAS BENJUMEA, Inmaculada: «La reserva de dominio en la venta a plazos de bienes muebles», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2007, pp. 1859 ss.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «La PAC y el pago único en España», en *RGLJ*, núm. 2, 2007, pp. 237 ss.
- WERNER, Norman y FERRÉ, Juan: «Los créditos con fianza de persona cercana al deudor (Análisis desde la perspectiva del Derecho alemán)», en *ADCon.*, núm. 11, 2007, pp. 277 ss.
- ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes: «Reclamación de cantidad fundada en un contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, por parte de la destinataria de las mercancías, contra la porteadora y la consignataria del buque en el puerto de destino. Condición de comisionista o agente de la consignataria, por lo que no es responsable frente a la destinataria del contrato de transporte por incumplimiento del porteador. Desestimación de la litispendencia impropia. El conocimiento de embarque como título de tradición atribuye la condición de poseedor mediato de las mercancías. (Comentario a la STS de 22 de marzo de 2006)» en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 433 ss. y *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 673 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- AFONSO RODRÍGUEZ, M.^a Elvira: «Los montes en el Registro de la Propiedad», en *RGLJ*, núm. 2, 2007, pp. 151 ss.
- ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto: «La Ley de la Garantía Mobiliaria peruana y sus aspectos registrales», en *RCDI*, núm. 700, 2007, pp. 713 ss.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume: «El arbitraje internacional ante los tribunales españoles», en *RJC*, núm. 3, 2007, pp. 657 ss.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «Nulidad, error relevante, diligencia, buena fe, confianza, asiento de presentación, anotación preventiva de embargo, notas simples informativas. (Comentario a la STS de 22 de mayo de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 857 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Propiedad Intelectual: derecho moral de integridad y destrucción del soporte original de una obra plástica. (Comentario a la STS de 6 de noviembre de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 979 ss.
- CANALS BRAGUE, Fernando: «El incierto porvenir de la hipoteca en España (a propósito de algunos proyectos más o menos normativos)», en *La Ley*, 2007-2, D-90.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «Agotamiento del derecho de marca: alcance, requisitos y límites conforme a la doctrina del TJCE», en *Actualidad Civil*, núm. 14, 2007, pp. 1619 ss.
- COLAO, Carlos: «La impugnación de las participaciones hipotecarias en el concurso de acreedores», en *ADCon.*, núm. 11, 2007, pp. 229 ss.
- CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón: «La Llei de Propietat Horitzontal catalana (2.^a part)», en *RJC*, núm. 2, 2007, pp. 497 ss.

- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Anotación preventiva de embargo. Testimonio del auto de aprobación del remate que causa el correspondiente asiento de inscripción del dominio a favor del cesionario del remate. Negativa de la Registradora a cancelar una serie de cargas posteriores por presentarse el mandamiento cancelatorio en el Registro después de caducada la anotación origen del remate y de su prórroga. Principios de tracto sucesivo y de prioridad (Comentario a la RDGRN de 14 de marzo de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 369 ss.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Usufructo viudal universal, legítima de los hijos menores y conflicto de intereses en la sucesión», en *RJC*, núm. 3, 2007, pp. 789 ss.
- GASPAR LERA, Silvia: «Propiedad Horizontal. Acuerdo por el que se nombra presidente de una Comunidad a quien carece de la condición de copropietario: nulidad de pleno derecho del citado nombramiento (Comentario a la STS de 30 de junio de 2005)» en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 567 ss.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Usufructo testamentario con facultad de disponer en caso de necesidad. Regularidad de la disposición consiguiente. Ausencia de (prueba) de mala fe, abuso del derecho o ánimo de perjudicar (Comentario a la STS de 6 de abril de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 725 ss.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano: «Propiedad Horizontal. Venta de elementos privativos de un edificio. Nulidad de cláusulas contractuales no solicitadas por las partes (Comentario a la STS de 16 de febrero de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 231 ss.
- IGLESIAS MONJE, María Isabel de la: «El Registro de la Propiedad y el nuevo Estatuto de Cataluña», en *La Ley*, 2007-3, D-114.
- «Actualidad del derecho de superficie como medida de intervención de los poderes públicos en materia de vivienda. El caso específico de Castilla y León», en *RDU*, núm. 233, 2007, pp. 111 ss.
- JIMENO BULNES, María del Mar: «El derecho a la interpretación y traducción gratuitas», en *La Ley*, 2007-2, D-62.
- LATORRE HERNÁNDEZ, Manuel: «El derecho de superficie en la Ley de Suelo 8/2007. Aplicaciones prácticas en relación con la normativa urbanística valenciana», en *RDU*, núm. 235, 2007, pp. 87 ss.
- LEISTNER, Matthias: «El derecho comparado en la propiedad intelectual: importancia teórica y relevancia práctica», en *RDPr*, julio-agosto 2007, pp. 63 ss.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P.: «El derecho a la imagen de las cosas propias», en *RGLJ*, núm. 2, 2007, pp. 215 ss.
- MARTÍN BERNAL, José Manuel: «Notas abreviadas y comparativas entre la Ley de Propiedad Horizontal 49/1960, de 21 de julio, y la Ley 5/2006, de 10 de mayo, de Cataluña», en *AC*, núm. 13, 2007, pp. 1491 ss.
- «Las urbanizaciones, los conjuntos inmobiliarios y el Registro de la Propiedad en la Ley de Propiedad Horizontal», en *RCDI*, núm. 701, 2007, pp. 1273 ss.

- MAS BADÍA, María Dolores: «Contrato de prenda sin desplazamiento de la posesión. Falta de inscripción en el Registro correspondiente. Improcedencia de su conversión en prenda ordinaria (Comentario a la STS de 21 de marzo de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 419 ss.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: «Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario», en *RCDI*, núm. 700, 2007, pp. 571 ss.
- MIRAMBELL I ABANCÓ, Antoni: «Els censos en l'actual Codi civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 2, 2007, pp. 337 ss.
- MÚÑIZ ESPADA, Esther: «Enriquecimiento sin causa, inexistencia; procedimiento del artículo 131 LH; remate a favor de entidad bancaria por precio inferior al de tasación fijado en la escritura de préstamo; cumplimiento de los trámites legales; inexistencia de abuso de derecho (Comentario a la STS de 16 de febrero de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 215 ss.
- PARDO NÚÑEZ, Celestino Ricardo: «El Registro de la Propiedad y el nuevo Estatuto de Cataluña», en *La Ley*, 2007-2, D-114.
- PARRA, M.^a Ángeles: «Publicidad registral de la ilegalidad de la licencia de construcción», en *RDPPr*, noviembre-diciembre 2006, pp. 97 ss.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar: «La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios de UNIDROIT y los Principios del Derecho Contractual Europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas», en *La Ley*, 2007-2, D-128.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.^a del Pilar: «La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo», en *RJUAM*, núm. 14, 2006, pp. 201 ss.
- RIVERA SABATÉS, Vidal: «En torno a la noción de cosas consumibles, inconsumibles y deteriorables», en *RDPPr*, noviembre-diciembre 2006, pp. 111 ss.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «La propiedad inmobiliaria en la nueva Ley estatal de Suelo», en *RCDI*, núm. 701, 2007, pp. 1225 ss.
- VARGAS BENJUMEA, Inmaculada: «La reserva de dominio en la venta a plazos de bienes muebles», en *AC*, núm. 16, 2007, pp. 1859 ss.
- VILALTA NICUESA, Aura Esther: «Revocación de acuerdo adoptada por unanimidad en junta de propietarios. Requisitos. Distinción entre actos de carácter provisional, temporal o precario que revistan notas propias de un acto de administración y actos con carácter definitivo (Comentario a la STS de 19 de mayo de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 831 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- ADROHER BIOSCA, Salomé: «Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español», en *RCDI*, núm. 701, 2007, pp. 949 ss.

- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: «Separación de bienes. Concepto de cargas del matrimonio. No constituye carga del matrimonio, a los efectos del abono proporcional por ambos cónyuges, los gastos producidos por determinados bienes adquiridos en copropiedad durante el matrimonio (Comentario a la STS de 31 de mayo de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 898 ss.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Eficacia de los acuerdos privados entre los cónyuges en orden a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Interpretación de los contratos. Solicitud extemporánea de cumplimiento de un Convenio veinte años después (Comentario a la STS de 3 de febrero de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 165 ss.
- CALVO BOROBIA, Kerman: «Necesidades políticas y protesta colectiva en la regulación de los matrimonios homosexuales en España», en *AFDUAM*, núm. 10, 2006 pp. 139 ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea», en *RCDI*, núm. 700, 2007, pp. 443 ss.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, y CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea», en *RCDI*, núm. 700, 2007, pp. 443 ss.
- CASADO CASADO, Belén: «El asentimiento de los padres biológicos en el procedimiento de adopción de menores», en *RDF*, núm. 35, 2007, pp. 51 ss.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Modo de hacer efectiva la responsabilidad sobre los bienes gananciales tras su adjudicación al cónyuge no deudor. Procedencia de la inoponibilidad de las capitulaciones e improcedencia de la acción revocatoria. Efectos registrales (Comentario a la STS de 1 de marzo de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 297 ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», en *AC*, núm. 15, 2007, pp. 1738 ss.
- DE LORA DEL TORO, Pablo: «¿Qué hay de malo en tener hijos?», en *AFDUAM*, núm. 10, 2006 pp. 45 ss.
- DOMÍNGUEZ LOZANO, Pilar: «Nuevas estructuras familiares en la Unión Europea», en *AFDUAM*, núm. 10, 2006 pp. 189 ss.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano», en *AFDUAM*, núm. 10, 2006 pp. 33 ss.
- FLAQUER, Lluís: «Familia y políticas públicas», en *AFDUAM*, núm. 10, 2006 pp. 229 ss.
- GARCÍA GARCÍA, Ricardo: «El artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *AFDUAM*, núm. 10, 2006 pp. 241 ss.

- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica», en *AFDUAM*, núm. 10, 2006 pp. 113 ss.».
- GARCÍA VARELA, Román: «El plan de pensiones y la sociedad de gananciales», en *La Ley*, 2007-2, D-94.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura: «La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (La nueva redacción del art. 68 del CC tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio)», en *RDP*, marzo-abril 2007, pp. 3 ss.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «La sociedad de gananciales, en general, y su liquidación, en particular, en el Código Civil desde 1889 hasta 1981: el camino hacia la plena igualdad de los cónyuges», en *RCDI*, núm. 701, 2007, pp. 1147 ss.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro: «Derecho a convivir en pareja y libertad de conciencia», en *AFDUAM*, núm. 10, 2006 pp. 159 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDA, Carlos: «La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto (pero querido) de una reforma matrimonial», en *RDP*, julio-agosto 2007, pp. 3 ss.
- MEIL LANDWELIN, Gerardo: «Actitudes y uso social de las uniones de hecho en España», en *AFDUAM*, núm. 10, 2006 pp. 95 ss.
- MONDÉJAR PEÑA, M.^a Isabel: «La obligación de alimentos y las políticas de la Administración española sobre la protección de los mayores y dependientes», en *RJUAM*, núm. 14, 2006, pp. 127 ss.
- PANIZO Y ROMO DE ARCE, Alberto: «Síntesis legislativa del tratamiento en España de los matrimonio de complacencia», en *RDP*, marzo-abril 2007, pp. 47 ss.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «Relaciones patrimoniales en las uniones de hecho», en *RDF*, núm. 35, 2007, pp. 25 ss.
- PÉREZ MAYOR, Adrián: «La entelequia de la custodia compartida o alterna en los procedimientos contenciosos», en *RJC*, núm. 3, 2007, pp. 807 ss.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «La nueva regulación del derecho matrimonial español: bases y principios», en *AFDUAM*, núm. 10, 2006 pp.15 ss.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Algunas dudas sobre el denominado contrato de donación de gametos y preembriones», en *RDF*, núm. 35, 2007, pp. 65 ss.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique: «Convenio regulador: rescisión por lesión. Caducidad enriquecimiento injusto. (Comentario a la STS de 27 de marzo de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 465 ss.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «Familia y Constitución», en *AFDUAM*, núm. 10, 2006 pp. 207 ss.
- RUIZ MORENO, José María: «Filiación no matrimonial: acción de reclamación de la paternidad. Procedencia. Negativa injustificada del demandado a someterse a las pruebas biológicas de paternidad. Valor indiciario. Con-

junción de la negativa con otras pruebas e indicios (Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 89 ss.

TAMAYO HAYA, Silvia: «La custodia compartida como alternativa legal», en *RCDI*, núm. 700, 2007, pp. 667 ss.

VERDA Y BELMONTE, José Ramón de: «Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», en *La Ley*, 2007-2, D-70.

DERECHO DE SUCESIONES

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Comentario a la STS de 24 de enero de 2006 sobre unas cosas que después de haberlas legado fueron donadas a los legatarios», en *RDP*, mayo-junio 2007, pp. 65 ss.

— «Comentario a la STS de 21 de marzo de 2006 sobre si redactado el testamento abierto es preciso, además, que el testador lo firme, se recoja específicamente en el documento la manifestación del testador de estar conforme con él», en *RDP*, mayo-junio 2007, pp. 68 ss.

ALEMÁN MONTERREAL, Ana: «Facultades dispositivas del fiduciario en el fideicomiso de residuo», en *RJNot.*, núm. 62, 2007, pp. 9 ss.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín: «El *testamentum militis*», en *RJNot.*, núm. 62, 2007, pp. 43 ss.

CERDÁ GIMENO, José: «De la fiducia sucesoria a la sucesión contractual en la empresa familiar», en *RJNot.*, núm. 62, 2007, pp. 89 ss.

ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Usufructo viudal universal, legítima de los hijos menores y conflicto de intereses en la sucesión», en *RJC*, núm. 3, 2007, pp. 789 ss.

GALICIA AIZPURÚA, Gorka: «Rescisión de la partición hereditaria convencional por omisión deliberada de los legatarios de cuota (Comentario a la STS de 12 de junio de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 921 ss.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Usufructo testamentario con facultad de disponer en caso de necesidad. Regularidad de la disposición consiguiente. Ausencia de (prueba) de mala fe, abuso del derecho o ánimo de perjudicar (Comentario a la STS de 6 de abril de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 725 ss.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, Carmen: «El cónyuge viudo como contador-partidor en el derecho sucesorio español (art. 831 del Código Civil)», en *RJNot.*, núm. 62, 2007, pp. 181 ss.

PALOMINO DÍEZ, Isabel: «La pérdida de lo dejado al tutor designado en consideración a su nombramiento. Análisis de los aspectos más controvertidos del artículo 257 CC», en *RDP*, mayo-junio 2007, pp. 47 ss.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «El tratamiento de las nulidades formales del testamento abierto», en *RJNot.*, núm. 62, 2007, pp. 273 ss.

SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, Alberto: «El enigma del Legado (a propósito de un famoso testamento)», en *La Ley*, 2007-2, D-106.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «Inclusión o exclusión de un bien en el acervo hereditario. División de la cuota láctea en tanto forma parte de la herencia. Completar la partición para corregir la omisión de la cuota láctea (Comentario a la STS de 4 de mayo de 2005)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 17 ss.

VERDA Y BELMONTE, José Ramón de: «Nulidad de testamento. Manifestación del testador de que lo leído por el Notario es conforme a su voluntad. Modalidades de manifestación y reflejo de la misma en el testamento (Comentario a la STS de 21 de marzo de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 663 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

ÁLVAREZ RIGAUDIAS, Cecilia: «¿Son datos “personales” los datos de empresario individual?», en *La Ley*, 2007-2, D-107.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar: «Los blindajes: ¿pero de quién es la empresa?», en *La Ley*, 2007-2, D-80.

CASADO CERVIÑO, Alberto: «Agotamiento del derecho de marca: alcance, requisitos y límites conforme a la doctrina del TJCE», en *AC*, núm. 14, 2007, pp. 1619 ss.

FRANCO I SALA, Lluís: «La nueva Ley de Defensa de la Competencia y los órganos autonómicos», en *GJ*, núm. 248, 2007, pp. 102 ss.

Este artículo analiza los pasos seguidos hasta el momento en el proceso de revisión del marco normativo de la defensa de la competencia en España, iniciada en 2005 con el Libro Blanco para la reforma del sistema español, e incluye el Anteproyecto y Proyecto de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, así como su tramitación en las Cortes Generales.

COCINA ARRIETA, Beatriz: «¿Son datos “personales” los datos de empresario individual?», en *La Ley*, 2007-2, D107.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «Sobre la licitud de la publicidad comparativa referente a productos con denominación de origen: las paradojas de la sentencia “Malheur Brut Réserve”», en *GJ*, núm. 248, 2007, pp. 82 ss.

HEREDIA CERVANTES, Iván: «Infracción de patentes y pluralidad de demandado en el ámbito comunitario», en *La Ley*, 2007-2, D-104.

MÚÑOZ DELGADO, Carmen: «Auditoría de cuentas e información de terceros», en *DN*, núm. 204, 2007, pp. 5 ss.

PÉREZ VAN DAPPEL, Antonio: «El desarrollo jurisprudencial del Derecho de la competencia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el año 2006», en *GJ*, núm. 248, 2007, pp. 62 ss.

- ROY PÉREZ, Cristina: «La intervención del perito como experto en los procesos judiciales en materia de patentes», en *RDM*, núm. 262, 2006, pp. 1489 ss.
- TORRENT, Ramón: «Derecho comunitario e inversiones extranjeras directas: libre circulación de los capitales vs. regulación no discriminatoria del establecimiento. De la *golden share* a los nuevos *open skies*», en *REDE*, núm. 22, 2007, pp. 282 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, y SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel: «Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad (A vueltas con los pactos de *tag-* y de *drag-along*)», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 133 ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRACOSA GONZÁLEZ, J.: «Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 59 ss.
- CARRACOSA GONZÁLEZ, J., y CALVO CARAVACA, Alfonso Luis.: «Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 59 ss.
- ESCRIBANO GÁMIR, Rosario Cristina: «La Directiva 2006/68/CE, de 6 de septiembre, en materia de tutela de los derechos de crédito de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social. Apuntes de una reforma anunciada», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 161 ss.
- FARRANDO MIGUEL, Ignacio: «Examinando críticamente la regulación de la Junta universal en la Ley de Sociedades Anónimas», en *RDM*, núm. 262, 2006, pp. 1307 ss.
- IGLESIAS, Juan Luis, y PAZ-ARES, Cándido: «Obligaciones convertibles y exclusión del derecho de suscripción preferente», en *RCDI*, núm. 700, 2007, pp. 533 ss.
- MARÍN HITTA, Luis: «Sociedad Anónima: nulidad de junta general de accionistas y de Consejos de Administración y, consecuentemente, de todos los acuerdos adoptados en ambos. Incumplimiento de los requisitos para la solicitud pública de representación. Otorgamiento de más de tres representaciones a una misma persona sin que en el documento en el que se otorga se establezcan las menciones legales exigidas (Comentario a la STS de 6 de julio de 2005)» en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 581 ss.
- MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «La responsabilidad civil preconcursal de los administradores en las sociedades de capital. Efectos del Convenio concursal societario», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 183 ss.
- ORTEGA REINOSO, Gloria: «Sociedad profesional: composición de los despachos de abogados», en *RDP*, noviembre-diciembre 2006, pp. 75 ss.
- PAZ-ARES, Cándido, e IGLESIAS, Juan Luis: «Obligaciones convertibles y exclusión del derecho de suscripción preferente», en *RCDI*, núm. 700, 2007, pp. 533 ss.

- PEÑAS MOYANO, Benjamín: «Algunas consideraciones en relación al Derecho estadounidense de sociedades por acciones», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 231 ss.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar: «Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la ley modelo de la CNUDMI», en *RJC*, núm. 2, 2007, pp. 415 ss.
- PÉREZ CARRILLO, Elena F., y RAMOS, María Elisabete: «El seguro de responsabilidad de administradores y altos ejecutivos, *D&O*, en España y Portugal, a la luz de los regímenes de responsabilidad de los administradores», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 257 ss.
- PÉREZ RODRÍGUEZ, Ángela M.^a: «La compensación entre un crédito de la sociedad *in bonis* y el crédito de liquidación del socio excluido como consecuencia de su concurso», en *ADCon*, núm. 11, 2007, pp. 153 ss.
- RAMOS, María Elisabete, y PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «El seguro de responsabilidad de administradores y altos ejecutivos, *D&O*, en España y Portugal, a la luz de los regímenes de responsabilidad de los administradores», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 257 ss.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Negocios coligados. Naturaleza real del contrato de préstamo. Preclusión de la aportación de documentos que no se acompañaron a la demanda. Adquisición de acciones propias. Asistencia financiera para facilitar adquisición de acciones de la propia entidad prestamista, con garantía dada por las propias acciones. Causa ilícita y torpe. Causa falsa. Error en el consentimiento. Dolo. Invocación como reconvencción y no como excepción de fondo. *Dies a quo* del plazo de cuatro años. Confirmación tácita (Comentario a la STS de 5 de abril de 2006)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 693 ss.
- SACRISTÁN BERGIA, Fernando: «El marco de las relaciones entre el concurso de acreedores y la disolución de la sociedad de responsabilidad limitada», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 109 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Líneas generales del nuevo régimen sobre las OPAs», en *RDBB*, núm. 106, 2007, pp. 9 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «La retribución de los administradores de sociedades cotizadas (La información societaria como solución)», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 19 ss.
- SÁNCHEZ LÓPEZ-CHICHERI, Álvaro: «¿Tiene el socio derecho a solicitar la expedición de certificación de los acuerdos del Consejo de administración? Algunas reflexiones sobre el derecho de información del socio», en *La Ley*, 2007-2, D-141.
- SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel, y BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad (A vueltas con los pactos de *tag-* y de *drag-along*)», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 133 ss.
- TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio: «Sociedad mercantil *versus* Banco», en *La Ley*, 2007-2, D-13228.
- TORRENT, Ramón: «Derecho comunitario e inversiones extranjeras directas: libre circulación de los capitales *vs.* regulación no discriminatoria del

establecimiento. De la *golden share* a los nuevos *open skies*», en *REDE*, núm. 22, 2007, pp. 282 ss.

VARGAS VASSEROT, Carlos: «Las NIC 32 y el capital social cooperativo», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 101 ss.

VERDÚ CAÑETE, María José: «Discordancia entre el domicilio y la administración central de la Sociedad Anónima Europea», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 217 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco: «La cuestión lingüística en la regulación de los mercados de valores de la Unión Europea: un paso adelante en el proceso de integración», en *DN*, núms. 202-203, 2007, pp. 5 ss.

TUSQUETS TRÍAS DE BES, Francisco: «El asesoramiento financiero. Nuevo servicio de inversión», en *DN*, núm. 201, 2007, pp. 7 ss.

URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: «La aplicación de la “MIFID” a las entidades de crédito. Una aproximación a partir del Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley del Mercado de Valores», en *RDBB*, núm. 106, 2007, pp. 9 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume: «El arbitraje internacional ante los tribunales españoles», en *RJC*, núm. 3, 2007, pp. 657 ss.

ARROYO APARICIO, Alicia: «Comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores: el proyecto de ley de incorporación de la Directiva 2002/56/CE», en *RDNT*, núm. 14, 2007, pp. 39 ss.

BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla *contra proferentem*», en *RDNT*, núm. 14, 2007, pp. 17 ss.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora: «La responsabilidad por incidencias en el equipaje en el transporte aéreo internacional», en *RDM*, núm. 262, 2006, pp. 1553 ss.

MARTÍ MIRAVALLS, Jaume, y RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «La reforma del régimen de transparencia en materia de franquicia: un paso adelante y una ocasión perdida», en *RDM*, núm. 262, 2006, pp. 1355 ss.

MARTÍNEZ ROSADO, Javier: «La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios: contenido y reflexiones a la luz de su articulado», en *RDBB*, núm. 106, 2007, pp. 83 ss.

MUÑOZ DELGADO, Carmen: «Auditoría de cuentas e información de terceros», en *DN*, núm. 204, 2007, pp. 5 ss.

PIÑOLETA, Luis M.: «El privilegio del porteador y el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 11, 2007, pp. 105 ss.

— «El subtransporte: análisis crítico y teórico de un concepto práctico», en *RDM*, núm. 262, 2006, pp. 1401 ss.

RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: «Consumidores y Usuarios: concepto de consumidor. No es consumidor quien adquiere electricidad para consumo industrial destinándola a la explotación de su negocio de hostelería. Acción de enriquecimiento sin causa: requisitos para su ejercicio. El error del empobrecido, aunque pueda tener consecuencias jurídicas, no suple la falta de causa de la atribución o desplazamiento patrimonial, necesaria para la existencia de enriquecimiento injustificado. Tal causa existe en el contrato de suministro que les vinculaba, aun cuando su funcionamiento haya sido anormal a consecuencia del error padecido por la suministradora, debiéndose de haber ejercitado la acción de cumplimiento de contrato. Cláusula contractual nula. Cláusula abusiva de aplicación en la relación con consumidores (Comentario a la STS de 15 de diciembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 137 ss.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio, y MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «La reforma del régimen de transparencia en materia de franquicia: un paso adelante y una ocasión perdida», en *RDM*, núm. 262, 2006, pp. 1355 ss.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «De nuevo, el valor obligacional de las cartas de patrocinio», en *RDBB*, núm. 106, 2007, pp. 169 ss.

VIRGÓS SORIANO, Miguel: «Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958», en *La Ley*, 2007-2, D-74.

ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes: «Reclamación de cantidad fundada en un contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, por parte de la destinataria de las mercancías, contra la porteadora y la consignataria del buque en el puerto de destino. Condición de comisionista o agente de la consignataria, por lo que no es responsable frente a la destinataria del contrato de transporte por incumplimiento del porteador. Desestimación de la litispendencia impropia. El conocimiento de embarque como título de tradición atribuye la condición de poseedor mediato de las mercancías (Comentario a la STS de 22 de marzo de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 433 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

GARCÍA-CRUCES, José Antonio: «Pago de cheque falso o falsificado. Falta de diligencia del librador (Comentario a la STS de 22 de septiembre de 2005)», en *CCJC*, núm. 74, 2007, pp. 595 ss.

DERECHO CONCURSAL

AYALA MUÑOZ, José María, y FERNÁNDEZ-ACEYTUNO, Ramón: «Solicitud de concurso voluntario con petición de apertura de fase de liquidación», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 239 ss.

- ABLANEDO REYES, Emilio: «Supuestos en los que las administraciones públicas pueden iniciar o continuar un procedimiento ejecutivo tras la declaración del concurso», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 197 ss.
- ALCOVER GARAU, Guillermo: «Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 91 ss.
- BELTRÁN, Emilio: «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 11, 2007, pp. 29 ss.
- COLAO, Carlos: «La impugnación de las participaciones hipotecarias en el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 11, 2007, pp. 229 ss.
- ETXARANDIO HERRERA CUEVAS, Edorta: «Sobre la posibilidad de plantear expirado el plazo para impugnar la lista de acreedores, pretensiones de modificación del contenido de la misma», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 209 ss.
- FERNÁNDEZ-ACEYTUNO, Ramón, y AYALA MUÑOZ, José María: «Solicitud de concurso voluntario con petición de apertura de fase de liquidación», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 239 ss.
- GONZÁLEZ BILBAO, Emilio: «La entrega de bienes como pago antes del concurso y su incierta reintegración», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 215 ss.
- HERRERA, Christian: «La conclusión del concurso de persona jurídica por inexistencia de bienes y derechos», en *ADCon*, núm. 11, 2007, pp. 595 ss.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «Quiebra: nulidad de la compraventa realizada en el período de retroacción de la declaración de la quiebra; devolución de la cosa con los frutos obtenidos y devolución del precio con los intereses correspondientes (Comentario a la STS de 24 de marzo de 2006)» en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 453 ss.
- LEÓN, Francisco José: «La finalidad y la estructura de la acción rescisoria», en *ADCon*, núm. 11, 2007, pp. 53 ss.
- LLEBOT MAJOM, José O.: «Enajenación real de la empresa (o de alguna de las unidades productivas que la integran o de activos esenciales de la misma) antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 39 ss.
- MONTÉS, Vicente L.: «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», en *ADCon*, núm. 11, 2007, pp. 7 ss.
- MORILLAS JARILLO, María José: «Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal (y II)», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 53 ss.
- MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «La responsabilidad civil preconcursal de los administradores en las sociedades de capital. Efectos del convenio concursal societario», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 183 ss.

- ÑÚÑEZ-LAGOS BURGUERA, Alberto: «Restricciones en el mercado español de deuda concursal: el artículo 122.1.2.º de la Ley Concursal», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 129 ss.
- PÉREZ RODRÍGUEZ, Ángela M.^a: «La compensación entre un crédito de la sociedad *in bonis* y el crédito de liquidación del socio excluido como consecuencia de su concurso», en *ADCon*, núm. 11, 2007, pp. 153 ss.
- PÉREZ ROYO, Fernando: «El privilegio general de los créditos tributarios en el concurso (según la “interpretación auténtica” contenida en el Proyecto de Ley de Ejecución Singular)», en *ADCon*, núm. 11, 2007, pp. 193 ss.
- PIÑOLETA, Luis M.: «El privilegio del porteador y el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 11, 2007, pp. 105 ss.
- PRENDES, Pedro: «Concurrencia de ejecuciones: apremio administrativo y concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 11, 2007, pp. 563 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Los concursos de acreedores sin masa activa *ab initio*: un problema a resolver», en *La Ley*, 2007-2, D-96.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «La responsabilidad de los administradores concursales», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 17 ss.
- ROMERO SÁNCHEZ, Antonio: «Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital (a propósito de la Sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 143 ss.
- SACRISTÁN BERGIA, Fernando: «El marco de las relaciones entre el concurso de acreedores y la disolución de la sociedad de responsabilidad limitada», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 109 ss.
- VELA, Pedro José: «La pluralidad de acreedores como requisito del concurso», en *ADCon*, núm. 11, 2007, pp. 221 ss.
- VELASCO FABRA, Guillermo: «La reforma de la legislación concursal italiana», en *RCDI*, núm. 701, 2007, pp. 1307 ss.
- VILLORIA RIVERA, Íñigo: «La subordinación de los créditos de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 225 ss.
- YANES YANES, Pedro: «La suficiencia de masa como cuestionable presupuesto del concurso (nota al Auto de la AP Barcelona, Sección 15.^a, de 22 de febrero de 2007)», en *RDCP*, núm. 7, 2007, pp. 167 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- ALCÁZAR AVELLANEDA, Juan Miguel: «El urbanizador en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia», en *RDU*, núm. 233, 2007, pp. 29 ss.

- ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario: «Planeamiento urbanístico. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia (2006)», en *RDU*, núm. 234, 2007, pp. 105 ss.
- CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio: «El urbanismo y el medio ambiente en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *RDU*, núm. 233, 2007, pp. 133 ss.
- CARRILLO MORENTE, José Antonio, y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «¿Abastecimiento municipal de agua potable para asentamientos residenciales irregulares en suelo rústico?», en *RUE*, núm. 15, 2007, pp. 13 ss.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «El régimen del suelo: clasificación y deberes y derechos de los propietarios. Análisis de la jurisprudencia recaída en 2006», en *RDU*, núm. 234, 2007, pp. 45 ss.
- COELLO MARTÍN, Carlos, y SANTAMARÍA ARINAS, René Javier: «La nueva Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja», en *RUE*, núm. 15, 2007, pp. 69 ss.
- CRiado SÁNCHEZ, Alejandro Javier: «El agente urbanizador y la legislación de contratos de las Administraciones Públicas», en *RDU*, núm. 233, 2007, pp. 11 ss.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio: «Medio ambiente, urbanismo y edificación: de la política de la Unión Europea al código técnico de la edificación y a la nueva Ley de Suelo», en *RDU*, núm. 235, 2007, pp. 11 ss.
- GALERA RODRIGO, Susana, y HERNÁNDEZ BATALLER, Bernardo: «Crónica europea II», en *RDU*, núm. 234, 2007, pp. 13 ss.
- GARCÍA RUBIO, Fernando: «El sistema de cooperación urbanístico como sistema de ejecución del planeamiento: situación actual y perspectivas de futuro», en *RUE*, núm. 15, 2007, pp. 29 ss.
- GIMENO FELIÚ, José María: «El contrato público de permuta por obra futura y su problemática jurídica. ¿Contrato de permuta o precio de la obra?», en *RUE*, núm. 15, 2007, pp. 55 ss.
- GÓMEZ MELERO, José Gerardo: «El alcance del control de legalidad de las licencias urbanísticas. Un ejemplo: la cláusula salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros», en *RDU*, núm. 235, 2007, pp. 119 ss.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: «Protección penal del medio ambiente y función pública», en *RDU*, núm. 235, 2007, pp. 171 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, y CARRILLO MORENTE, José Antonio: «¿Abastecimiento municipal de agua potable para asentamientos residenciales irregulares en suelo rústico?», en *RUE*, núm. 15, 2007, pp. 13 ss.
- HERNÁNDEZ BATALLER, Bernardo, y GALERA RODRIGO, Susana: «Crónica europea II», en *RDU*, núm. 234, 2007, pp. 13 ss.
- IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: «Actualidad del derecho de superficie como medida de intervención de los poderes públicos en materia de vivienda. El caso específico de Castilla y León», en *RDU*, núm. 233, 2007, pp. 111 ss.

- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe: «Estudio de reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia relativa a gestión urbanística», en *RDU*, núm. 234, 2007, pp. 165 ss.
- LATORRE HERNÁNDEZ, Manuel: «El derecho de superficie en la Ley de Suelo 8/2007. Aplicaciones prácticas en relación con la normativa urbanística valenciana», en *RDU*, núm. 235, 2007, pp. 87 ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Apuntes de “Jurisprudencia registral” (VII)», en *RDU*, núm. 234, 2007, pp. 189 ss.
- LOSTE MADOZ, Juan A.: «Desarrollo autonómico del Real Decreto 9/2005 sobre suelos contaminados: límites de la prestación de remediación del suelo contaminado», en *RDU*, núm. 235, 2007, pp. 147 ss.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo, y PÉREZ FERRER, Fátima: «Algunas reflexiones sobre el “nuevo” derecho urbanístico en el proyecto de Ley Estatal del Suelo: desarrollo urbanístico sostenible y protección penal)», en *RDU*, núm. 232, 2007, pp. 91 ss.
- PASTOR VITA, Francisco Javier: «La tutela preventiva del medio ambiente en la jurisdicción civil», en *RDU*, núm. 232, 2007, pp. 161 ss.
- PÉREZ FERRER, Fátima, y MELLADO RUIZ, Lorenzo: «Algunas reflexiones sobre el “nuevo” derecho urbanístico en el proyecto de Ley Estatal del Suelo: desarrollo urbanístico sostenible y protección penal)», en *RDU*, núm. 232, 2007, pp. 91 ss.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, José Antonio: «La integración entre urbanismo y medio ambiente: hacia un urbanismo sostenible», en *RJN*, núm. 42, 2006, pp. 55 ss.
- RIVAS CLEMOT, Lucio: «La regulación de la figura del agente urbanizador en la nueva Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana», en *RDU*, núm. 233, 2007, pp. 43 ss.
- ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo: «Principales innovaciones instrumentales en el proyecto de reforma de la Ley de Suelo», en *RDU*, núm. 232, 2007, pp. 11 ss.
- RUIZ DE LOBERA, Cecilia: «Por qué los ayuntamientos no deberían tener competencias para la elaboración de los instrumentos de ordenación territorial», en *RDU*, núm. 232, 2007, pp. 151 ss.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel: «La participación orgánica en materia ambiental: el Consejo Asesor de Medio Ambiente y los Consejos Asesores de las Comunidades Autónomas», en *RJN*, núm. 42, 2006, pp. 93 ss.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «La propiedad inmobiliaria en la nueva Ley estatal de Suelo», en *RCDI*, núm. 701, 2007, pp. 1225 ss.
- SANTAMARÍA ARINAS, René Javier, y COELLO MARTÍN, Carlos: «La nueva Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja», en *RUE*, núm. 15, 2007, pp. 69 ss.
- SOLA TEYSSIERE, Javier: «La necesidad de un tratamiento urbanístico diferenciado del suelo de uso turístico», en *RUE*, núm. 15, 2007, pp. 101 ss.

SUAY RINCÓN, José: «Responsabilidad patrimonial de la Administración y Urbanismo: determinación de los supuestos indemnizatorios y régimen jurídico aplicable [Un intento de (re)interpretación de la normativa urbanística a la luz de la normativa general sobre responsabilidad patrimonial de la Administración]», en *RDU*, núm. 232, 2007, pp. 31 ss.

ZAMORANO WISNES, José: «Los sistemas de ejecución públicos en la LOUA. Especial referencia al agente urbanizador», en *RDU*, núm. 233, 2007, pp. 61 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea», en *RCDI*, núm. 700, 2007, pp. 443 ss.

— «Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 59 ss.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, y CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea», en *RCDI*, núm. 700, 2007, pp. 443 ss.

— «Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 59 ss.

CARTABIA, Marta: «El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia», en *REDE*, núm. 22, 2007, pp. 199 ss.

ESCRIBANO GÁMIR, Rosario Cristina: «La Directiva 2006/68/CE, de 6 de septiembre, en materia de tutela de los derechos de crédito de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social. Apuntes de una reforma anunciada», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 161 ss.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en *REDE*, núm. 22, 2007, pp. 189 ss.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «Sobre la licitud de la publicidad comparativa referente a productos con denominación de origen: las paradojas de la sentencia “Malheur Brut Réserve”», en *GJ*, núm. 248, 2007, pp. 82 ss.

HEREDIA CERVANTES, Iván: «Infracción de patentes y pluralidad de demandado en el ámbito comunitario», en *La Ley*, 2007-2, D-104.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco: «La cuestión lingüística en la regulación de los mercados de valores de la Unión Europea: un paso adelante en el proceso de integración», en *DN*, núms. 202-203, 2007, pp. 5 ss.

IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac: «El procedimiento precontencioso para el control de la aplicación del Derecho Comunitario», en *GJ*, núm. 248, 2007, pp. 3 ss.

PÉREZ VAN DAPPEL, Antonio: «El desarrollo jurisprudencial del Derecho de la Competencia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el año 2006», en *GJ*, núm. 248, 2007, pp. 62 ss.

QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la: «¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?», en *REDE*, núm. 22, 2007, pp. 237 ss.

El trabajo se ocupa de la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, relativa a los servicios en el mercado interno, presentada por la Comisión Europea en febrero de 2004. Dicha propuesta es conocida como «directiva Bolkstein», ya que fue F. Bolkestein, comisario europeo para el mercado interno durante la presidencia de Romano Prodi, quien la propuso y defendió. En su redacción inicial, la propuesta preveía la eliminación de obstáculos a la libertad de establecimiento, la eliminación de obstáculos a la libre circulación de servicios, el principio del país de origen y la instauración de la confianza mutua entre los Estados miembros. El proceso de aprobación de la directiva se vio interrumpido debido a las fuertes polémicas en torno a su contenido, especialmente al principio del país de origen, que desató numerosas críticas por considerarlo un posible estímulo para la reducción de tutelas sociales, derechos laborales y niveles retributivos. Por estas razones, el Parlamento Europeo, en sesión plenaria de 16 de febrero de 2006, aprobó un nuevo texto, el cual elimina el principio del país de origen e incluye ciertas medidas que pretenden evitar una reducción de los derechos laborales y las tutelas sociales.

REY ANEIROS, Adela: «Hacia el reforzamiento de la dimensión exterior de la ciudadanía europea», en *RDCE*, núm. 26, 2007, pp. 9 ss.

SANTAMARÍA DACAL, Ana Isabel: «Las sentencias *Segi* y *Gestoras* del TJCE: ¿un sermón sin mayores consecuencias o un primer toque de atención?», en *REDE*, núm. 22, 2007, pp. 313 ss.

TORRENT, Ramón: «Derecho comunitario e inversiones extranjeras directas: libre circulación de los capitales vs. regulación no discriminatoria del establecimiento. De la *golden share* a los nuevos *open skies*», en *REDE*, núm. 22, 2007, pp. 282 ss.

VERDÚ CAÑETE, María José: «Discordancia entre el domicilio y la administración central de la Sociedad Anónima Europea», en *RDS*, núm. 28, 2007, pp. 217 ss.

DERECHO PROCESAL

ACHÓN BRUÑÉN, María José: «La impugnación de la tasación de costas: soluciones a problemas que la ley silencia», en *La Ley*, 2007-2, D-105.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume: «El arbitraje internacional ante los tribunales españoles», en *RJC*, núm. 3, 2007, pp. 657 ss.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Procesos por violación de patente extranjera y competencia judicial para conocer de la excepción de nulidad (GAT contra LUK)», en *La Ley*, 2007-2, D-78.

ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro: «El futuro de la mediación preprocesal», en *La Ley*, 2007-2, D-63.

- ARTACHO MARTÍN-LAGOS, Marta: «La controvertida firmeza del laudo», en *La Ley*, 2007-2, D-66.
- BONET RAMÓN, Ángel: «Principio de unidad de acto en la deliberación y formación de la voluntad de los órganos jurisdiccionales colegiados. Principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales firmadas (Comentario a la STS de 13 de febrero de 2006)», en *CCJC*, núm. 73, 2007, pp. 197 ss.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan: «Naturaleza y ámbito del arbitraje en la Ley 60/2003. Asistencia judicial al arbitraje», en *La Ley*, 2007-2, D-151.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José: «Condiciones de validez y condiciones de eficacia del proceso (sobre la confusión existente entre los presupuestos procesales y la fundamentación objetiva y subjetiva de las pretensiones procesales)», en *La Ley*, 2007-2, D-71.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2007-2, D-100.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac: «El procedimiento precontencioso para el control de la aplicación del Derecho Comunitario», en *GJ*, núm. 248, 2007, pp. 3 ss.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María: «Naturaleza jurídica de la técnica monitoria», en *La Ley*, 2007-2, D-67.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «La petición de condena en costas en demandas de indemnización», en *La Ley*, 2007-2, D-84.
- NIEVA FENOLL, Jorge: «Los problemas de la oralidad», en *La Ley*, 2007-2, D-102.
- PALOMO DEL ARCO, Andrés: «Revisión de sentencias firmes tras condena del TEDH», en *RPJ*, XIX, número especial, 2006, pp. 321 ss.
- POZO PÉREZ, Marta del: «Reflexiones sobre la red judicial europea en materia civil y mercantil Iber-red», en *La Ley*, 2007-2, D-121.
- SÁNCHEZ RIVERA, Pedro: «El requerimiento de manifestación y la búsqueda de bienes en la ejecución en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2007-2, D-137.
- SEOANE CACHARRÓN, Jesús: «El Secretario judicial como órgano de la jurisdicción voluntaria en el proyecto de ley de 27 de octubre de 2006», en *La Ley*, 2007-2, D-116.

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 comentadas

Contratos de las administraciones públicas: competencia de la Jurisdicción Civil y efectos de la resolución. (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2007)

LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Hechos que sirvieron de base a la Sentencia del Tribunal Supremo.–
2. Resumen de los fundamentos jurídicos que nos parecen esenciales.–3. Observaciones que nos sugiere la Sentencia: A) Competencia de la jurisdicción civil. B) Aspectos de derecho sustantivo.

1. **HECHOS QUE SIRVIERON DE BASE A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

La OMS y la OCDE adjudicaron al Ayuntamiento de Madrid la organización del VIII Congreso Internacional de Ciudades Saludables y Ecológicas, a celebrar durante los días 22 y 25 de marzo de 1995. Como consecuencia de ello, el Ayuntamiento perfeccionó con la mercantil «S., S. L.», un contrato, llamado de patrocinio, por el cual esta última se obligaba a contratar y sufragar las actuaciones orientadas a difundir las ideas de protección de la salud y el medio ambiente y de mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, incluidas en el programa «Madrid Ciudad Saludable»; como contraprestación, «S., S. L.», podría hacer publicidad de su patrocinio y de la colaboración de las personas que cooperasen en el sufragio de dichas actividades. El citado contrato se firmó el 30 de diciembre de 1993 y, según sus propios tér-

minos, debía entrar en vigor el mismo día de su perfección, desarrollándose sus previsiones mediante una memoria-protocolo que fue suscrita el 16 de mayo de 1994. Sin embargo, el contrato había venido precedido por un acuerdo verbal, perfeccionado en el mes de septiembre de 1993, habiéndose realizado por «S. S. L.», durante ese mismo mes, unas actividades de patrocinio que la mercantil consideraba ejecución del contrato litigioso y que el Ayuntamiento imputaba a otra relación jurídica distinta y anterior, vigente entre las mismas partes. En septiembre de 1994, la OMS y la OCDE indicaron al Ayuntamiento que debía prescindir de patrocinador para celebrar el Congreso, por lo cual la citada corporación notificó a «S., S. L.», que prescindía de sus servicios, quedando privada la mercantil de la contraprestación cuyos ingresos habían de compensar los gastos realizados y proporcionarle el pertinente beneficio empresarial.

La mercantil interpuso demanda por incumplimiento de contrato, en vía civil y contra el Ayuntamiento de Madrid, el 5 de febrero de 1997, reclamando 23.849.169 pesetas por los gastos realizados en su labor de patrocinio, 3.577.357 pesetas en concepto de lucro cesante, 10.000.000 de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios y 8.983.704 pesetas en concepto de intereses de la cantidad reclamada como principal, junto con los intereses legales desde el reconocimiento de la deuda por el Ayuntamiento o desde la firmeza de la sentencia que liquidase la deuda. En Primera instancia se desestimó la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por el Ayuntamiento y, con estimación parcial de la demanda, se condenó a éste a pagar a la demandante las 23.849.169 pesetas a que ascendían los gastos efectuados, más el interés legal de dicha suma desde que fueron satisfechas por la actora cada una de las cantidades que la integraban. La Audiencia Provincial desestimó el recurso, planteado solamente por el Ayuntamiento, y la citada corporación promovió recurso de casación amparado en dos motivos: exceso de jurisdicción, por considerar que el contrato era administrativo y la jurisdicción competente, por tanto, la contencioso-administrativa, y error de derecho en la valoración de la documental pública, ya que estimaba que las actividades desarrolladas por la recurrida antes de la entrada en vigor del convenio, y cuyo importe se le condenó a pagar, se enmarcaban en una relación jurídica anterior entre la propia mercantil y el Ayuntamiento. El Tribunal Supremo desestimó ambos motivos y, como consecuencia de ello, el recurso de casación interpuesto, confirmando la sentencia de la Audiencia.

2. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE NOS PARECEN ESENCIALES

En cuanto a la falta de jurisdicción alegada por la corporación recurrente, el Alto Tribunal reitera la doctrina sentada en su anterior sentencia de 24 de enero de 2007, afirmando que la evolución que ha experimentado el concepto legal de los contratos administrativos pone de manifiesto la voluntad del legislador de aquilatar su ámbito en función de la directa vinculación de su objeto con la satisfacción del interés público; en relación con el contrato de autos niega la existencia de ese vínculo directo porque su objeto era la realización de actividades de patrocinio para la celebración de un congreso, aunque el contenido de este último viniera referido a una materia como la medioambiental respecto de la que la Administración municipal tiene innegables

competencias en orden a su protección, promoción y fomento (como se deduce del fundamento de derecho segundo de la sentencia comentada).

La alegación de error de hecho en la valoración de la prueba documental pública, que la recurrente hacía consistir en la admisión de que la mercantil recurrida había iniciado la ejecución del contrato antes de su entrada en vigor, la cual a su vez había de producirse en la fecha de su firma y, por tanto, el 30 de diciembre de 1993 es desestimada por el Tribunal Supremo con el argumento de que el documento al que se refiere la errónea valoración, el relativo al convenio de 30 de diciembre de 1993, constituyó el convenio marco de patrocinio del que el celebrado con fecha 16 de mayo de 1994 constituye su desarrollo o ejecución, tal y como se desprende de la lectura de este último, de forma que la valoración que el tribunal ha hecho de su contenido en modo alguno puede ser calificada de errónea (así se deduce del fundamento de derecho tercero de la sentencia comentada).

3. OBSERVACIONES QUE NOS SUGIERE LA SENTENCIA

Siguiendo el orden del recurso y de la sentencia aludiremos primero a las cuestiones relativas a la competencia del orden jurisdiccional civil, para pasar luego a los aspectos de derecho sustantivo.

A) *Competencia de la jurisdicción civil*

Como ya dijimos, en relación con este aspecto del recurso la sentencia glosada sigue las líneas de la de 24 de enero de 2007, recaída en relación con un contrato de interpretación artística perfeccionado entre *Espectáculos La Unión, S. L.*, y el Ayuntamiento de La Alcudia de Crespins, que fuera calificado por la Sala Primera del Tribunal Supremo como civil, apartándose, en cierta medida, de la línea jurisprudencial seguida en resoluciones anteriores de la propia Sala como la de 17 de julio de 1999, que extendió al contrato perfeccionado entre un organismo autónomo y una empresa, cuyo objeto era la prestación del servicio de restaurante y cafetería a los asistentes de una feria ganadera, la declaración de incompetencia de la jurisdicción civil proclamada en la de 9 de octubre de 1987, relativa a un contrato entre la Organización de Trabajadores Portuarios y la Clínica Santa Catalina, que tenía por objeto la prestación de asistencia sanitaria a los estibadores. Se reitera, por tanto, la evolución apreciada en el régimen jurídico de la contratación administrativa por la referida sentencia de 24 de enero de 2007, y que puede resumirse en el desplazamiento desde conceptos definidores del carácter administrativo del contrato tan indeterminados y abiertos como el desenvolvimiento regular de un servicio público, o la presencia de características intrínsecas que hagan necesaria la especial tutela del interés público en su ejecución –artículos 112 del texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local y 4.2.^a del texto articulado de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965–, hacia criterios más estrictos, como la vinculación al giro o tráfico específico de la administración contratante y la directa o inmediata satisfacción de una finalidad pública, utilizados en el artículo 5.2.b) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas [vigente al producirse la resolución judicial y

que coincide con el artículo 19.1.b) de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público]. La consideración de que estos últimos caracteres no concurren en el contrato litigioso, *cuyo fin se agotaba en las actividades de patrocinio con independencia del objeto y finalidad de aquellas otras que habrían de desarrollar las personas con quienes la demandante contratara*, constituye el elemento determinante para que la sentencia objeto de este comentario proceda a afirmar la naturaleza civil de la relación trabada entre las partes.

Sin embargo, y como el contrato litigioso se perfeccionó antes de la entrada en vigor de la citada Ley 13/1995, aunque el proceso judicial se iniciara después, el Tribunal Supremo no aplica la nueva regulación directamente, sino como elemento integrante de la interpretación teleológica y atenta a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la legislación vigente al contratar, es decir, al amparo del artículo 3.1 del CC; con ello se mueve en la delgada línea que separa la interpretación de los contratos de acuerdo con la realidad social y la vulneración de la disposición transitoria primera de la propia Ley 13/1995, que limita su aplicación a los contratos que no hubieran sido adjudicados en el momento de su entrada en vigor. Como argumento adicional, la sentencia comentada alude también al hecho indudable de que propugnar una amplitud excesiva a la hora de considerar la vinculación del contrato al servicio público sería tanto como desvirtuar la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, pues siempre sería posible relacionar los contratos perfeccionado por esta última con alguna finalidad pública; de hecho, esto es lo que viene ocurriendo en la jurisprudencia emanada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Ahora bien, aparte de que la jurisdicción contencioso-administrativa muy probablemente seguirá manteniendo un criterio diverso sobre el carácter civil o administrativo de los contratos perfeccionados por las administraciones públicas (es decir, que seguirá manteniendo el criterio favorable a su propia competencia, como hiciera en las Sentencias de la Sala Tercera de 27 de enero de 1992 y 18 de septiembre de 1990, citadas en la de la Sala Primera de 24 de enero de 2007, o también en la de 20 de enero de 2004 –encargo a un arquitecto de un proyecto de urbanización– y en las que en esta última se relacionan), no parece inconveniente recordar que la evolución legislativa apreciada por la Sala Primera del Tribunal Supremo acerca del carácter administrativo del contrato, por mucho que se compartan sus apreciaciones, parece totalmente opuesta a la seguida por la regulación competencial en materia de responsabilidad patrimonial (extracontractual o aquiliana, por tanto) de esas mismas administraciones: recuérdese que el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, declara terminantemente la competencia del mencionado Orden Jurisdiccional para conocer de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civiles, y que el artículo 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, considera la actuación del personal al servicio de la Administración como acto propio de esta, a los efectos de imponer la exigencia de la mencionada responsabilidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa incluso cuando se trate de relaciones de derecho privado. Este retorno a la unidad jurisdiccional en materia de

responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, con protagonismo absoluto de la jurisdicción contenciosa, se viene a reforzar también mediante las sucesivas reformas operadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial: la verificada mediante Ley Orgánica 6/1998 adaptó el artículo 9.4 al supuesto de concurrencia de la Administración y un sujeto privado en la producción de un daño, imponiendo de forma un tanto discutible que la demanda planteada contra ambos habrá de interponerse ante la Jurisdicción contencioso-administrativa; por su parte, la reforma llevada a cabo mediante Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, volvió a alterar el citado artículo 9.4, estableciendo la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa incluso cuando el perjudicado ejercitara la acción directa contra el asegurador privado de la Administración.

Todo ello va a suponer que la determinación relativa a la acción procedente (contractual o extracontractual) incida directamente en la cuestión relativa a la competencia de uno u otro orden jurisdiccional, de modo similar a lo que sucede cuando se trata de responsabilidad derivada de accidente de trabajo, donde la Sentencia de la Sala Primera de 8 de octubre de 2001, y otras muchas concordantes, vinieron a decir que si la demanda se basa en infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil la jurisdicción civil es la competente, pero que cuando se fundamenta en incumplimiento de las medidas de seguridad, cuya satisfacción constituye obligación típica del empresario e integra el contrato de trabajo, la competencia corresponde a la jurisdicción social; naturalmente, y en este tipo de supuesto, admitir la libertad de opción del perjudicado cuando concorra el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual y de la extracontractual o aquiliana, va a conllevar el efecto indeseable de amparar la consecuente elección de jurisdicción, de manera que al decidimos entre la tesis jurisprudencial de la «incompatibilidad de las pretensiones» o la de la «posibilidad de opción del perjudicado» tendremos que considerar también la incidencia de la solución adoptada en la competencia o incompetencia de los tribunales civiles (sobre la coexistencia de ambas líneas jurisprudenciales en la Sala Primera pueden consultarse los comentarios de Pantaleón Prieto a las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero y 10 de mayo de 1984, publicados en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, números 4, enero-marzo de 1984, pp. 1257-1267, y 5, abril-agosto de 1984, pp. 1645-1659, respectivamente). Piénsese, además, en qué hubiera sucedido si en el supuesto de autos la responsabilidad por los gastos e intereses, derivada de actuaciones anteriores a la perfección del contrato pero en atención al mismo, se hubiera considerado precontractual o por culpa *in contrahendo*, habida cuenta de que tal responsabilidad parece regirse en nuestro derecho por los preceptos de la responsabilidad extracontractual, como quizá podría haber sucedido si el Abogado de la Administración hubiera planteado el debate desde esa perspectiva. Posiblemente lo criticable es la permanencia de tribunales especiales para las innumerables administraciones públicas, en lugar de someter su actuación a los mismos tribunales que aplican la Ley al resto de ciudadanos y personas jurídicas, pero esta apreciación desborda con mucho el objetivo de las presentes líneas.

B) Aspectos de derecho sustantivo

De acuerdo con el fundamento de derecho primero de la sentencia de casación, la mercantil demandante reclamaba 23.849.169 pesetas, en concep-

to de gastos derivados del cumplimiento del contrato; 3.577.357 pesetas, en concepto de lucro cesante; 10.000.000 de pesetas, como indemnización de daños y perjuicios, y 8.983.704 pesetas, en concepto de intereses de la cantidad reclamada como principal; todo ello nos ofrece un total de 46.410.230 pesetas, aunque en el antecedente de hecho primero de la sentencia recaída en casación se nos indica que la suma total reclamada ascendía a 46.410.248 pesetas, incurriendo en una curiosa imprecisión; en cualquier caso, la sentencia recaída en Primera Instancia, que no fue recurrida por la demandante, sólo estimó parcialmente la demanda, condenando al Ayuntamiento demandado a pagar los 23.849.169 pesetas, integrantes del total de los gastos, más el interés legal desde el antecedente de hecho primero de la sentencia que totalizaron dicha cantidad fueron realizados; quedaron fuera del debate planteado en casación las cuestiones relativas a la partida o partidas integrantes de los daños y perjuicios reclamados con independencia del daño emergente y del lucro cesante, que se valoraban en 10.000.000 de pesetas, o a los intereses del principal, reclamados también con independencia de las otras partidas y que se fijaron por la demandante en un total de 8.983.704 pesetas.

El Ayuntamiento alegaba que los gastos a cuya indemnización fue condenado, derivaban de unas jornadas sobre salud y medio ambiente urbano celebradas en el mes de octubre de 1993, por tanto *antes del 30 de diciembre de 1993* que era la fecha de la firma del contrato y de la entrada en vigor prevista en el mismo (aunque, como ya dijimos, los gastos se realizaron *después* del acuerdo verbal alcanzado por las partes en septiembre de 1993 y que constituyera precedente del citado contrato); la corporación amparaba su alegato en el número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, por estimar que el tribunal de instancia había vulnerado el artículo 1218 del CC, al valorar la prueba documental pública obrante en autos. El Tribunal Supremo afirmó que el documento al que se refería la errónea valoración era el relativo al convenio de 30 de diciembre de 1993 (de lo cual parece deducirse que no obraba en autos documento alguno relativo a esa otra relación jurídica invocada por el Ayuntamiento y en ejecución de la cual se habrían hecho los gastos discutidos), y *que el citado contrato de 30 de diciembre de 1993 documentaba el convenio marco de patrocinio, del que el celebrado con fecha 16 de mayo de 1994 constituía su desarrollo o ejecución*, deduciendo de todo ello que la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de instancia fue correcta. Pero el Alto Tribunal parece pasar por alto que *los gastos objeto de litigio no se realizaron entre el 30 de diciembre de 1993 y el 16 de mayo de 1994, sino en octubre de 1993* (siempre en caso de admitirse la alegación del Ayuntamiento). Manteniéndose en el ámbito de las consecuencias de una resolución contractual, el Tribunal Supremo podía haber hecho hincapié en que la demandante realizó y el Ayuntamiento admitió las actuaciones generadoras de la cantidad reclamada, y que, al no haberse probado por la corporación recurrente esa otra relación jurídica en cuyo marco habrían de incardinarse los gastos discutidos, nos encontraríamos ante actos anteriores al contrato de 30 de diciembre de 1993 que, según la jurisprudencia interpretativa del artículo 1282 del CC, dejan traslucir una intención real de los contratantes contraria a la manifestada en el contrato en cuanto a la fecha de su entrada en vigor.

Por otro lado, como la sentencia de Primera Instancia no fue recurrida por la demandante, y como la demandada y apelante no parece haber hilado demasiado fino al plantear el recurso, tampoco sabemos si la condena al pago de los intereses legales derivados de los gastos realizados se corresponde con

la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una resolución del contrato inevitable y subjetivamente imputable al Ayuntamiento –bien porque debió prever la imposibilidad de contratar un patrocinador o porque el riesgo de la defectuosa información sobre ese particular se situaba dentro de su «esfera de control»–, o si nos encontramos ante el ejercicio de la facultad conferida a los tribunales por el último párrafo del artículo 1120 del CC, y por tanto ante las consecuencias de un eventual efecto retroactivo de la condición incumplida, cuando los intereses de las cantidades desembolsadas no pueden compensarse con los frutos de lo percibido por la demandante (que no percibió nada), lo cual, por cierto, también permitiría que nos preguntáramos alguna cosa sobre la eficacia retroactiva de la condición resolutoria implícita.

Como se observará, incluso admitiendo que el problema planteado se resuelve mejor desde el contrato que invocando la responsabilidad *precontractual* o el enriquecimiento injustificado, que además, y como ya mencionamos en el epígrafe anterior, nos llevaría directamente a la incompetencia de la Jurisdicción Civil, son demasiadas las incertidumbres que el caso plantea, sin que todas ellas puedan atribuirse a la reducción del objeto litigioso propia de toda casación y sin que podamos dejar de lamentarnos sobre el deficiente cumplimiento de la función asignada a la Jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep M.ª BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Andrea MACÍA MORILLO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS**

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. Fraude de ley. Concepto clásico vs. Concepto moderno.–El fraude de ley se encuentra regulado en el artículo 6.4 CC y constituye una técnica de aplicación de la norma jurídica en virtud de la cual se deshace la apariencia de protección de un acto que persigue un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico y que se ha realizado al amparo de una norma (norma de cobertura); la consecuencia fundamental es el sometimiento del acto al *imperium* de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Existen dos conceptos de fraude: el clásico o tradicional y el moderno. Para el concepto clásico (denominado también «fraude intrínseco») es fraudulento el acto que, aun respetando la letra de la ley, es contrario a su espíritu. La visión moderna, por el contrario, considera que este tipo de actos no son fraudulentos sino *contra legem* y, por tanto, deben sufrir la sanción establecida para la infracción. Conforme al concepto moderno, el régimen del *fraus legis* se aplica a aquellos actos que reciben la cobertura de alguna norma que los ampara o tolera, si bien de una manera insuficiente por ser otra su

finalidad, y que persiguen un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, considerado como un todo; esto es, un resultado contrario a cualquiera de las normas que integran el ordenamiento.

El artículo 6.4 CC responde a una visión moderna del fraude de ley; precisamente por ello no sanciona directamente con la nulidad el acto fraudulento sino que provoca como consecuencia inmediata la aplicación de la norma que se quiso eludir porque prohibía el resultado perseguido o porque imponía otro distinto.

En síntesis, para apreciar fraude de ley, deben cumplirse los siguientes presupuestos: (1) la cobertura de una norma; (2) la insuficiencia de dicha cobertura; y (3) la búsqueda de una finalidad prohibida por el ordenamiento. La consecuencia será la aplicación de la norma eludida. En el caso concreto, el Tribunal Supremo considera cumplidos los presupuestos.

Fusión, escisión total, escisión parcial, segregación y aportación no dineraria: diferencias.—La fusión y la escisión total constituyen fenómenos de extinción de una sociedad. La escisión parcial y la segregación, por el contrario, no implican la desaparición de la sociedad. No es ésta, sin embargo, la única diferencia entre dichos fenómenos: otra de gran importancia se refiere a la sucesión en los bienes, derechos y obligaciones por la nueva sociedad.

La extinción por *fusión* se produce mediante la integración de los socios y del patrimonio de la sociedad en otra, preexistente o de nueva creación y se caracteriza por perseguir una concentración de empresas, provocar una disolución sin liquidación de la sociedad fusionada o absorbida y, como consecuencia, una sucesión en todos sus bienes, derechos y obligaciones por la nueva o absorbente; y, finalmente, por dar paso a la incorporación a esta última de los socios de aquella.

La extinción por *escisión total* tiene lugar como consecuencia de la división de todo el patrimonio de la sociedad con traspaso en bloque de las partes resultantes a otras tantas sociedades de nueva creación o ya existentes. La escisión total persigue una disgregación de fuerzas económicas, provoca una disolución sin liquidación de la sociedad escindida y, como consecuencia, da lugar a una sucesión universal de aquella a favor de las sociedades beneficiarias; en fin, integra en éstas a los socios de la que se extingue.

La *escisión parcial* constituye un traspaso en bloque de una o varias partes del patrimonio de una sociedad (sociedad aportante o segregante), a otra o a varias de nueva creación o ya existentes (sociedades beneficiarias). La sociedad segregante, que mantiene invariable su personalidad jurídica, no se extingue. En la escisión parcial, aunque se produce una sucesión universal, ésta se limita a los elementos patrimoniales que forman la unidad económica escindida; el patrimonio social se modifica cualitativamente, merced a un fenómeno de subrogación real; y, finalmente, las acciones o participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias se atribuyen a los socios de la sociedad aportante.

La *segregación* o *escisión parcial impropia* constituye un fenómeno distinto a los anteriores. Se diferencia de la fusión en tener por fin no una concentración, sino una disgregación de fuerzas económicas, útil para la creación de sociedades filiales; de la fusión y de la escisión total en que la sociedad que se segrega no se extingue; y de las tres operaciones en que no son sus socios sino ella misma, la que recibe en contraprestación las acciones o participaciones de la beneficiaria, con lo que se produce una subrogación real. Finalmente, debe distinguirse la segregación de la aportación no dineraria.

ria: ésta se dirige a la suscripción de acciones o participaciones mediante la entrega de bienes de tales características; la segregación, por el contrario, incorpora las particularidades propias de los fenómenos de disgregación de empresas, que resultan de la naturaleza del objeto de la aportación: una unidad productiva o rama de actividad. (STS de 30 de enero de 2006; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La adecuada comprensión de los hechos que dieron lugar al presente litigio exige centrar la atención en los siguientes puntos: las principales empresas que intervinieron, las diversas operaciones realizadas y la fecha en que tuvieron lugar.

Las principales empresas intervinientes fueron *Unión de Explosivos Río Tinto, S. A.*, *Ercros, S. A.* y *Ertoil, S. A.* Los demandantes son los legítimos tenedores de una letras libradas por *Foruria Franco Investment Corporation* y aceptadas por *Explosivos Río Tinto*. La librada aceptaba el título en cuanto negocio petrolero. La demandante dirige su acción frente a *Ercros* y frente a *Ertoil*.

Explosivos Río Tinto fue absorbida por *Cros, S. A.* (que cambió su denominación por *Ercros*) en virtud de acuerdos sociales adoptados en 1988 y 1989 y cuya ejecución trajo como consecuencia un traspaso patrimonial en bloque de una a otra en los términos contemplados por el aplicable artículo 142 LSA de 17 de julio de 1951.

El 29 de junio de 1989 *Ercros* acordó proceder a la *escisión* de su patrimonio empresarial afecto a la rama de actividad del petróleo y petroquímica mediante la aportación y traspaso en bloque del patrimonio escindido a una sociedad a constituir (la futura *Ertoil*) a cambio de acciones de esta última que serían suscritas por *Ercros*. Se acordó, por tanto, una *segregación*. La ejecución de dicho acuerdo se hizo depender del cumplimiento de una condición suspensiva: la concesión de los beneficios tributarios previstos en la normativa vigente sobre beneficios fiscales a las *fusiones* y a la *escisión parcial* de empresas.

El 30 de diciembre de 1989 se manifestó por medio de escritura el cumplimiento de la condición, por lo que se procedió a la ejecución del acuerdo. En la misma escritura se acordó que *Ertoil* quedaba subrogada en la posición contractual de *Ercros* respecto de todos los contratos en vigor referidos a la rama de actividad del petróleo y petroquímica. Sin embargo, en el pasivo asumido por *Ertoil* no se incluyeron todos los créditos contra *Ercros* nacidos de la actividad empresarial ejercida por ella con los elementos cedidos. En particular, no se incluyeron los créditos de los demandantes ni otros de la misma naturaleza. Así pues, *Ercros*, apartándose de su actuación conculcante anterior, ejecutó la operación como si se tratara de otra distinta, es decir, como si se tratara de una mera *aportación no dineraria de rama de actividad*, aprovechando un cambio normativo que se iba a producir de inmediato. En efecto, la operación ejecutada por *Ercros* el 30 de diciembre de 1989 (transmisión en bloque de una rama de actividad de una sociedad anónima a otra a cambio de acciones de la beneficiaria que adquiere la segregante y no sus socios) carecía de regulación en esa fecha, salvo a los efectos fiscales que les dotaba de ciertos beneficios. Dos días después, el 1 de enero de 1990, entraron en vigor una serie de normas que

contemplaban este fenómeno y que, entre otras medidas, privaron a estas operaciones de los beneficios fiscales.

El 9 de enero de 1991 *Ercros* vendió las acciones representativas del capital de *Ertoil* de las que era titular a una sociedad domiciliada en Luxemburgo, que las revendió al cabo de unos meses por un precio muy superior a *Compañía Española de Petroleros*.

En junio de 1992 *Ercros* solicitó ser declarada en suspensión de pagos siendo su solicitud admitida a trámite el 9 de julio del mismo año. En la lista del pasivo no aparecieron mencionados los demandantes sino la sociedad que había librado la letra de que eran tenedores. El procedimiento culminó con un convenio aprobado el 19 de noviembre de 1993.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial condenó a las dos sociedades demandadas (*Ercros* y *Ertoil*) a pagar solidariamente el importe de las letras de cambio de que eran tenedores. Las demandadas recurren en casación. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por *Ercros*, que alegaba incongruencia de la sentencia de apelación. El recurso de *Ertoil*, sin embargo, es desestimado: el Alto Tribunal aprecia fraude de ley en la operación realizada el 30 de diciembre de 1989.

Para el Tribunal Supremo, *Ercros, S. A.* se apoyó en el cambio normativo mencionado para defender su posición ante acreedores como la demandante, si bien no en aquello que le perjudicaba: en la sujeción de la operación al régimen tributario general. En la realización de ese plan, diseñado por *Ercros*, sociedad dominante, prestó *Ertoil*, sociedad dominada, una cooperación esencial y necesaria. Los presupuestos para apreciar fraude de ley se cumplen en el caso: (1) La norma de cobertura era la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 que permite en sus artículos 11.4 y 6 que una sociedad realice aportaciones no dinerarias a la constitución de otra. (2) La cobertura de esta norma, sin embargo, resultaba insuficiente dadas las particularidades que caracterizan en el tráfico jurídico las aportaciones de unidades productivas o de ramas de actividad, como fenómeno de disgregación de empresas. (3) Tales actos dieron lugar a un resultado prohibido por el ordenamiento claramente inclinado a evitar los efectos perjudiciales de las insolvencias. La norma defraudada que aplica el Tribunal Supremo es la reiteradamente señalada por la jurisprudencia, que excluye la admisibilidad de comportamientos contradictorios, conforme a la regla *adversus factum suum quis venire non potest*, la cual, nacida del principio de buena fe, en su proyección ética y objetiva imponía a las dos sociedades demandadas un deber de coherencia con la conducta anterior exteriorizada en acuerdos sociales, en su ejecución y en la misma solicitud y obtención de los beneficios fiscales y, por tanto, en un conjunto de comportamientos apto para generar confianza en los demás. Esta confianza operaba como limitación al libre ejercicio del derecho subjetivo de realizar la aportación de modo distinto al que generó aquella apariencia de sucesión en el pasivo vinculada a la rama de actividad recibida de *Ercros, S. A.*

NOTA.—El Tribunal Supremo ya se ha ocupado en anteriores ocasiones de conflictos surgidos como consecuencia del impago de letras de cambio semejantes entre sus tenedores, *Ercros* y *Ertoil*.

Si bien en un primer momento las demandas eran desestimadas, a partir del año 2006 se produjo un importante cambio del que la presente sentencia es reflejo.

La STS de 6 de febrero de 1998 y las tres SSTs de 5 de marzo de 2001 (recursos 149, 150 y 151) desestimaron las demandas alegando las siguientes razones: en cuanto a *Ercros*, el Tribunal Supremo afirmaba que no podía ser condenada a pagar porque había llegado a convenio con sus acreedores; por su parte, *Ertoil* no debía el importe de las letras a juicio del Tribunal Supremo por no haberles sido cedidas voluntariamente las deudas correspondientes, ni llevar consigo la escisión parcial impropia un cambio de deudor, sino una mera modificación de la composición del patrimonio de la escindida.

A partir de la STS de 12 de enero de 2006, el Tribunal Supremo aprecia fraude de ley en la conducta de las empresas en los mismos términos que la sentencia que acaba de ser analizada. (*B. F. G.*)

2. Abuso de derecho: fundamento y carácter excepcional.—La doctrina del abuso de derecho está basada en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos. Se trata de una institución de equidad, de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo.

Abuso de derecho: requisitos.—La presente sentencia sintetiza los requisitos exigidos reiteradamente por la jurisprudencia para apreciar abuso de derecho. Además, el Alto Tribunal indica que un determinado supuesto, el invocado por el recurrente en casación, no constituye abuso de derecho.

En términos generales, se afirma que constituye abuso de derecho una actuación aparentemente correcta que representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna y que genera efectos negativos (normalmente, daños y perjuicios). Son dos las circunstancias que se aprecian en dicha actuación: una de carácter subjetivo y otra objetiva. Aquélla se concreta en que el ejercicio del derecho carece de finalidad legítima y sería o, incluso, en la existencia de una voluntad de perjudicar; la circunstancia objetiva es la anormalidad y el exceso en el ejercicio del derecho.

Por el contrario, no existe abuso de derecho cuando se pone en marcha el mecanismo judicial para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, sin traspasar los límites de la equidad y de la buena fe. No cabe, pues, apreciar abuso de derecho en quien actúa dentro de las previsiones legales, haciendo uso de los mecanismos procesales para hacer valer su derecho. La excepción a esta regla está constituida por el caso en que el tribunal sentenciador declara la culpabilidad del actor estimando inexistencia de *causa litigandi* (justa causa para litigar).

Cámaras de Comercio y recurso cameral: concepto.—Las Cámaras oficiales de Comercio, Industria y Navegación son corporaciones de Derecho Público que, a pesar de sus finalidades privadas, desarrollan una función pública (art. 1.1 Ley 3/1999, de 22 de marzo, básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación).

El concepto de recurso cameral ha cambiado tras la promulgación de la citada Ley 3/1999; ésta lo concibe como una exacción parafiscal que se somete al régimen de la recaudación y gestión de los tributos. Para la norma-

tiva anterior (Ley de Bases de 29 de junio de 1911, desarrollada por el Decreto de 2 de mayo de 1974) era un concepto público de carácter no tributario.

Actos de comunicación. Finalidad.—Consiste en llevar al conocimiento de los afectados las decisiones y resoluciones para que puedan adoptar la postura que estimen conveniente en pro de la defensa de sus intereses.

Una concepción empírica de la notificación impone relacionar la regularidad de la misma con el conocimiento del acto notificado por parte del destinatario y con su comportamiento subsiguiente; y así, la normativa administrativa vincula la subsanación de ciertos defectos de la notificación a la pasividad del notificado prolongada durante cierto tiempo.

Declaración de inconstitucionalidad de las bases cuarta y quinta de la Ley de 29 de junio de 1911 y del artículo 1 del Real Decreto Ley de 26 de julio de 1929: alcance.—Las previsiones afectadas por la declaración de inconstitucionalidad se referían al pago de las cuotas del recurso cameral. En el presente caso, la demandante había solicitado su pago con arreglo a dichas previsiones. El eje del recurso de casación interpuesto por el demandado era que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad alcanzaban a su caso.

La STC 179/1994, de 16 de junio, precisó que las situaciones consolidadas no eran susceptibles de poder ser revisadas con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad. En concreto, son situaciones consolidadas las que hayan sido decididas definitivamente por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada y todas aquellas que no hubieran sido impugnadas en la fecha de publicación de la sentencia, es decir, tanto los pagos ya efectuados de cuotas no recurridas, como las devengadas y aún no satisfechas que estuvieren pendientes de reclamación o de recurso administrativo o judicial interpuestos dentro de plazo antes de dicha fecha.

La STC 22/1996, de 12 de febrero, precisó aún más y detalló que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se retrotraen sólo a los casos de previa impugnación de las cuotas camerales, sin extenderla a los supuestos de oposición al cobro en vía civil. (STS de 1 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—La Cámara de Comercio e Industria de Madrid demanda a *Técnicas de Filtración y Bombeo, S. A.*, reclamando el pago de las cuotas del recurso cameral permanente correspondiente a los ejercicios 1988, 1989 y 1990. La demanda se basa en la aplicación de unas normas que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales en la STC 179/1994. La demandante había notificado previamente a la demandada la reclamación de las cuotas, sin que esta última hubiera mostrado oposición alguna. Es esta la razón fundamental por la que el Tribunal Supremo califica el caso concreto de «situación consolidada» y, por tanto, no afectada por la declaración de inconstitucionalidad. (B. F. G.)

3. Doctrina de los actos propios: inaplicación al contratante que acepta durante un tiempo la actuación del otro contratante de conformidad con un contrato de adhesión de descuento y reclama posteriormente para impedir los efectos que le son perjudiciales.—De lo anterior se deduce la inadecuación de la doctrina de los actos propios al caso ahora enjuiciado y su inaplicación a supuestos, como el presente, en los que se producen deter-

minados efectos según lo establecido en un contrato de adhesión y, en un momento dado, el contratante adherido reclama para combatir tales efectos que le resultan perjudiciales. No existe en este caso la creación de una expectativa razonable para la entidad bancaria que hubiera de generar para la misma la confianza en una actuación de coherencia posterior por parte de la mercantil demandante que descartara cualquier reclamación, ni existen actos de esta última que, por su carácter inequívoco, le impidieran conducirse posteriormente del modo en que lo ha hecho al reclamar lo que considera le es debido, y tampoco la aceptación durante un tiempo por la actora del modo de actuar comercial de la Caja de Ahorros ha condicionado la actuación de ésta por la confianza generada a partir de dicha aceptación.

Contrato de descuento. No incorporación de la condición general que no fue firmada por el adherente.—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. (STS de 16 de enero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad actora reclamó a una entidad de crédito diversas cantidades en concepto de devolución de intereses cobrados por encima de lo pactado en un contrato de descuento de letras de cambio. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la demandada al pago de los intereses cobrados de más. Interpuesto recurso de apelación por la demandada y habiéndose adherido la demandante a la apelación, la Audiencia Provincial desestimó ambos recursos. La demandada formuló recurso de casación alegando que la demandante iba contra sus propios actos al reclamar la devolución de unos intereses después de haber aceptado que se cargaran. También argumentaba que el cobro de los intereses se fundaba en un pacto recogido en el contrato de descuento. El Tribunal Supremo desestimó el recurso. (L. F. R. S.)

4. Interrupción de la acción civil por el seguimiento de causa penal.—«Son distintos los hechos por los que se siguió el proceso penal y los que sustentaban la posterior demanda civil, a excepción de la acción ejercida contra el Director Gerente, ya que respecto del mismo, sí cabe considerar que el proceso penal produjo los efectos interruptivos de la prescripción a que se ha hecho referencia, pues allí se le imputaba, como también se ha hecho en la demanda civil, la falta de contratación de aval bancario suficiente o contrato

de seguro que garantizara la devolución del importe de las cantidades recibidas para destinar a la construcción».

Responsabilidad civil.—«La omisión por el demandado de una obligación legal, cual era la que le imponía garantizar mediante aval bancario o contrato de seguro la devolución de las cantidades anticipadas por los cooperativistas, ha causado a éstos un daño evidente derivado de la pérdida de dichas cantidades».

Imprudencia del daño moral.—«No cabe extender el daño moral a cualesquiera supuestos. Según sentencia de 31 de octubre de 2002, *no cabe alegarlo siempre que 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*». (STS 7 de febrero de 2006; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Los actores, los Sres. don Luis L. M. y otros, integrados en la *Cooperativa de Viviendas «Padre Pérez del Pulgar»*, interpusieron una demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra los miembros del Consejo Rector, en ejercicio de una acción de responsabilidad que se afirmaba contraída por los miembros del Consejo Rector en el ejercicio de su cargo, interesando que se les condenara solidariamente a indemnizarles los daños y perjuicios por sus actos y omisiones, que consideraban muy graves, y que cifraban en la cantidad desembolsada por cada uno de ellos para la construcción de las viviendas proyectadas, más el interés del doce por ciento y un tanto igual a la referida cantidad más el interés devengado en concepto de daño moral. Con fecha 4 de febrero de 1982, el demandado don Juan Luis F. E., Director Gerente de la Cooperativa, celebró en representación de ésta un contrato de compraventa del solar en que había de llevarse a cabo la construcción del edificio proyectado por la Cooperativa, figurando como vendedor don Carlos S. B., que actuaba en representación de los propietarios del solar. Desde ese momento, los demandantes hicieron entrega de diversas cantidades a la Cooperativa, que se destinaron al pago del precio del solar. Ante la falta de cooperativistas en número suficiente para sufragar el precio del referido solar, se celebró un nuevo contrato con fecha 1 de septiembre de 1983 entre las mismas partes en el que intervino, además, don Antonio P. A., en virtud del cual se dio por resuelto el anterior contrato, y con la finalidad de que los cooperativistas obtuvieran las viviendas y plazas de garaje previstas, la Cooperativa cedía al Sr. Antonio P. A. los derechos del expediente de calificación de viviendas de protección oficial y compró a éste veintiséis viviendas y otras tantas plazas de garaje. Ante la falta de obtención de las viviendas y plazas de garaje, los actores ejercieron una acción penal contra don Juan Luis F. E., contra don Carlos S. B. y don Antonio P. A. por presuntos delitos de estafa y apropiación indebida. El Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Madrid desestimó la demanda por considerar que la acción había prescrito con anterioridad, y recurrida en apelación dicha sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Los actores interpusieron recurso de casación, que fundamentaron en los siguientes motivos: infracción del artículo 1973 CC; aplicación indebida del artículo

lo 1969 CC; infracción de la doctrina jurisprudencial que establece la interrupción de la prescripción por la acción de pendencia de proceso penal; e infracción de la doctrina jurisprudencial sobre interpretación restrictiva de la prescripción. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso y declara interrumpida la prescripción respecto a uno de los demandados con motivo del proceso penal seguido contra el mismo. (*E. C. V.*)

DERECHO DE LA PERSONA

5. Derecho fundamental a la imagen.—Es necesario el consentimiento expreso para la publicación de la imagen de una persona, sin que pueda presumirse la legitimación para difundir su imagen por el hecho de que dicha persona haya posado ante el fotógrafo. *El consentimiento presunto no elimina la intromisión.*

Derecho al honor.—Supone lesión al honor el uso de expresiones vejatorias que hacen desmerecer ante la opinión ajena. El hecho de que una persona haya sido condenada por sentencia firme por delitos relativos a la prostitución de personas mayores de edad, no implica que puedan emplearse expresiones hirientes referidas a su persona y vida privada, carentes de trascendencia informativa y no directamente relacionadas con el delito en cuestión. También en estas circunstancias, la libertad de expresión encuentra un límite en el derecho al honor, que se ve violado por el empleo de expresiones vejatorias no protegidas por el artículo 20 de la Constitución española. (**STS de 22 de febrero de 2006**; ha lugar.)

HECHOS.—En una revista se publicaron varios artículos sobre las actividades de una organización que promovía la promiscuidad sexual entre sus miembros, publicándose fotos en las que posaban desnudas algunas mujeres pertenecientes a dicha organización, y expresiones hirientes relativas a alguno de sus miembros, condenado por delitos relativos a la prostitución de personas mayores de edad. Los demandantes solicitaron una indemnización por lesión de los derechos a la imagen y al honor, así como la publicación de la sentencia en la misma revista que difundió los artículos. En ambas instancias se desestimó la demanda. (*C. J. D.*)

6. Publicidad de la intromisión ilegítima.—«Los diarios personales se hicieron públicos puesto que se pusieron en conocimiento de terceros. El secreto profesional que vinculaba a quienes conocieron aquellos hechos íntimos sólo garantizaba que la transmisión de esa información no se difundiría, además, a otras personas. Ello deviene más grave cuando son públicas las actuaciones judiciales y se practican en audiencia pública las diligencias de prueba y las vistas de los pleitos. Es más, dichos diarios íntimos carecían en absoluto de relevancia pública y la persona afectada era una ciudadana privada». (**STS de 23 de febrero de 2006**; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandado y recurrente en casación, don P. M. G., sin conocimiento y consentimiento de la actora, doña M. O. R.,

intentó aportar dos cuadernos manuscritos por ésta, que constituirían su diario personal al Juzgado de Primera Instancia en el que se sustentaba el incidente de oposición al auto de medidas coetáneas incoado en relación al proceso de separación conyugal seguido entre dichos cónyuges. Dicha aportación fue rechazada por el Juzgado, pese a lo cual posteriormente, en fase de ejecución de la sentencia de separación, don P. M. G. hizo entrega de los mismos al Médico Forense, con la finalidad de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional los trastornos psíquicos que, según él, padecía doña M. O. R. Doña M. O. R. interpuso demanda sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en protección de su derecho a la intimidad personal y su honor. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la obligación de don P. M. G. de indemnizar a la actora por los daños morales que dicha intromisión le había producido, atendiendo a la gravedad de la lesión y al beneficio personal que pretendía obtener con ello. Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, éste fue desestimado. El recurso de casación se apoya en los siguientes motivos: infracción por aplicación indebida del artículo 7.3.º de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil de los derechos de la persona, y colisión de derechos fundamentales, en concreto el derecho al honor y a la propia imagen. El Tribunal Supremo desestima dichas pretensiones. (E. C. V.)

7. Libertad de información y libertad de expresión. Casos en que prevalecen sobre el derecho al honor.—El artículo 20.1.d) de la Constitución reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión y el artículo 18.1 de dicho Texto Constitucional garantiza el derecho al honor. Cuando se produce una incidencia entre los dos ámbitos de protección debe prevalecer la del derecho a la información cuando ésta sea veraz, porque su contenido se corresponde con la realidad y la información tenga interés general, es decir, verse sobre asunto de relevancia pública por la materia a que se refiere y por las personas que intervienen (sentencias entre las más recientes, de 29 de junio y 23 de septiembre de 2005).

El segundo aspecto de la controversia está relacionado con la libertad de expresión. El artículo 20.1.a) de la Constitución reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, y el artículo 18.1 del mismo Texto Constitucional garantiza, como antes se dijo, el derecho al honor. La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (así TC desde la sentencia 104/1986, de 17 de julio), porque en tanto la segunda se refiere a la narración de hechos, la de expresión alude a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones, lo que se traduce en que su ámbito viene delimitado por la ausencia de expresiones intrínsecamente vejatorias —insultantes, injuriosas, ultrajantes, o que contengan insinuaciones insidiosas de personas— que resulten impertinentes e innecesarias para su exposición. En tal sentido basta citas las SSTC 127/2004, de 19 de julio; 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero, diciendo esta última que están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, aquellas que,

dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate. (STS de 23 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—En el diario *VH* se publicó una carta remitida por un Ayuntamiento en la que decía que el periódico *HI* le había amenazado con publicar sólo las informaciones imprescindibles procedentes del Consistorio e incluso las de carácter negativo o que pudieran perjudicarlo si no abonaba una cantidad al mes. En la misma carta se calificaba esa conducta como chantaje mafioso más propio del Chicago de los años veinte. El director de *HI*, el director comercial de *HI* y el propio *HI* interpusieron demanda sobre protección civil del derecho al honor y a la propia imagen contra el Ayuntamiento y el alcalde. El juez de primera instancia desestimó la demanda al estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y, entrando en el fondo del asunto, desestimó la demanda al considerar que los hechos publicados eran veraces y que las opiniones vertidas, al relacionarse con los hechos denunciados, no excedían del ejercicio de la libertad de expresión. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

8. Información veraz y expresión indirectamente crítica en el ámbito de la discusión política.—No existe intromisión ilegítima ni lesión al honor cuando, en el contexto de una controversia política, se realiza un juicio basado en hechos reales, si los términos usados no son *desmesurados respecto del legítimo objeto de la crítica perseguida*. *Los políticos están sometidos a la crítica social en mayor grado que cualquier particular*. (STS de 17 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—En un diario de ámbito local se aludió a la corrupción de determinado personaje de la vida política, de modo indirecto y con el fin de argumentar las afirmaciones vertidas por el autor, que escribía como uno de los contendientes inmersos en una discusión política. La persona aludida interpuso una demanda solicitando la condena del autor a restituir el honor lesionado. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda. (*C. J. D.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

9. Resolución de contrato por incumplimiento. Se produce por el mero hecho de no satisfacer el precio.—La doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, sustituyéndole por el impago en el sentido objetivo, con lo que ya no se viene exigiendo una actitud dolosa del comprador para que la resolución por incumplimiento de pago puede tener lugar (SSTS de 5 de junio de 1989 y 11 de marzo de 1991)

que es a lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde», bastando con que se frustre 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. Esta doctrina se presenta acomodada a los tiempos actuales para las situaciones de incumplimiento contractuales, ya que frente al vendedor que cumple el comprador incumplidor disequilibra la relación contractual al incurrir en impago voluntario (SSTS de 21 de junio de 1990, 23 de abril de 1992, 9 de octubre de 1993, 22 de diciembre de 1993, 17 de mayo, 4 de julio y 10 de octubre de 1994, 16 de marzo, 2 de octubre y 29 de diciembre de 1995 y 7 de febrero de 1996, 23 de marzo de 1996, 24 de octubre de 1998 y 22 de febrero de 1999, entre otras muy numerosas. **(STS de 3 de febrero de 2006;** no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 31 de mayo de 1988, don Francisco H. V. y don Antonio H. F. vendieron un bien inmueble a Francisco G. G. en documento privado. En el contrato se pactaba que, tras una primera paga y señal, el 31 de diciembre de 1989 vencía el plazo concedido para el pago del precio aplazado. Transcurrido el mencionado plazo sin que la parte compradora pagara el precio, los vendedores promovieron acto de conciliación, que terminó sin éxito. Don Francisco y don Antonio interpusieron demanda solicitando la resolución del contrato de compraventa ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Granada. El Juzgado desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia de Granada la revocó y declaró resuelto el contrato. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte compradora. (A. S. C.)

10. Facultad resolutoria, ex art. 1124 CC. Efectos frente a los adquirentes de buena fe.—El motivo primero del recurso se estima porque el último párrafo del artículo 1124 establece que la resolución se produzca «sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria», y el artículo 1295.2 del CC contempla la posibilidad de que las cosas objeto del contrato se hallen en poder de terceras personas que no hubieren procedido de mala fe y, si bien, para esta hipótesis, dispone que no «tendrá lugar la rescisión», esta expresión es impropia, según las doctrinas científica y jurisprudencial, y sólo significa que se excluyen los efectos de la restitución a cargo del tercero de buena fe, como ocurre en la cuestión debatida, es decir, impide que pueda ejecutarse la rescisión, aunque, según señala el párrafo final del precepto, podrá reclamarse la indemnización de daños y perjuicios al causante de la lesión. Desde la posición recién indicada, esta Sala ha sentado que, en estos casos, se limita el alcance restitutorio de la resolución en cuanto que el contratante incumplidor deberá restituir el valor correspondiente (entre otras, SSTS de 6 de junio de 1995 y 16 de diciembre de 2002). **(STS de 2 de marzo de 2006;** ha lugar.)

HECHOS.—Don Luis Alfonso T. P. vendió dos parcelas de terreno en sendos contratos a, por un lado, don Carmelo R. B. y don José M. L. y, por otro, a don Miguel G. F. y don Diego M. G. Ante la falta de pago por parte de los compradores, don Luis

Alfonso interesó la resolución de ambos contratos de compraventa. Sin embargo, las parcelas objeto del contrato ya se encontraban en manos de terceros. Ante ello, interpuso demanda contra las distintas partes compradoras y los terceros adquirentes en la que solicitaba la resolución de los mencionados contratos con obligación de las partes demandadas de restituirle los bienes o, subsidiariamente, de indemnizarle por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vélez-Málaga estimó en parte la demanda en el sentido de condenar a los compradores demandados a indemnizar al actor en la cantidad que se fijara en ejecución de sentencia. Apelada la sentencia por parte de don Luis Alfonso, la Audiencia de Málaga la revocó pero sólo en el sentido de concretar la indemnización. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo acogió el mismo y, en consecuencia, declaró la resolución de los contratos de compraventa, pero con exclusión de los efectos de la restitución, puesto que consideró a los terceros adquirentes poseedores de buena fe. Respecto de la indemnización por daños y perjuicios, el Alto Tribunal mantuvo el pronunciamiento de la Audiencia. (A. S. C.)

11. Contrato de concesión mercantil. Resolución por incumplimiento del concedente. Reintegro de los vehículos depositados.—Si el stock representado por las facturas reclamadas se halla en depósito por razón de la relación contractual mercantil, y ésta se extingue por resolución como consecuencia del incumplimiento del demandado, deviene incuestionable la obligación de devolver los objetos depositados, cuyo pronunciamiento condenatorio constituye un efecto natural o propio de la reintegración o restitución que acarrea la resolución (SSTS, entre otras, de 10 de marzo de 1950, 14 de noviembre de 1962, 23 de noviembre de 1964, 17 de junio de 1986, 11 de febrero de 1992, 14 de febrero de 1993, 20 de julio y 19 de septiembre de 2001, 5 de febrero de 2002, y 22 de abril y 27 de octubre de 2005), pues de otro modo se daría lugar a un evidente enriquecimiento injusto; y sin que sea exigible una concreta petición al respecto, pudiendo incluso ser acordado de oficio. (STS de 2 de febrero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad concedente demandó a una sociedad concesionaria solicitando que se declarase resuelto el contrato de concesión de automóviles que las unía y que se abonase una cantidad que le adeudaba la demandada en concepto de venta de determinados automóviles. Esta se opuso a la demanda alegando que tenía los automóviles en depósito y formuló reconvencción, reclamando también una cantidad. El juez de primera instancia estimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación formulado por la demandada reconvincente y declaró no haber lugar a la condena a pagar la cantidad reclamada por la demandante. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la demandante condenando a la demandada a reintegrar a la actora el stock de automóviles representado por las facturas cuyo importe se había reclamado en la demanda. (L. F. R. S.)

12. Reclamación de daños y perjuicios por denuncia intempestiva y clientela en el contrato de agencia. La indemnización por daños y perjuicios engloba *ex artículo 1106 CC*, el daño emergente y el lucro cesante, pero no puede enriquecer al perjudicado, por lo que el *quantum* del lucro cesante ha de ser fijado por la Sala de instancia sobre la base de la prueba practicada y no arbitrariamente, estimando una media de las comisiones dejadas de percibir.—Estamos, pues, en el régimen general, dentro del cual hay que aplicar, ciertamente, el artículo 1106 CC, pues la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento (SSTS de 26 de noviembre de 1994, 13 de abril de 1987 y 28 de abril de 1992), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (SSTS de 6 octubre de 1982, 2 de abril de 1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados «daños punitivos» ni tiene ahora función la idea de una «pena privada».

Desde esta perspectiva, ciertamente la fijación de los daños por parte de la sentencia recurrida tiene un tono de arbitrariedad, que prohíbe el artículo 9.3 de la Constitución, ya que no se determina el *quantum* en base a prueba practicada, ni se remite a ejecución de sentencia a fin de que entonces se verifiquen los daños (SSTS de 31 de octubre de 1988, 30 de diciembre de 1995, 24 de mayo de 1999, 20 de febrero de 2001, 27 de septiembre de 2001, etc.), sino que se realiza una suerte de tasación *á forfait* sobre la base de las comisiones devengadas de media, que se multiplican por los meses de duración que, como consecuencia de la denuncia, han quedado suprimidos de lo que hubiera sido la normal duración, sin previo aviso.

Es cierto que, en general, la fijación del *quantum* corresponde a la Sala de instancia (SSTS de 7 de abril de 2003, 20 de noviembre de 2000, 10 de mayo de 2001, etc.), pero esta doctrina tiene excepciones, que precisamente se encuentran, entre otras, en la revisión de decisiones que implican arbitrariedad (SSTS de 14 de julio de 2003, y 18 de junio de 2001, entre otras), pues es claro que, aun cuando pudiéramos pensar que en este caso el incumplimiento determina «por sí mismo» un daño y perjuicio (SSTS de 18 de junio de 1997, 23 de febrero y 25 de marzo de 1998, y 29 de marzo de 2001) tal daño no puede consistir en la mera cesación del percibo de comisiones sin que, a la par, se entienda que esta forma de remuneración de la actividad debe ajustarse al beneficio neto, a la verdadera «ganancia» que se deja de obtener.

Por cuyas razones se ha de estimar el motivo, en la limitada extensión que plantea de reducir la indemnización por lucro cesante concedida a la ganancia neta que resulte de tomar en consideración los gastos efectuados, según la cuenta de explotación, para deducirlos de las comisiones ingresadas, tal y como la sentencia recurrida las presenta en el Fundamento Jurídico Quinto. (STS de 19 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante demandó a un empresario solicitando que se declarase que entre ambas partes había existido un contrato verbal de agencia y que se condenara al demandado a abonar ciertas cantidades que se especificaban así como la indemnización sustitutiva del preaviso y la indemnización por clientela que están previstas en la Ley del Contrato de Agencia. El demandado se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando

que se condenase al actor al pago de diversas cantidades. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda y la reconvencción. El demandado interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación al considerar arbitraria la indemnización por lucro cesante fijada por el juez de primera instancia. (*M. C. B.*)

13. Acción de rescisión por fraude de acreedores. Requisitos. Preexistencia del crédito.—Según la doctrina del TS (*v. gr.*, SSTS de 5 de mayo de 1997, 11 de octubre y 28 de diciembre de 2001 y 21 de enero de 2005), el requisito de la preexistencia del crédito ha de entenderse en términos generales. Así, se han de estudiar las particularidades de cada caso, especialmente cuando la intención defraudatoria resulta manifiesta, como ocurre en el supuesto de que la existencia posterior de un crédito estuviera próxima y fuera segura, así como cuando se tenga pleno conocimiento de la existencia de deudas. De esta forma, cabe aplicar la acción pauliana a créditos existentes, pero no exigibles al tiempo de la enajenación fraudulenta, o, incluso, a los de próxima y segura —o muy probable—, existencia.

Acción de rescisión por fraude de acreedores. Requisitos. Intención de defraudar.—La presunción que contienen los artículos 643.2 y 1297 CC —respecto a lo fraudulento de las donaciones efectuadas por el deudor— admite prueba en contrario.

Recurso de casación. Alegación de normas administrativas o fiscales.—De acuerdo con una doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 27 de marzo y 25 de octubre de 2001 y 21 de enero de 2002), los motivos del recurso de casación civil deben sustentarse en normas de derecho privado, estando vedada la alegación de normas administrativas o fiscales para su cobertura. Sin embargo, ello no impide que, en ocasiones, haya de matizarse esta doctrina, por ejemplo, cuando se precise de la aplicación de tales normas para determinar la existencia o no de una deuda (STS de 11 de octubre). En tal caso no será rechazable esta alegación. (**STS de 1 de febrero de 2006**; no ha lugar.)

HECHOS.—El 15 de mayo de 1995, un matrimonio donó a su hija unos bienes inmuebles de su propiedad. Con anterioridad a tal fecha, la AEAT había seguido diversos procedimientos contra el marido por deudas tributarias. Una parte de estas deudas ya se había cuantificado; otra parte correspondía a deudas ya nacidas —derivadas de impuestos sobre el IVA, el IRPF y otras retenciones y pagos a cuenta de los ejercicios entre los años 1990 y 1993—, pero que aún no habían sido cuantificadas. La AEAT había llevado a cabo diversos embargos sobre bienes del deudor, que resultaron negativos. Por este motivo, con posterioridad a la donación inicialmente referida, la AEAT interpuso demanda contra los esposos y a la hija de ambos, considerando que la donación se había efectuado en fraude de acreedores.

La demanda fue desestimada en primera instancia y la AEAT interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró rescindida la donación, por haber sido celebrada en fraude de acreedores. Contra esta sentencia interpusieron recurso

los esposos demandados en primera instancia, alegando la inexistencia de las obligaciones tributarias por las que la AEAT había demandado al esposo. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

14. Naturaleza del contrato de descuento.—Consta en autos que la entrega de las letras de cambio por don Joaquín R. a Banco de Madrid lo fue en virtud de un contrato de descuento «cuya esencia jurídica radica en la obligación que asume el descontatario de restituir al Banco descontante los importes descontados cuando no se abonan a las fechas de sus vencimientos por quien resulte obligado y deudor de los mismos, recuperando el Banco los anticipos dinerarios llevados a cabo, ya que se trata de cesión *pro solvendo* y no cesión *pro soluto*, y a cuyo efecto resulta procedente la acción declarativa ejercitada (SSTS de 22 de noviembre de 1992, 25 de marzo y 24 de septiembre de 1993 y 21 de junio de 1996)» (STS de 2 de marzo de 2004).

Carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores.—Dice la sentencia de 8 de marzo de 2003 que para que prospere la acción rescisoria es necesario que se cumplan los requisitos exigidos en el CC, siendo uno de los más relevantes el establecido en el artículo 1294, al señalar que la acción rescisoria es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. Carácter principal de este requisito, que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto en las sentencias de 14 de octubre de 1987, 24 de noviembre de 1988, 25 de enero de 1989, 27 de octubre de 1989, 27 de mayo de 1992 y 5 de diciembre de 1994, señalándose en la de 24 de noviembre de 1988 «que uno de los requisitos esenciales para el éxito de la acción pauliana viene constituido por la exigencia de que el acreedor carezca de otro recurso legal para obtener la reparación lo cual no ocurre en el caso de autos, toda vez que al no agotarse la vía de apremio en el juicio ejecutivo promovido por el Banco actor, no es dable estimar su imposibilidad para resarcirse del crédito». En la sentencia de 5 de diciembre de 1994, se dice de la misma forma que «la entidad bancaria no impulsó debidamente el juicio ejecutivo por él iniciado, no habiendo agotado la vía de apremio, lo cual no permite tener como probado la imposibilidad de la entidad bancaria para resarcirse de su crédito y por tanto falta la premisa fundamental de la acción rescisoria ejercitada, cual es la subsidiariedad». No se trata de imponer al acreedor una exhaustiva investigación de hallarse su deudor en posesión de bienes suficientes para atender su obligación, sino que habiendo admitido el banco la existencia de otros bienes en poder de su deudor, por la aceptación de la declaración hecha por éste, un mínimo deber de diligencia imponía a la actora recurrida en casación comprobar si tales bienes seguían en poder del deudor y, en caso afirmativo, si eran suficientes para satisfacer su crédito, antes de acudir al ejercicio de la acción rescisoria. En consecuencia, no puede estimarse cumplimiento acreditado por la actora la carencia de otro remedio legal para hacer efectivo su derecho de crédito y, por ello, ha de ser admitido el motivo primero, en los términos que resultan de lo dicho hasta ahora. (STS de 22 de febrero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—Don Joaquín R. R. entregó al Banco de Madrid tres letras de cambio por importe total de cuatro millones de ptas. La entrega se hizo en virtud de contrato de descuento, por lo que al resultar impagadas las letras a su presentación, su importe se cargó

en la cuenta del descontatario. Posteriormente, el Banco de Madrid cedió el crédito que tenía contra don Joaquín al Banco Español de Crédito, S. A. Durante este período, don Joaquín y su esposa, doña Peña G. G., vendieron a su hija, doña Belén R. G., dos fincas en sendas escrituras públicas. El Banco Español de Crédito, S. A. interpuso demanda en la que solicitaba la rescisión de los contratos de compraventa celebrados por fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Huelva estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia de Huelva. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo con base en el carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores. (A. S. C.)

15. *Dies a quo* en relación con el plazo de caducidad de la acción rescisoria ex art. 1299 CC.—El motivo plantea el tema de la caducidad de la acción rescisoria sobre el que esta Sala ya se ha pronunciado ante la laguna del artículo 1299 CC en relación con el *dies a quo* de su transcurso. Según su doctrina, aunque la acción pueda ejercitarse desde el acto fraudulento, si se oculta por no inscribirse en el Registro de la Propiedad, el *dies a quo* es el de la inscripción en el mismo, salvo que se acredite que la víctima del fraude conoció con anterioridad de modo cabal y completo el acto impugnado (SSTS de 16 de febrero de 1993, 4 de septiembre de 1995 y 8 de marzo de 2003). Ciertamente, que el artículo 37 LH señala como *dies a quo* el de la enajenación fraudulenta, pero el precepto es protector exclusivamente del tercero hipotecario, sin que pueda extenderse a supuestos en que no exista esta figura (STS de 27 de enero de 2004).

Imposibilidad de interrupción del plazo de caducidad de la acción rescisoria.—La Audiencia estimó interrumpido tal plazo por la denuncia ante la jurisdicción penal que formuló la actora, reanudándose, una vez sobreeséadas las diligencias penales en septiembre de 1993, lo que lleva a la sentencia recurrida, por aplicación del artículo 114 LECrim, a declarar ejercitada en plazo legal la acción rescisoria. No comparte esta Sala tal criterio sobre la interrupción del plazo de caducidad, consecuentemente con su reiteradísima jurisprudencia según la cual aquél no es susceptible de interrupción (SSTS, entre otras, de 25 de septiembre de 1950, 22 de mayo de 1965, 14 de marzo de 1970 y 26 de junio de 1974). Por otra parte, la apertura de la vía penal por la actora por los hechos que fundamentan, a su juicio, la acción rescisoria, no le hubiera impedido acudir a la vía civil con anterioridad, dejando patente y clara su voluntad rescisoria del negocio fraudulento, situación que hubiese originado la suspensión del proceso por lo dispuesto en el artículo 114 LECrim. Otra cosa significaría dejar a la voluntad del titular de la acción rescisoria el comienzo del plazo, lo que es opuesto a su naturaleza y finalidad. (STS de 31 de enero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—Don José Luis S. R. y doña Manuela H. L. se separaron en el año 1988. En fecha 23 de junio de 1989, don José Luis vendió un apartamento, adquirido en 1973 con el carácter de ganancial, a don José María G. L., casado con doña Sara B. L. En fecha 2 de junio de 1994 doña Manuela demandó a don José Luis, don José María y doña Sara solicitando que se declarara la rescisión del contrato de compraventa por fraude a sus derechos, al considerar que el

apartamento se había vendido sin su conocimiento ni consentimiento. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sueca desestimó la demanda al considerar caducada la acción rescisoria. Apelada la sentencia, la Audiencia de Valencia la revocó totalmente y declaró la rescisión de la compraventa. La Audiencia entendió que el plazo de caducidad estuvo interrumpido entre 1991 y 1993 al existir una causa penal por un presunto delito de fraude entre los cónyuges separados. Interpuesto recurso de casación por doña Sara, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, confirmando en todos sus extremos la sentencia de instancia. (A. S. C.)

16. Crédito refaccionario.—Procede recordar el concepto de crédito refaccionario: este es el crédito que se contrae y se emplea en la construcción, conservación o reparación de un inmueble; no necesariamente el crédito deriva del contrato de préstamo; el acreedor ha ejecutado la propia obra del edificio y ha suministrado elementos integrantes al deudor. Así lo expresa la sentencia de 21 de julio de 2000 que recoge la doctrina jurisprudencial plasmada en las sentencias de 19 de abril de 1975, 5 de julio de 1990 y 9 de julio de 1993. En el presente caso, se llega a la conclusión de que el crédito que *PIRSA* tiene, como acreedor, frente a *Punto Moda* como deudor, que nace del contrato de obra que ambos celebraron y deriva de los elementos y la obra que, en virtud de tal contrato, la primera ha ejercitado a favor de la segunda, la cual en parte no ha pagado, es un crédito refaccionario; *Punto Moda* ha recibido la obra ejecutada en el terreno que posee y tiene en arrendamiento (con opción de compra, es decir, leasing) y, como tal, es el dueño de la obra. Sin embargo, *Bansander* no es deudor, su relación jurídica no alcanza a *PIRSA* sino que habiendo adquirido un terreno y consumado el contrato de compraventa, entrega aquel terreno a *Punto Moda* en leasing inmobiliario, pero ninguna relación jurídica mantiene fuera de este contrato de arrendamiento con opción de compra.

Leasing-back.—En los contratos de leasing-back, tal como señala la sentencia de 22 de junio de 2001, existe una operación bilateral en la que la usuaria propietaria vende el objeto a la sociedad de leasing, que lo cede en arrendamiento a aquella y, añade literalmente «en los contratos de lease-back desaparece la figura del tercero proveedor del bien y si bien se trata de un contrato lícito y válido, al amparo del artículo 1255 CC, para registrarlo como tal se exige que haya mediado efectiva compra de la financiera a la arrendataria con la consiguiente tradición, aún en la forma simbólica de “solo consensu” (art. 1463 CC), pero, en todo caso, es necesario, y determinante dejar de poseer en concepto de dueño o como dueño, lo que no ocurre en el caso de autos, pues no se demostró de forma suficiente y convincente, —el contrato no lo refleja—, que hubiera mediado la necesaria compraventa previa o simultánea (SSTS de 1 de marzo de 1988, 1 de febrero, 17 de marzo y 20 de noviembre de 1988 y 16 de mayo de 2000)». En el presente caso, *Punto Moda* no adquirió la propiedad de la finca sobre la que edificó, sino que la poseyó como arrendataria.

Enriquecimiento injustificado. Subsidiariedad.—Las sentencias, entre otras, de 23 de marzo de 1992, 8 de junio de 1995, 7 de febrero de 1997 y 31 de octubre de 2001 destacan la idea de que los hechos, no ilícitos, que provocan un enriquecimiento sin causa de una persona y el empobrecimiento de otra, dan lugar a la obligación de reparar el perjuicio; la esencia es, pues, la

atribución patrimonial sin causa, por lo que el enriquecido sin causa debe restituir al empobrecido aquello en que se enriqueció y así lo expresan las recientes sentencias, entre otras muchas anteriores, de 31 de octubre de 2001 y 8 de julio de 2003. El caso presente no coincide con el del enriquecimiento injusto: los motivos se refieren a Bansander y la única relación de éste con la sociedad recurrente *PIRSA* es la de un previo contrato de compraventa que se perfeccionó y consumó, pero no aparece entre uno y otro ni siquiera atribución alguna, que permita pensar en enriquecimiento y empobrecimiento.

Además de no responder al concepto, tampoco el presente caso cumple un presupuesto del principio del enriquecimiento injusto, que es la subsidiariedad, en el sentido de que se aplica al caso cuando no hay norma legal –por ejemplo la que regula un contrato– que lo contemple y así lo han declarado, entre otras, las sentencias de 18 de diciembre de 1996 y, rotundamente, la de 19 de febrero de 1999. Lo que significa que si la Ley prevé una determinada acción, como la derivada de un contrato, no puede alegarse este principio general: así, sentencias de 19 de abril de 1990 (un caso de compraventa), 15 de diciembre de 1992 (relación jurídica derivada de un «convenio válido») 20 de abril de 1993 (una compraventa), 8 de junio de 1995 (contrato válido y eficaz).

Por último, conviene hacer notar que tanto la demanda como la mención que hace la sentencia se refieren a un hipotético supuesto, que se dejase de abonar el precio del arriendo o no se ejercitara la opción de compra. Lo cual es algo posible –ni siquiera probable– y no se puede llegar a una condena basándose en un hipotético y posible supuesto. **(STS de 6 de febrero de 2006; ha lugar.)**

HECHOS.–Con fecha 5 de abril de 1991, la empresa *Promotora Inmobiliaria Residencial San Martín, S. A.* (en adelante, *PIRSA*) celebró un contrato de obra con la empresa *Punto Moda Leo, S. A.*, con el fin de construir un edificio industrial. El día 30 de julio de 1991, la contratista *PIRSA* vendió el terreno en el que se había proyectado realizar la construcción a *Bansander de Leasing, S. A.* que, en la misma fecha, lo cedió mediante un contrato de leasing a *Punto Moda Leo, S. A.* Asimismo, *Bansander de Leasing, S. A.* se había comprometido a financiar la mencionada obra a la comitente, valorada en un importe de 300.506,05 € (50.000.000 de ptas.). La empresa *PIRSA* interpuso demanda en que solicitó que fuera declarado a su favor un crédito refaccionario frente a *Punto Moda Leo, S. A.* y *Bansander de Leasing, S. A.*, como deudores solidarios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Barcelona dictó sentencia el día 18 de septiembre de 1998 en que desestimó la demanda, al considerar que *Punto Moda Leo, S. A.* no era dueña de la obra por no haber ejercido la opción de compra frente a *Bansander de Leasing, S. A.*, y que esta sociedad no reunía la condición de deudora de la demandante. Recurrida la sentencia por la contratista, la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 19 de abril de 1999, en la que se desestimó el recurso con el mismo argumento y rechazó el carácter de crédito refaccionario. La contratista *PIRSA* recurrió en casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso en el único sentido de declarar su crédito refaccionario frente a *Punto Moda Leo, S. A.* (*J. M. B. S.*)

17. Objeto de la tercería de mejor derecho.—De acuerdo con la jurisprudencia del TS (SSTS de 29 de abril y 2 de noviembre de 2002), el objeto de la tercería de mejor derecho, delimitado por ley (art. 1523 LEC), es, exclusivamente, la declaración de preferencia de un crédito. Así, si el tercerista prueba que su crédito tiene preferencia sobre el crédito del ejecutante, se le reconocerá esto en la tercería de mejor derecho, que puede ejercitar hasta que se realice el pago al acreedor ejecutante (art. 1533 p. 3.º LEC). En todo caso, interpuesta la tercería, el procedimiento de apremio se continuará hasta realizar la venta de los bienes embargados (art. 1536 LEC).

Tercería de mejor derecho. Necesidad de que recaiga sobre bienes embargados.—Cuando la tercería de mejor derecho se refiera a un bien, para que tenga sentido ésta y mantenga su interés jurídico, afirma el Tribunal Supremo que es necesario que dicho bien, efectivamente, se encuentre embargado. De lo contrario, ya no podrá hacerse con él pago alguno al acreedor ejecutante, perdiendo su objeto dicha tercería. (STS de 17 de enero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—El 29 de noviembre de 1990, se otorgó ante Corredor de Comercio un contrato de préstamo en el que constaba como prestamista la entidad bancaria *BEE, S. A.* y, como fiadores solidarios, las entidades *O, S. A.* y *A, S. A.* Posteriormente, en juicio ejecutivo instado como resultas de un pleito entre *O, S. A.* y *A, S. A.*, el 28 de octubre de 1992 se trabó embargo sobre una finca (la sentencia de remate del juicio ejecutivo es de 4 de noviembre de ese mismo año). Paralelamente, como resultado de otro juicio ejecutivo, el 23 de octubre de 1995 se procedió a subastar la misma finca, resultando como adjudicatario de la misma *BEE, S. A.*, por auto de 25 de abril de 1996. En agosto del mismo año se libró mandamiento de cancelación del embargo trabado en primer lugar. Apenas un mes después, *BEE, S. A.* interpuso tercería de mejor derecho en el procedimiento que había dado lugar al embargo de 28 de octubre de 1992.

La demanda de tercería fue estimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por *O, S. A.*, la Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. *O, S. A.* interpuso entonces recurso de casación, alegando incongruencia de la sentencia de instancia. El TS estima el recurso y entra a conocer del fondo del pleito, resolviendo desestimar la demanda de tercería de mejor derecho.

NOTA.—Actualmente, la regulación de la tercería de mejor derecho se recoge en los artículos 613 a 620 LEC, por lo que los pronunciamientos del Tribunal Supremo se han de entender referidos a ellos. (*A. M. M.*)

18. Momento en que se produce la novación.—«La fecha a considerar para valorar la conducta procesal de la ejecutante, aquí demandada, no pudo ser anterior, sino posterior a la de la escritura de la que trae causa la novación. Propiamente, aquella en la que la misma se inscribió en el Registro de la Propiedad, al ser la inscripción condicionante de la perfección real del préstamo, además de requisito constitutivo del derecho real de garantía».

Abuso de derecho en la interposición de acciones judiciales.—«La responsabilidad de quien daña a otro al instar un proceso judicial o alguna actuación procesal concreta encuentra su fundamento en la interdicción del abuso de derecho y, en el artículo 7.2 CC». «Aunque en algunas ocasiones esa responsabilidad fue tratada a la luz del artículo 1902 CC, con lo que el debate se centró en el juicio de culpabilidad del actor y por ello en su diligencia como litigante, así como en el examen de la evitabilidad y previsibilidad del daño causado, es lo cierto que la argumentación del motivo tiene como punto de partida la afirmación de que actores y demandados extinguieron las obligaciones nacidas para los primeros de un contrato de fianza al dar vida a una obligación nueva». (STS de 6 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. B. P y don F. C. R. interpusieron demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra el *Banco Español de Crédito, S. A.*, solicitando la condena de este último a pagar una indemnización por los daños que los actores afirmaron haber sufrido a consecuencia de la actividad procesal desarrollada por aquél contra ellos. Alegaban los demandantes que dicha acreedora, al no resultar satisfecho oportunamente el crédito de que era titular, interpuso demanda de juicio ejecutivo en reclamación del cumplimiento de la obligación que los actores habían asumido como fiadores; y que no desistió de la pretensión deducida pese a haber pactado con ellos la extinción de la obligación afianzada mediante la creación de otra destinada a reemplazarla. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por haberse probado que el *Banco Español de Crédito, S. A.* interpuso demanda ejecutiva antes de que se hubieran perfeccionado el contrato al que los demandantes atribuyen los efectos novativos. Las pretensiones de los actores también fueron desestimadas en segunda instancia. Finalmente interpusieron recurso de casación en apoyo a los siguientes motivos: infracción del artículo 1204 CC en relación con el artículo 1214 CC; infracción del artículo 1281 CC en relación con lo dispuesto en los artículos 1204 y 1156 CC; e infracción del artículo 1902 CC. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (E. C. V.)

19. Compraventa. Embargo previo. Ausencia de bien litigioso.—Como señala la sentencia de 8 de septiembre de 1998, «la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que un bien es litigioso, desde la fecha del emplazamiento para contestar a la demanda (SSTS de 25 de enero de 1913 y 15 de febrero de 1965)»; esta caracterización de un bien o derecho como «litigioso» está haciendo referencia a la existencia de un procedimiento contencioso del que sea objeto el bien vendido, es decir, un proceso contencioso en el que exista controversia entre partes sobre la titularidad del bien, sobre la existencia o inexistencia sobre el mismo de cualquier derecho real o sobre alguna de las facultades que integran el contenido del derecho de propiedad; no tiene por tanto el carácter de bien litigioso el que ha sido objeto de embargo con la finalidad de atender con el producto de su venta a la extinción total o parcial de un crédito ya declarado por sentencia firme. Esta conclusión está abonada, a través de una interpretación sistemática, por el artículo 1535, párrafo segundo —«se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda»— así como por el artículo 1291.4. que declara rescindibles «los contratos que

se refieren a cosas litigiosas», y respecto al cual la sentencia de 15 de febrero de 1965 señala que «tal fecha de emplazamiento, es la que determina la calificación procedente (se está refiriendo a la de “bien litigioso”, aclaramos), con arreglo a nuestro Derecho histórico; cuyo precedente histórico ha sido recogido por esta Sala en S de 25 de enero de 1913, que parece que fue la única vez que a su decisión se ha sometido esta cuestión, llenando por ese medio, la laguna del artículo 1291.4. CC, que nada disponía sobre ello», y la sentencia de 31 de diciembre de 1997 señala entre los requisitos para la aplicación del citado artículo 1291.4.: «a) que el contrato haga mención a una cosa litigiosa, la cual se entiende desde la presentación de la demanda». Esta interpretación no queda desvirtuada por la sentencia de 2 de julio de 1976 que, por ser única en tal sentido, no constituye jurisprudencia.

Inexistencia de causa ilícita.—En otro sentido, atendido el carácter restrictivo con que han de ser interpretadas las prohibiciones del artículo 1459 CC y la fundamentación dada por la doctrina a la contenida en su núm. 5., no puede estimarse que la compraventa sea nula. Se apoya la prohibición de que se trata en la existencia de una causa ilícita por razón de su inmoralidad; en el caso no puede hablarse de una causa ilícita en la compraventa ya que no se revela en la misma un ánimo defraudatorio de los derechos de tercero ni del vendedor. Anotado el embargo sobre el bien inmueble vendido en el Registro de la Propiedad a resultas del juicio ejecutivo número 1735/82, antes de la celebración del contrato de compraventa, no resultan afectados los derechos del acreedor ejecutante que obtuvo a su favor el embargo, ya que el bien se transmite con la carga en que consiste el embargo y que le sujeta a la ejecución, sin que la garantía del acreedor se vea afectada por la venta. (STS de 28 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 1 de octubre de 1986, don C.M.T. vendió un local comercial a doña E.B.B. Al parecer dicho inmueble había sido embargado con fecha 2 de mayo de 1983, como resulta de una anotación del Registro de la Propiedad. Interpuesta demanda por parte del vendedor, con la que solicitó la declaración de nulidad de la compraventa por recaer sobre un bien litigioso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Torrent dictó sentencia el 2 de abril de 1997 en que estimó parcialmente la demanda y la reconvención interpuesta por la compradora, al declarar la nulidad del contrato y asimismo condenar a don C.M.T. a restituir una parte del precio satisfecho. La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante sentencia de 27 de noviembre de 1998, estimó el recurso interpuesto por doña E.B.B. y revocó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

20. La buena fe en el artículo 34 LH. Protección del tercero hipotecario cuando adquiere un bien embargado.—El requisito de la buena fe recogido en el artículo 34 LH consiste en que el adquirente no conozca o no tenga posibilidad de conocer, con una diligencia razonable, que la cosa adquirida pertenece a un titular distinto de aquel que figura en el Registro con facultades para transmitir. En todo caso, la existencia de buena fe constituye una cuestión de hecho que no puede ser examinada en sede de casación, salvo falta de lógica o arbitrariedad en la valoración de la prueba.

No existe tal protección cuando el embargo ha de ser considerado inválido, lo cual sucede en aquellos supuestos en que el bien embargado pertenece a una persona distinta del deudor. La doctrina es unánime al afirmar que la anotación de embargo no puede oponerse al que había adquirido el objeto de la traba con anterioridad a la anotación, aun cuando el adquirente no hubiera inscrito su derecho (SSTS de 14 de diciembre de 1968, 12 de junio de 1970, 31 de enero de 1978, 19 de noviembre de 1992, 10 de mayo de 1994, 14 de junio de 1996 y 4 de noviembre de 2005, entre otras).

Doble venta.—El supuesto recogido en el artículo 1473 CC sólo se aplica cuando ninguna de las ventas se ha consumado. De lo contrario, no estaríamos ante un caso de doble venta sino más bien ante una venta de cosa ajena, esto es, de inexistencia de la segunda por falta de objeto. (SSTS de 23 de junio de 1951, 23 de mayo de 1955, 7 de abril de 1971, 30 de junio de 1986, 11 de abril de 1992, 17 de noviembre de 1992, 8 de marzo de 1993, 25 de noviembre de 1996, 10 de diciembre de 1999, 26 de junio de 2001 y 6 de mayo de 2004, entre otras).

Aplicación del artículo 1227 CC con relación a los documentos privados.—El supuesto recogido en el artículo 1227 CC sólo se aplica cuando el hecho a que se refiere el documento privado no puede probarse por otros medios (SSTS de 22 de junio de 1995, 9 de junio de 1999 y 21 de marzo de 2003, entre otras). En la citada norma, la enumeración de los casos en que la fecha de un documento privado ha de ser tenida por cierta no constituye un *numerus clausus*, en la medida en que la fecha puede ser acreditada por otros medios de prueba (SSTS de 14 de octubre de 1997 y 22 de febrero de 2002). De hecho, la prueba relativa a la autenticidad de la fecha de un documento privado no es documental. (STS de 14 de diciembre de 2005). **(STS de 30 de diciembre de 2005;** no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Urbanizadora Q., S. A.* era titular registral del pleno dominio de dos fincas situadas en Hormigos y El Casar de Escalona respectivamente. La superficie que ambas ocupaban fue reparcelada y cada una de las parcelas (unas setecientas) fue vendida a distintos adquirentes entre los años 1978 y 1985. La transmisión de la propiedad de las parcelas a los compradores se produjo mediante título y modo, procediendo los adquirentes a edificar viviendas sobre cada una de las parcelas compradas.

Por otra parte, en fechas próximas al periodo indicado, se inició un procedimiento ante el Juzgado de lo Social por la reclamación de uno de los trabajadores de *Urbanizadora Q., S. A.*, el cual concluyó con una anotación de embargo del resto de la finca matriz (sobre la que estaba construida la Urbanización), y sin que los propietarios de cada una de las parcelas tuvieran conocimiento de este hecho hasta que la finca embargada fue adjudicada y rematada a favor de *C. y H., S. A.* En el Registro constaban algunas segregaciones y, en todo caso, las construcciones (en cada una de las parcelas) eran manifiestas.

Los adquirentes de las parcelas interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia ejercitando la acción declarativa de dominio. El Juez estimó la demanda apreciando que, en cualquier caso, todos ellos habían adquirido por usucapción extraordinaria. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia aunque adujo otros motivos para rechazar los pedimentos de la demanda.

La demandada formuló recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo. (*J. D. S. C.*)

21. Leasing.—La S de 18 de mayo de 2005 recuerda que numerosas resoluciones de esta Sala han mantenido la diferenciación entre la compraventa de bienes muebles a plazos y el arrendamiento financiero con opción de compra; así la de 19 de julio de 1999, dice que «carente este contrato (se refiere al arrendamiento financiero) de una regulación jurídico privada, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983) ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio ya se entienda que el leasing constituye un negocio mismo en el que se funde la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial, el parecer más autorizado y, desde luego, mayoritario, lo conceptúa como un contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el leasing opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2, párrafo 1. de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o leasing como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente distinto, del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2 del artículo 3 de la expresada Ley de 17 de julio de 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno».

Dice asimismo esta sentencia que «lo que no puede mantenerse con carácter general es que el bajo valor residual denota que se trata de una compraventa»; en el mismo criterio abunda la sentencia de 30 de diciembre de 2003 según la cual «no es por tanto de recibo a efectos de desautorizar la naturaleza de la relación contractual que se discute, el hecho de que el valor residual que actuaba a efectos del ejercicio de la opción coincida exactamente con el importe de las cuotas mensuales fijadas para el arrendamiento, ya que la cuantía más o menos elevada, reducida y también coincidente para la opción de compra, no es por sí suficiente para el pretendido cambio de calificación contractual y por ello no se está ante un negocio simulado, como es la conclusión del Tribunal de instancia». (**STS de 22 de febrero de 2006**; ha lugar.)

HECHOS.—Con el fin de alzar el embargo trabado sobre un vehículo, la empresa *B.B.V. Leasing, S. A.* interpuso tercería de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de A Coruña dictó sentencia el día 14 de febrero de 1996, en que estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia estimatoria con fecha 21 de enero de 1997, al considerar que con anterioridad la empresa *B.B.V. Lea-*

sing, S. A. no había arrendado con opción de compra el mencionado vehículo a don R.L.A. y doña J.R.V. sino que lo había vendido a plazos, «puesto que el precio establecido como opción no cumplía la función de un precio autónomo». El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de la empresa *B.B.V. Leasing, S. A.* (*J. M. B. S.*)

22. Presunción *iuris tantum* de culpabilidad del arrendatario por los deterioros producidos en la finca arrendada.—«El artículo 1563 establece la responsabilidad del arrendatario para el caso de incumplimiento de esa obligación a causa de la pérdida de la cosa o por devolverla en peor estado del que la recibió. Entiende el legislador que, al estar la cosa en poder del arrendatario, su pérdida o deterioro es imputable, en principio, al mismo, si bien puede eximirse de responsabilidad probando que la pérdida o deterioro no es debido a culpa suya. Para apreciar si hay pérdida o deterioro de la cosa, hay que partir del estado en que se hallaba al momento de la entrega al arrendatario, teniendo en cuenta lo dispuesto al efecto en el artículo 1562 a cuyo comentario nos remitimos. El principio de responsabilidad del arrendatario es aplicación de los principios generales, en materia de contratación, concretamente, del artículo 1183 al disponer que siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096. Y con referencia concreta al incendio, la jurisprudencia establece que cuando el hecho determinante del daño se produce en un inmueble arrendado, el artículo 1563 CC, en cuanto responsabiliza al arrendatario del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya, viene a establecer una presunción *iuris tantum* de culpabilidad contra el arrendatario, que impone a éste la obligación de probar que actuó con toda la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso (sentencias de esta Sala de 10 de marzo de 1971 y 7 de junio de 1988), cuya prueba no se ha producido en el caso aquí contemplado, a lo que ha de agregarse que no todo incendio es debido a caso fortuito y no basta a estimar tal carácter el siniestro producido por causas desconocidas (sentencias de 26 de marzo de 1928, 30 de junio de 1952, 10 de marzo de 1971 y 9 de noviembre de 1993». (**STS de 24 de enero de 2006**; no ha lugar.)

HECHOS.—J. C. H. y L. P. G. celebraron un contrato de arrendamiento de vivienda con N. M. D. El día 11 de junio de 1992 se produjo un incendio que destruyó íntegramente la vivienda arrendada con todos sus muebles y enseres. Los arrendadores interpusieron demanda contra la arrendataria solicitando que se la declarara responsable del incendio y que se la condenara a indemnizarles por los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación declarando a la arrendataria responsable del incendio. La demandada interpuso recurso de casación alegando infracción de los artículos 1554 y 1563 CC. El Tribunal Supremo desestimó el recurso. (*R. T. B.*)

23. Facultad del juez de moderar la indemnización establecida en el artículo 56 LAU.—«La jurisprudencia para evitar la notoria desproporción que se podría derivar de la aplicación rigurosa del precepto, y consiguiente enriquecimiento injusto, se inclinó por considerar correcta una prudente moderación (SSTS, entre otras, de 2 de julio de 1984, 15 de junio de 1993, 25 de enero y 28 de febrero 1996, 17 de octubre de 1998, 25 de marzo de 1999, 23 de mayo de 2001, 15 de julio y 11 de noviembre de 2002 y 15 de diciembre de 2004 —estas dos últimas como *obiter dictum*—). Para la aplicación de este criterio es preciso tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva del arrendatario, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar, y del arrendador, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual. Y en tal línea de pensamiento procede valorar, entre otras varias posibles situaciones, la de que por el arrendador se haya podido explotar el local o concertar un nuevo arrendamiento en condiciones económicas satisfactorias, lo que convertiría la pretensión indemnizatoria cuantificada en todas las rentas frustradas del primer contrato, —es decir, las correspondientes al período entre el desalojo voluntario y la terminación del contrato—, en notoriamente desproporcionada, y por consiguiente abusiva (arts. 9, párrafo segundo, y 7.2 CC) y no conforme a las exigencias de la buena fe con que han de ejercitarse los derechos (arts. 9, párrafo primero, LAU 1964, 7.1 CC, 11 LOPJ y actualmente también 247 LEC)». (STS de 3 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—A. L. U. arrendó en fecha 17 de agosto de 1987 un local de negocio a M. M. S., fijando como fecha de finalización del contrato el 16 de agosto de 2012. En el mes de abril de 1994 el arrendatario resolvió unilateralmente el contrato y desalojó el local. El día 11 de julio de 1994 el hijo del arrendador empezó a explotar el local, y a partir de 19 de diciembre de 1994 el mismo fue alquilado a otra persona por un período de veinticinco años por una renta superior a la del contrato celebrado con M. M. S. Posteriormente, el arrendador interpuso demanda contra M. M. S. solicitando que se declarara la rescisión unilateral del contrato de arrendamiento y que se condenara al demandado a abonar en concepto de indemnización la cantidad correspondiente a las rentas del período de tiempo comprendido entre el mes de abril de 1994 y el 16 de agosto de 2012. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando al demandado a abonar al actor la suma de 202.000 pesetas, correspondiente al período en que el local no fue explotado por nadie. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. T. B.)

24. Arrendamientos urbanos sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. No cabe la acción de retracto sobre local que era la base física de un arrendamiento de industria.—Una unidad arrendaticia no puede dividirse y dar lugar a medio retracto; no es la cuestión de un piso agrupado a otros, que contempla el artículo 47.1, sino de unidad arrendaticia que no permite su desglose; la propia parte demandante y recurrente no ha

mencionado en ningún instante, ni en la demanda ni en el motivo del recurso, esta norma y esta posibilidad, sino que ha mantenido en todo momento la unidad del arrendamiento y de la acción, postulando el retracto de la vivienda y del «local de negocio» pese a que éste no es tal, sino negocio o industria, cuyo arrendamiento no da lugar al derecho de retracto arrendaticio urbano. (STS de 3 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante ejercitó acción de retracto de finca urbana compuesta por vivienda y local. El juez de primera instancia desestimó la demanda puesto que el objeto del arrendamiento había sido una vivienda y una industria, no un local de negocios, no pudiendo ejercitarse el retracto sobre la industria ni sobre una parte de lo arrendado. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los recursos interpuestos por el demandante. (M. C. B.)

25. Exclusión de un contrato del ámbito de aplicación de la Ley de arrendamientos rústicos.—«El texto que integra la circunstancia tercera del artículo 7.1. LAR no puede ser más explícito y terminante, puesto que se está refiriendo a fincas que tengan un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de igual calidad o cultivo, cuyo superior valor es debido a cualquier circunstancia ajena al destino agrario (STS de 22 de enero de 1998 y de 7 de octubre de 1999). El contraste entre el valor referido al destino agrario de la finca y el resultante de tener en cuenta los factores que el artículo 7.1.3.º contiene, no ha sido efectuado con fincas de la calidad o cultivos en la zona, sino con la propia finca de autos mediante dictámenes periciales efectuados desde esos diversos enfoques. Pero con ello se cumple, incluso con mayor rigor, con el espíritu del precepto, cuya finalidad no es otra que la de poder apreciar la incidencia económica, cuando es de entidad notable, causada en el valor de la finca por circunstancias sobrevenidas y externas a su propio destino natural; pues así, y sin mengua de la fiabilidad del resultado, se obvia la dificultad de establecer comparaciones con fincas cuya similitud, exigida por la Ley, puede ser en la práctica muy difícil de hallar; no es óbice a tal planteamiento la doctrina que emana de la STS de 7 de abril de 1993, pues lo que la misma establece es que debe constar la magnitud del precio en relación con las no afectadas por las “circunstancias ajenas al destino”, pero no el modo o la forma de llegar a tal conclusión. Y esta es la doctrina que establece la Sentencia de 18 de enero de 1999». (STS de 27 de enero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—C. R. E., titular de un arrendamiento rústico histórico, interpuso demanda contra los propietarios de la finca arrendada. La actora solicitó que se declarara su derecho a adquirir forzosamente la propiedad de la finca y que se condenara a los demandados a vendérsela previo pago del precio. Los demandados se opusieron a la demanda alegando la no aplicación de las normas de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos por tener la finca un valor superior al doble del precio que normalmente corresponde a una finca de la zona por una circunstancia ajena al destino agrario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apela-

ción. La actora interpuso recurso de casación alegando la no aplicación del artículo 7.1.3.^a LAR, por no haberse determinado el valor de la finca de acuerdo con este precepto. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación considerando que el valor de la finca había sido correctamente determinado por el informe pericial. (R. T. B.)

26. Contrato de obra.—El contrato celebrado por las partes fue el denominado en el CC (arts. 1542, 1544 y rúbrica del Cap. III, del Tít. VI, del Libro IV) arrendamiento de obra, aunque en la doctrina se prefiere denominarle contrato de obra o de ejecución de obra, el cual se distingue del de arrendamiento de servicios, según criterio que viene prevaleciendo en la doctrina jurisprudencial (SSTS entre otras de 4 febrero 1950; 23 noviembre 1964; 10 junio 1975; 3 noviembre 1983; 14 junio 1989; 4 septiembre 1993; 12 julio 1994; 7 febrero y 17 octubre 1995; 30 enero, 17 marzo y 10 mayo 1997; 13 abril 1999; 8 octubre 2001; 24 octubre 2002 y 6 mayo 2004), por el objeto inmediato de la obligación del contratista —arrendador; empresario—, de modo que la esencialidad de la prestación no radica en el trabajo o actividad a desplegar, sino en su resultado. Y de la realización y perfección de este resultado —*opus consumatum et perfectum*: STS 7 de febrero de 1995— depende que el contratista haya o no cumplido, o lo haya hecho defectuosamente, pues la parte llamada contratista está obligada, como resalta la STS de 30 de enero de 1997, a realizar y entregar la obra y que ésta sea la prevista, correcta y adecuada, siendo ello determinante del derecho al pago o retribución.

Valoración del cumplimiento.—Con arreglo a la anterior doctrina jurisprudencial se requiere, por consiguiente, un resultado perfecto, pero sucede que la apreciación de este efecto jurídico es con frecuencia dificultosa por la parquedad normativa del CC, y porque el concepto de obra —como resultado— presenta diversas modalidades —elaboración de un dictamen técnico, confección de una prenda o de útiles varios, obra de arte, construcción, edificación, rehabilitación, reparación, etc.— que no son susceptibles de un tratamiento unitario, o al menos requieran importantes matices. La determinación de la perfección del cumplimiento debe ser valorada en relación con lo convenido, —deducible de las estipulaciones contractuales, presupuesto, proyecto, hoja de encargo, garantía suscrita, oferta del contratista, u otro elemento evidenciador—, pero cuando falta una previsión específica debe prestarse singular atención a las circunstancias del caso. La bondad del resultado no cabe supeditarla sin más a la satisfacción del interés del acreedor del mismo, pues puede ser insatisfactorio para el comitente y, en cambio, ser ajustado a la consecuencia o efecto normal del trabajo efectuado y contratado. Lo relevante no es que el resultado coincida con la finalidad perseguida por el comitente, sino el correspondiente a la ejecución de obra que se contrató, pues aquel interés puede ir más allá de lo que es connatural o consecuencia de lo encargado o convenido. En el presente caso, la comitente conocía perfectamente las condiciones del tejado, las deficiencias que tenía, y lo que era necesario para que la reparación fuera efectiva. (STS de 9 de enero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *Gaube, S. A.* encargó una obra de imprimación asfáltica de la superficie de una nave a las empresas *Dinx Producciones, S. A.* y *Harrobi, S. A.*, por medio de la instala-

ción de un material denominado «Bitu-Prene». Aunque las contratistas ejecutaron la obra correctamente, se produjeron unas filtraciones de agua debido al estado deficiente del tejado o cubierta de la nave, por lo que no se alcanzó la utilidad pretendida por la comitente. *Gaube, S. A.* interpuso demanda en que solicitó que las empresas *Dinex Producciones, S. A.* y *Harrobi, S. A.*, fueran condenadas a indemnizar el daño causado por el carácter defectuoso de la obra realizada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Bilbao desestimó la demanda, mediante sentencia de 4 de diciembre de 1996. Desestimado el recurso de apelación de la comitente por la sentencia de 9 de marzo de 1999 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

27. Vicios ruinógenos. Prescripción.—El motivo 1.º, relativo a la «prescripción extintiva de la acción», limitada a la dirigida contra los administradores, debe de ser desestimado, aunque no por los mismos criterios aducidos, en este aspecto, por las Sentencias de instancia, sino aplicando los correctos, y con ello poder seguir la doctrina jurisprudencial de esta Sala, y así: 1.º, de partida no puede aceptarse que la responsabilidad por «culpa profesional», respecto a vicios ruinógenos de un edificio, y derivados de su construcción (art. 1591 CC), sobre la que aquí se acciona, sea una responsabilidad extracontractual, propia del artículo 1902 CC, o asimilable a ella, y a la que se aplique la prescripción de un año (art. 1968.2.º CC), tal como se ha discutido en el proceso, y sobre la que se han realizado los cálculos correspondientes, y de la que también parte este motivo del Recurso, pues, en todo caso, dicha responsabilidad deriva de una «culpa contractual», con otro plazo de prescripción, ya que la actora está unida a la Promotora por un contrato de compraventa (arts. 1445 y sigs. CC), y a la Constructora (sus Administradores, en su caso), Arquitectos y demás Técnicos, por el contrato de arrendamiento de obra (arts. 1544 y 1588 y sigs. del mismo Cuerpo legal); 2.º, según la conocida jurisprudencia de esta Sala, conocida al ser muy repetida, la prescripción de la acción de responsabilidad individual por deudas sociales de los Administradores de las Compañías Mercantiles, es la de cuatro años, del artículo 949 CCO, siendo el momento inicial de su cómputo aquél en que consta que los socios cesaron como tales, en 1989, y la demanda se presenta el 13 de julio de 1992, por lo que tal prescripción no sería aquí aplicable; y 3.º, dicho plazo de prescripción se ha entendido aquí como aplicable a la repetida acción, cualquiera que sea la disposición legal vigente como aplicable a la responsabilidad social de que se trata, y es de determinación de oficio, como la legalmente correcta (aunque ni las partes, ni el Tribunal lo hayan hecho), al mantenerse los hechos a los que haya de aplicarse.

Responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima.—La verdadera discusión de este motivo consiste en determinar si de estos hechos se deriva o no la responsabilidad aquí exigible, que ya, definitivamente (el final de las obras está fijado en el día 2 de junio de 1986, y la calificación definitiva, en 20 de junio de 1987, según la Sentencia del Juzgado: F.J. 2.º, ap. 13.º) no se plantea respecto a los arts. 133 y ss. LSA/1989, sino en cuanto a los 80 y 81 LSA de 17 de julio de 1951 (que la LRSL/1953 hace suyos a este tipo de Sociedades): no se trata propiamente de una acción, la ejercitada, aunque impropriamente se hable de ello, de «reconstrucción del patrimonio

social», del artículo 80.4.º, que exigirá la existencia de una «amenaza grave» de los créditos de los acreedores, aquí no planteada, sino de la acción del 81, llamada de «indemnización que pueda corresponder... a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquélla»; la Sentencia recurrida para responsabilizar a los socios, parte de entender que la reducción drástica del capital social de la Promotora, responsable frente a aquéllos por las compraventas que les unen (de las que derivan las demás acciones de ejercicio directo, pero como derivadas de la procedente de tales contratos), y la desaparición de hecho de tal Promotora (sin que a ésta, y por tal responsabilidad, deban añadirse connotaciones sólo atinentes, en los vicios constructivos declarados, a la Constructora, como se repite), suponen esa «lesión directa» de los intereses de los acreedores, pues, por un lado, se trata de unos hechos, no tratados en forma legal, y atribuibles directamente a los administradores (la Promotora se disuelve, sin causa legal que conste, al finalizar, o próxima a su terminación, la obra), que lesionan indudablemente los referidos créditos (que perviven durante los diez años de garantía, del art. 1591 por el que se acciona principalmente).

Responsabilidad solidaria de los agentes que intervienen en el proceso constructivo.—El último motivo, se refiere a la imputación de «solidaridad» en la responsabilidad entre los en definitiva condenados, respuesta jurisprudencial, de correcta justicia y equidad, para aquellos casos en que concurren varios responsables y no pueda determinarse el *quantum* de la satisfacción indemnizatoria a repartir entre ellos, de acuerdo con la importancia de sus respectivas conductas. El motivo, no obstante, va más bien dirigido a tratar de responsabilizar únicamente, o en la parte proporcional más importante, al Arquitecto, pues la Promotora (su socio derivadamente) entiende que el cambio efectuado de vigas y viguetas (de las realizadas «in situ», por las prefabricadas) causante de la «ruina constructiva», fue adoptado por un cambio parcial del Proyecto del Arquitecto. Esto no es así, y lo refiere claramente la Sentencia de autos, al decir que, aunque se tuvo que modificar el Proyecto a tal fin, en realidad fue aprobado el cambio, en su beneficio, por la Promotora y la Constructora. En definitiva, y en otro aspecto, se mantiene también la solidaridad en el *facere* en que consiste la condena, del que se responsabiliza, en su ejecución, en esa forma, a todos los partícipes condenados, por imposibilidad de atribución de cuotas entre ellos, y por haber coadyuvado conjuntamente al daño producido. (STS de 16 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras constatar que el edificio llamado «Cala-Nyas» presentaba distintos defectos constructivos, la comunidad de propietarios interpuso demanda contra la promotora *Promociones Nyas, S.L.*, la constructora *Naves y Asfaltos, Empresa Constructora, S.L.*, los socios administradores de ambas empresas don F. L. F. y don F. M. C., el arquitecto don F. P. S. y el arquitecto técnico don A. L. M., en que reclamó indemnización del daño causado por vicios ruínógenos en la edificación. Al parecer, el edificio presentaba defectos estructurales que produjeron movimientos, deformaciones y grietas en distintos elementos constructivos, así como defectos debidos a los trabajos de ejecución de la obra realizados, como el levantamiento y rotura de baldosas. Asimismo, la empresa constructora había promovido un expediente de suspensión de pagos en una fecha cercana a la finalización de la obra y la promo-

tora había reducido drásticamente su capital social. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Benidorm estimó la demanda parcialmente, mediante sentencia de 2 de noviembre de 1995, condenó solidariamente a las empresas promotora y constructora, los socios administradores y el arquitecto a ejecutar las correspondientes obras de reparación de los defectos y absolvió al arquitecto técnico. Interpuesto recurso de apelación por los socios administradores, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia desestimatoria el día 25 de febrero de 1999. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

28. Acción directa contra la Administración pública. Competencia de la jurisdicción civil.—La Sala sigue la doctrina que ya formuló la anterior sentencia de 12 de mayo de 1994, cuyo fundamento segundo dice literalmente: «La tesis del motivo parte de que el contrato de ejecución de obras concertado con el Estado por las dos empresas mencionadas, como principales y contratistas, reviste la condición de contrato administrativo, lo que no se discute, por resultar correcta tal calificación, conforme a los textos legales que se aportan. Ahora bien, los contratos que relacionan a los contratistas y la cadena de subcontratistas son de naturaleza indiscutible civil y la acción de reclamación contra el Estado, como comitente, es acción de naturaleza también civil, prevista en el artículo 1597 del Código, que se acumuló a la ejercitada contra los dos contratistas y subcontratista primero, por reunir los requisitos del precepto 156 LEC y por tanto corren idéntica suerte procesal, determinativa de la Jurisdicción competencial para su conocimiento, que excluye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por no dirigirse única y exclusivamente contra el Estado, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala (SSTS de 2 de febrero de 1987, 10 de noviembre de 1990, 17 de febrero de 1992, 28 de abril de 1992 que refiere unas antiguas de 15 de octubre de 1976, 22 de noviembre y 17 de diciembre de 1985, 14 de octubre de 1986 y 2 de junio de 1993), que proclama la “vis atractiva” y preferencial de la Jurisdicción civil, toda vez que se trata de acceso al proceso, en la condición de partes interpeladas, del Estado conjuntamente con personas jurídicas privadas, en vinculación relacionada de solidaridad contractual, determinante de la responsabilidad que surge por imperativo legal del referido precepto 1597 y convierte a los acreedores en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, 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 contratista o subcontratistas que generaron el débito reclamado por razón de los trabajos encargados y materiales que se aportaron».

Carga de la prueba.—El motivo tercero del recurso de casación, también formulado al amparo del número 4.º del artículo 1692 LEC se articula por infracción del artículo 1214 CC, relativo a la doctrina de la carga de la prueba y doctrina y jurisprudencia. Se basa en que la sentencia recurrida impone la carga de la prueba de la cantidad que éste (dueño de la obra) adeude a aquél (contratista), como dispone el artículo 1597 CC no a la sociedad demandante, que es el subcontratista, sino al dueño de la obra, que es la Administración del Estado. El motivo se desestima porque la cantidad que se adeuda no la puede conocer el subcontratista y, al contrario, el dueño de la obra puede con

toda facilidad acreditar, si es así, que nada adeuda. Es decir, se invierte la carga de la prueba por la simple razón de que, de no hacerse así, quedaría sin aplicación la acción directa del artículo 1597 CC. Así lo ha entendido la reiterada jurisprudencia de esta Sala, desde que se le planteó este tema de forma directa: sentencias de 2 de julio de 1997, 6 de junio de 2000 y 18 de julio de 2002; esta última dice literalmente: «La jurisprudencia de esta Sala ha destacado que el hecho de existir deuda o haber sido ésta satisfecha es algo que puede probar el dueño de la obra, pero es imposible o muy difícil probar al subcontratista; en consecuencia, se ha reiterado que es el dueño de la obra quien debe probar que nada debe; así, las sentencias de 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000 dicen: uno de los presupuestos de la presente acción directa que conforma el contenido de la misma es la cantidad que el dueño de la obra (o contratista anterior) deba al contratista (o subcontratista anterior). En principio, aplicando la doctrina de la carga de la prueba, si no se prueba, debería sufrir las consecuencias de la falta de la prueba el demandante que ejercita la acción directa. Pero a éste le puede ser imposible tal prueba, pues no conoce ni puede conocer las relaciones internas entre uno y otro; por el contrario, el demandado sí tiene en sus manos la sencilla prueba de lo que ha pagado o si ha pagado totalmente lo debido a su contratista y, por tanto, que no concurre tal presupuesto. En consecuencia, se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra (o el contratista anterior) el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto». (STS de 16 de enero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—La Administración del Estado encargó a la empresa *Dragados y Construcciones, S. A.* una obra relacionada con la construcción de una carretera. Con fecha 6 de julio de 1993, la contratista subcontrató a la empresa *Migec Somafer Española, S.L.*, con el fin de realizar unos trabajos de perforación y voladuras. Con posterioridad, la obra fue paralizada más de seis meses, por lo que *Migec Somafer Española, S.L.*, interpuso demanda dirigida contra *Dragados y Construcciones, S. A.* en la que solicitó la resolución del contrato, de acuerdo con lo establecido en una de sus cláusulas, así como contra la Administración del Estado en ejercicio de la acción directa (art. 1597 CC). El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valladolid dictó sentencia el día 23 de diciembre de 1997, que declaró resuelto el contrato, condenó a *Dragados y Construcciones, S. A.* a pagar a la subcontratista el importe correspondiente a los trabajos realizados y a devolver la cantidad retenida como garantía y absolvió a la Administración del Estado. La empresa *Migec Somafer Española, S.L.* recurrió en apelación. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid dictó sentencia estimatoria el día 25 de marzo de 1999 y condenó a la Administración del Estado a abonar a la subcontratista el importe por los conceptos mencionados, como deudor solidario. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos, respectivamente, por la contratista *Dragados y Construcciones, S. A.* y la Administración del Estado. (J. M. B. S.)

29. Sociedad deportiva ecuestre. Validez del acuerdo que suprime las actividades ecuestres en su actual emplazamiento.—El acuerdo no

modificó el Reglamento, ni eliminó la finalidad de la sociedad hípica, ni suprimió el objeto esencial; tal como aparece redactado el acuerdo, cesan las actividades ecuestres «en su actual emplazamiento» y con estas mismas palabras se postula en el suplico de la demanda y se resuelve en el fallo de la sentencia recurrida. Por ello, no se acepta por esta Sala que signifique el abandono o supresión de la actividad esencial prevista en el Reglamento (art. 1) y que éste se haya modificado sin las previsiones del mismo sobre modificación (art. 83) y, por ende, que sea nulo el acuerdo por aplicación analógica del artículo 6.3 CC o por aplicación directa del propio Reglamento; no es baldío añadir que una sanción tan grave como la nulidad de un acuerdo social no puede declararse por analogía (del art. 6.3) ni tampoco puede hablarse de una aplicación directa cuando nada prevé sobre ello (el Reglamento).

Del propio texto del Reglamento, del texto de la demanda y de la sentencia recurrida, no se desprende que aquel régimen de composición de la Junta vaya contra los principios democráticos y representativos, como exige el artículo 16.3 de la Ley del Deporte e incluso contra la Constitución, que provoquen la nulidad absoluta que prevé el artículo 6.3 CC. Por lo cual, dichos artículos se han infringido por dicha sentencia. Tales principios, como aquí se mantiene, son respetados: el régimen no es antidemocrático ni es no representativo; se organiza un sistema democrático y representativo con una serie de particularidades que no atentan a aquellos principios; tales particularidades, de no estar conforme los socios, pueden modificar el Reglamento (arts. 83 y siguientes) pero no es aceptable que aleguen su nulidad y la de los acuerdos, cuando uno de éstos va contra sus deseos. **(STS de 2 de febrero de 2006; ha lugar.)**

HECHOS.—Los demandantes demandaron a una sociedad deportiva solicitando que se declarase la nulidad del acuerdo social por el que se suprimieron las actividades ecuestres en el emplazamiento hasta entonces existente, la nulidad de todos los acuerdos de la Junta General por ser su constitución antidemocrática e inconstitucional, así como la nulidad parcial de los estatutos de la sociedad demandada. El juez de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación con desestimación íntegra de la demanda. *(L. F. R. S.)*

30. Sociedad civil. Extinción.—Tanto la doctrina como la jurisprudencia han interpretado el artículo 1700 CC, y la definición del capítulo III del título VIII que reza «De los modos de extinguirse la Sociedad» en el sentido que, pese a la dicción de los mismos, se ha de entender que la extinción propiamente tal de la sociedad no se produce sino hasta el momento en que se han realizado todas las operaciones necesarias para aislar a la sociedad del tráfico en que se hallaba inserta y, por ello, dentro del proceso extintivo de la sociedad, se han de diferenciar tres momentos principales: la disolución que consiste en la concurrencia de una causa que determina la apertura de la liquidación; la liquidación que es el proceso a través del cual se libera a los socios y al patrimonio social de los vínculos contraídos con motivo de la sociedad; y la extinción en sentido estricto, que se produce al cierre de la

liquidación con la distribución del remanente, si lo hubiere, entre los socios. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (sentencias de 24 de octubre de 1975 y la de 6 de marzo de 1984, ambas citadas por el recurrente en el acto de la vista). (STS de 31 de enero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. I. A. solicitó la ejecución de una sentencia que había declarado la extinción de una sociedad civil denominada *Tapicerías Iragui*. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Guernica dictó auto el 23 de enero de 1997, en que estimó la demanda y acordó que el periodo de rendición de cuentas comprendía desde el año 1972 hasta el 1986. Tras ser estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don J. I. A., el auto dictado el 23 de marzo de 1999 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya extendió el periodo de rendición de cuentas hasta el 31 de diciembre de 1994, por lo que las cantidades a pagar por parte de los demás socios demandados por la participación del demandante en la sociedad, así como en concepto de valor del negocio, resultaron sustancialmente superiores. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso de casación de don J. L. A. O., uno de los socios. (*J. M. B. S.*)

31. Enriquecimiento sin causa. No se produce en caso de adjudicación por precio inferior al de tasación en subasta judicial del procedimiento de ejecución hipotecaria.—En el caso de adjudicaciones realizadas en pública subasta en el curso de procedimientos de realización de garantías hipotecarias tramitados al amparo del hoy derogado artículo 131 LH, la jurisprudencia ha considerado que —una vez declarado dicho procedimiento acorde con los derechos constitucionales en sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981 y 17 de mayo de 1985— no puede existir enriquecimiento injusto por el hecho de que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor por un precio inferior al de tasación, supuesto que el proceso se haya seguido por los trámites legalmente previstos y se haya aprobado judicialmente el remate. Para ello debe tenerse en cuenta, entre otros extremos, que —aunque no era todavía aplicable a esta adjudicación lo dispuesto en la LEC 2000, que permite al deudor evitar la adjudicación del inmueble en las subastas sin ningún postor si el acreedor que la solicita no ofreciere, al menos, el 50% del valor de tasación del mismo (art. 671, por remisión del art. 691.4, cuando se trata de bienes hipotecados)—, el apartado 12.º del artículo 131 LH ofrecía al deudor la facultad de mejorar la postura o buscar un tercero que lo hiciese. En definitiva, el marco legal que regía imperativamente dicho proceso facultaba al acreedor a obtener dicha adjudicación en favorables condiciones si el deudor se aquietaba a la oferta efectuada en tercera subasta no haciendo uso de aquella facultad.

La jurisprudencia ha reservado la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en subastas judiciales a supuestos en los que el bien adjudicado lo fue comprendiendo accidentalmente elementos ajenos a la garantía hipotecaria y a la consiguiente tasación (*v. gr.*, SSTS de 15 de noviembre de 1990, 4 de julio de 1993 y, más recientemente, 18 de noviembre de 2005), pero no le ha reconocido relevancia cuando, seguido el proceso correctamente por sus trámites, sólo puede apreciarse una divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación, aun cuando ésta sea notable, ni siquiera en un

supuesto en que se reconoció que el precio del remate a favor de la entidad concedente fue «irrisorio y absolutamente desproporcionado» (STS de 8 de julio de 2003), situación que, en el caso examinado, se halla todavía lejos de lo que se deriva de los hechos fijados por la sentencia recurrida, la cual sólo hipotéticamente admite que pueda haberse producido una devaluación de los bienes en el momento de la adjudicación, y en el que se advierte, además, que la rebaja en el precio del remate puede estar en relación con el hecho de que el crédito fue concedido para la construcción del inmueble hipotecado, cuyas previsiones no necesariamente realizadas pudieron influir en el valor asignado en la escritura de préstamo.

Como dice la STS de 8 de mayo de 1996, invocada por la sentencia recurrida, no puede alegarse abuso del derecho frente al acreedor adjudicatario cuando se han cumplido los trámites legales prevenidos en el artículo 131 LH, y la actuación del banco ejecutante, justificada por los presupuestos que legitiman acudir a este procedimiento especial, se ajusta a aquellos trámites. En efecto, resulta incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho de adjudicación ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos, de tal suerte que el provecho que pueda haber obtenido, como ha quedado reseñado al examinar el anterior motivo de casación, resulta de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico con el fin de facilitar la realización de las garantías hipotecarias, ante la falta de uso por el deudor de sus facultades para elevar el precio del remate, y, por consiguiente, no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito y, al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negocial. (STS de 16 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco H* ejercitó procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH contra E, a consecuencia del cual las dos fincas hipotecadas fueron adjudicadas a un tercero, después de que el *Banco H* le cediera el remate. Posteriormente, el *Banco H* reclamó el resto de lo adeudado a E en procedimiento declarativo. E demandó al *Banco H* en acción de enriquecimiento sin causa, alegando que las fincas hipotecadas se habían vendido en subasta a un precio muy inferior al que figuraba en la tasación y que, al haber cedido el remate a un tercero y haber reclamado la cantidad que aún se adeudaba, el *Banco H* había obtenido un enriquecimiento sin causa. El juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los recursos interpuestos por el demandante. (M. C. B.)

32. Enriquecimiento sin causa. No se produce cuando el Ayuntamiento declara caducado un contrato de suministro eléctrico de los puestos de venta de un mercado municipal.—En el presente caso se ha de decir que SECE no ha sufrido empobrecimiento alguno por las razones explicitadas en la sentencia recurrida cuando dice «1) no ha existido empobrecimiento en el actor, desde el momento en que ha utilizado la concesión, o si se quiere la autorización o el convenio, por un período superior al pactado como mínimo en dicho convenio (seis años prorrogables), y en concreto, teniendo

en cuenta que se subrogó en el de 31 de diciembre de 1948, por un período de treinta y siete años, hasta que en fecha 31 de diciembre de 1985, renunció voluntariamente a sus derechos a favor de *FECSA*. 2) Esta renuncia, repetimos, voluntaria, al no venir impuesta por la Orden de 1984, se efectuó, además mediante precio, y en concreto por la cantidad de 215.000.000 de pesetas, que incluía una indemnización compensatoria por lucro cesante, a cargo de *FECSA*».

Tampoco ha habido enriquecimiento, o por lo menos no se ha demostrado a favor del Ayuntamiento de Barcelona, es más, tuvo que hacerse cargo de las instalaciones para prestar una obligatoria prestación de servicio público.

Y no hubo justa causa, ya que *SACE*, como se ha dicho renunció a prestar el servicio de suministro eléctrico. (STS de 9 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad demandante presentó una demanda contra el Ayuntamiento de B, en reclamación de cantidad basada en el enriquecimiento sin causa. La actora había cedido onerosamente a otra sociedad el contrato de suministro eléctrico de los puestos de venta de un mercado municipal y, a partir de la cesión, el Ayuntamiento de B había considerado caducado el contrato y se había hecho cargo del mantenimiento de las líneas por no haber sido notificado de la cesión de contrato producida. El juez de primera instancia estimó sustancialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada y la absolvió de las pretensiones contenidas en la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante. (M. C. B.)

33. Responsabilidad contractual y extracontractual. Acumulación de acciones basada en la «unidad de culpa». Omisión de notificar deficiencias advertidas por Inspección administrativa cuyo informe interrumpe suministro de gas licuado. Deber de indemnizar daños producidos por pérdida de pedidos.—La pretensión ejercitada por el titular de la empresa de cerámica contra la empresa inspectora y la persona encargada de la instalación de almacenamiento de gas licuado procedente del petróleo es una acción resarcitoria cuyo sustrato es tanto una responsabilidad contractual como extracontractual, ejercicio de yuxtaposición perfectamente aceptado por la jurisprudencia de esta Sala, basado en la *unidad de culpa*, mantenida, entre otras, en SSTS de 18 de febrero de 1997 y 7 de noviembre de 2000.

Causa eficiente del daño.—No presenta duda que la causa eficiente del daño producido, a saber, el cierre de la industria de fabricación de productos cerámicos, fue el desconocimiento del propietario de la misma, por no notificación de las partes demandadas, de unas presuntas irregularidades por realización de obras al referido actor, que no pudo así rectificar dichas obras o, al menos, ponerlas en orden, para evitar el lógico corte de suministro acordado por la entidad pública competente. La causa de tal indefensión para poder reaccionar ante una situación anómala perfectamente corregible, fue debida única y exclusivamente a la actuación de la empresa inspectora y de la persona mantenedora de la instalación, ya que no cumplieron la obligación de notificar la revisión periódica efectuada, o a efectuar con la propuesta de reformas necesarias para una utilización correcta, así como la necesidad de

interrumpir el servicio de suministro conforme establece el artículo 12 del Real Decreto de 13 de noviembre de 1987; ni se hizo lo necesario para mantener las instalaciones en estado de correcto funcionamiento, haciendo constancia de ello en el Libro de Mantenimiento, como establece la Orden de 29 de enero de 1986, como obligación para la persona física mantenedora de la instalación.

Concurso de responsabilidades.—Destacada la interpretación jurídica de la culpa y su nexo causal y demostrados los elementos fácticos de la omisión y el daño, no cabe duda de que nos encontramos ante una responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC y dada la relación contractual de asistencia existente entre las partes, también de una responsabilidad contractual del artículo 1101.

Evaluación de los daños.—Dado que la evaluación futura de los daños se hará en ejecución de sentencia, sus parámetros estarán constituidos por los pedidos perdidos y efectivamente acreditados, y la ganancia que hubiera supuesto para el sujeto pasivo la realización de tales pedidos, descartados los costes. (STS de 25 de enero de 2007; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia notable por la cuidadosa precisión de los hechos-base. Una empresa de cerámica utiliza como combustible el GLP (gas licuado procedente del petróleo), lo que requiere una especial instalación para su almacenamiento y una vigilancia específica; ambas tareas estaban contractualmente encomendadas a una empresa de asistencia (ATISAE) y a don Vicente T. G. Una inspección de *Repsol* denuncia determinadas irregularidades que no fueron notificadas a la empresa de cerámica, y que, al no ser corregidas en tiempo oportuno, determinaron el corte de suministro y la imposibilidad de atender pedidos, llegando al extremo del cierre de la empresa. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, pero la AP da lugar a la apelación, absolviendo a ambos demandados. El TS estima el recurso, pero se muestra riguroso, como es habitual, a la hora de fijar criterios para indemnizar el *lucrum cesans*, pues sólo se tendrán en cuenta los pedidos perdidos efectivamente acreditados, y la ganancia que hubiera supuesto para el sujeto pasivo la realización de tales pedidos, descartados los costes. Parece probado el cierre de la empresa por tales hechos, y se desestima indemnizar el daño moral causado por aquél. (G. G. C.)

34. Responsabilidad civil profesional de Abogado y Procurador. Irresponsabilidad del Letrado.—La Audiencia, tras valorar el resultado de las pruebas practicadas, llegó a la convicción de que el origen del perjuicio causado a la actora, al ver desestimada por prescripción la acción de reclamación entablada en vía ordinaria, tuvo su origen en el hecho de que el Procurador demandado —condenado en ambas instancias y aquietado a dicha condena— no comunicó oportunamente al Letrado, el auto de cuantía máxima dictado por el Juzgado con ocasión del accidente sufrido por el hijo de la actora, cuya fecha de notificación al Procurador significaba el establecimiento del *dies a quo* para el ejercicio de cualquiera de las acciones de la reclamación civil que en ese momento nacían: la ejecutiva y la ordinaria; la falta de conocimiento por el Letrado del Auto dictado no sólo se desprende de la aportación de la copia de los escritos dirigidos al Juzgado —con el sello del

mismo— en los que se interesaba la confección del mismo, sino fundamentalmente del propio reconocimiento del Procurador de no haber dado dicho traslado. No puede exigirse al Abogado una obligación de vigilancia sobre el cumplimiento por el Procurador de las obligaciones profesionales que le incumben, y que derivan del contrato de mandato con su cliente y del artículo 14 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales. Presupuesto la existencia de tal comunicación del Procurador, únicamente responderá el Abogado por un mal planteamiento procesal, por la defectuosa fundamentación jurídica de la pretensión, la errónea elección de la acción entablada o el desconocimiento de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso, lo que comporta la aplicación de la llamada *lex artis* propia de su ejercicio profesional, imputaciones que no cabe efectuar a su actuación en el presente caso.

Cuantía de la indemnización.—La actora dejó de cuantificar en la demanda su pretensión, e incluso dejó de precisar las bases que entendía debían aplicarse para ello, haciéndolo tímidamente en momento procesal posterior inadecuado, siendo la Audiencia Provincial la que consideró adecuados los utilizados por la Juez de Primera Instancia, habiendo declarado la jurisprudencia reiteradamente que tal cuantificación constituye materia reservada a la soberanía del Tribunal de Instancia, salvo en casos de evidente y notorio error de hecho, o cuando el Juzgador resuelve de forma caprichosa, desorbitada o injusta, ninguno de cuyos supuestos se dan en este caso.

Costas.—El pronunciamiento sobre costas distinto del determinado por el vencimiento objetivo, es irrevisable en casación siempre que aparezca motivado en la sentencia (SSTS de 24 de noviembre de 1998, 16 de febrero de 2001, 12 de febrero y 26 de abril de 2004). (**STS de 27 de febrero de 2006**; no ha lugar.) (*G. G. C.*)

35. Responsabilidad civil. Acreditación del nexo causal.—Cuando en la producción de un daño puedan haber incidido una pluralidad de causas, para imputar responsabilidad a cualquiera de los sujetos que hayan llevado a cabo una de las conductas antecedentes no basta con acreditar que se ha sufrido realmente el daño, puesto que no todos los acontecimientos que preceden al evento dañoso tienen la misma relevancia. Ha de demostrarse que existe un nexo causal entre los actos llevados a cabo por las personas contra quien se dirigió la demanda y la lesión o perjuicio sufridos, así como que no se ha interrumpido la relación de causalidad por la intervención de otros sujetos.

Responsabilidad civil. Relación de causalidad. Determinación del criterio aplicable.—Aunque el Tribunal Supremo tenga declarado que se apoya en la doctrina de la causalidad adecuada o eficiente como criterio aplicable para identificar el nexo causal (*v. gr.*, STS de 16 de mayo de 2001), admite que siempre opta por criterios que permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presente como causa tiene virtualidad suficiente para que de él se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido. Así, la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las conductas o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal.

Interrupción del nexo causal. Actos de un menor de edad.—Dada la falta de discernimiento de los menores para apreciar la gravedad y consecuencias de sus actos, la actuación de éstos no constituye para el Tribunal

Supremo una conducta jurídicamente calificable de dolosa, apta para interrumpir el nexo causal por hecho de tercero.

Interrupción del nexo causal por hecho de tercero.—No cabe atribuir eficacia interruptora a la conducta de un tercero cuando tal conducta es, precisamente, una de aquellas que la norma de cuidado infringida tenía la finalidad de prevenir. (STS de 27 de enero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—Dos niños de siete y diez años, respectivamente, arrojaron una piedra de unos veinticinco centímetros de diámetro y dos kilos y medio de peso por encima de la barandilla de un paso elevado de una autopista. La piedra penetró por el parabrisas de un autobús que circulaba por la vía e impactó en el tórax de uno de los ocupantes del vehículo, produciéndole la muerte.

La madre de la víctima interpuso una demanda contra los progenitores de los menores, así como contra la empresa encargada de la gestión de la autopista, *AACE, S. A.*, en reclamación de una indemnización por el fallecimiento de su hijo. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, condenándose solidariamente a los demandados al pago de quince millones. Interpuesto recurso de apelación por todos los demandados, la Audiencia estimó únicamente el recurso de *AACE, S. A.*, a la que absolvió por falta de legitimación pasiva. Según la sentencia, aunque podía apreciarse cierta negligencia en la actuación de *AACE, S. A.*, respecto a la prevención de riesgos en los pasos elevados, ninguna de sus actuaciones tuvo una relación causal directa con el resultado dañoso producido. Frente a tal sentencia interpuso recurso de casación la demandante en primera instancia. El TS declaró haber lugar al recurso y confirmó la sentencia dictada en primera instancia. (A. M. M.)

36. Culpa extracontractual. Muerte del trabajador al caer por ventana no protegida. Suicidio y no accidente. Depresión profunda por jubilación próxima. Ausencia de nexo causal.—Falta el nexo causal entre el fallecimiento del trabajador y el hecho de que la ventana por la que cayó no estuviera dotada de todas las medidas de seguridad, porque dentro de las normales facultades de dirección y organización del trabajo por parte de la empresa no era previsible la conducta del fallecido, ya que ni la habitación se encontraba situada en el itinerario que realizaba normalmente, ni en ella se guardaba ningún tipo de material que pudiera necesitar para el cumplimiento de las tareas que tenía asignadas en la fábrica, y esta suerte de datos, junto a los demás de la sentencia, incluido el estado anímico del trabajador y la situación final de los elementos protectores de la ventana tras el accidente (hacia dentro y no hacia afuera de la estancia) justifican el acierto de la desestimación de la demanda.

Inaplicabilidad de la concurrencia de culpas.—No concurren los presupuestos básicos de la culpa extracontractual, dada la imposibilidad de establecer una relación de causalidad entre el reproche hecho a la demandada y la producción del resultado dañoso, por lo cual tampoco es posible aplicar la

doctrina de la concurrencia de culpas. (STS de 25 de enero de 2006; no ha lugar.)

NOTA.— Si la empresa demandada hubiera *ad exemplum* justificado la realización de cursillos para preparar psicológicamente a sus obreros para la jubilación, y que el fallecido, en efecto, acudió, o pudo acudir a los mismos en vísperas de la suya propia, la desestimación del recurso hubiera dejado más tranquilo al lector. Se ignora, con todo, para hacer juicio definitivo, el tamaño de la empresa, y la frecuencia anual de las jubilaciones de sus empleados, pero el hecho de haber trabajado la víctima de este deplorable suceso más de cuarenta años en la misma empresa, hubiera requerido, probablemente, otra atención psicológica al trabajador distinta de la nula prestada, al parecer, en este caso. La reiteración de hechos similares a los aquí enjuiciados debiera alertar a las autoridades laborales. (G. G. C.)

37. Reclamación de daños y perjuicios por muerte en accidente laboral. La depresión no es una enfermedad mental que impida a la persona regir su persona y bienes por lo que no cabe declarar la nulidad de las actuaciones por falta de capacidad de obrar de la actora.—Teniendo en cuenta que los tribunales han de velar por la observancia de las normas procesales y, en particular, porque quienes actúen como parte estén dotados de la necesaria capacidad de obrar, siendo apreciable de oficio la falta de este requisito del proceso, se ha de precisar que, si bien dicha falta podría ser apreciada por resultar manifiesta aun en supuestos en que la incapacidad no ha sido judicialmente declarada, como afirma la sentencia de esta Sala de 30 de enero de 1995, citada en el recurso, no ocurre así en el caso enjuiciado ya que lo único acreditado respecto de la salud psíquica de la actora es que sufre una depresión, sin que aparezca la existencia de enfermedad determinante de una situación de incapacidad que le impida regir su persona y bienes. A ello contribuye el hecho de que la actora efectivamente absolvió de las posiciones que se le formularon en prueba de confesión judicial, si bien en ausencia de la representación procesal de la demandada por falta de citación para dicho acto; lo cual, como ya se adelantó, no fue oportunamente denunciado en la segunda instancia, momento en que pudo subsanarse la falta mediante la reproducción de dicha prueba que no fue nuevamente solicitada.

La responsabilidad del empresario por la muerte de un trabajador no es objetiva, pero probado el resultado y la relación de causalidad con el ambiente laboral, le corresponde a aquél probar que la muerte se produjo por causa distinta.—De ahí que la sentencia impugnada no haya apreciado en realidad la existencia de una responsabilidad objetiva de la entidad demandada, como sostiene la parte recurrente, sino que ha partido de la valoración de las pruebas médicas reveladoras de la probable etiología de la muerte y del hecho de que la parte demandada no ha justificado que el fallecimiento se produjera por causas distintas. Si el ambiente en que el trabajo se desarrollaba, por razón de los productos tóxicos utilizados, generaba un riesgo superior al normalmente admitido, ello resulta imputable al empresario que no adoptó las medidas oportunas para neutralizar tal riesgo y garantizar la salud de los trabajadores a su servicio; de modo que, producido el resultado y concurriendo una causa imputable al empresario capaz de desencade-

narlo, será a éste a quien incumba acreditar que la muerte se produjo por causa distinta, lo cual en absoluto objetiva la responsabilidad sino que deriva al empresario la carga de desvirtuar la relación causal establecida según el resultado de las pruebas practicadas. (STS de 30 de enero de 2006. no ha lugar.)

HECHOS.—La demandada dirigió una demanda contra el empresario para el que trabajaba su hijo fallecido, reclamando la responsabilidad extracontractual derivada de la muerte de éste. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los recursos interpuestos por el demandado. (M. C. B.)

38. Culpa extracontractual. Muerte y lesiones en atentado terrorista durante viaje turístico. Responsabilidad de Viajes Club de Vanguardia (VIAMED). Información administrativa sobre peligrosidad de viaje a Egipto.—Inalterada la declaración fáctica de la denuncia recurrida, de ser conocida desde 1992, especialmente en el ámbito de las agencias de turismo y sus profesionales, la situación inestable de Egipto y la actuación de terroristas que atentaban contra los turistas, lo que provocó que los viajes estuvieran prácticamente anulados hasta el verano de 1994, no puede calificarse de irracional, absurda o arbitraria la conclusión de la instancia sobre la influencia causal de la conducta omisiva de la recurrente, pues negligente es la conducta de quien no informa sobre las condiciones de seguridad para los viajeros en la zona donde iba a desarrollarse parte, al menos, del itinerario por ella ofertado, información que, sin necesidad de suspender el viaje, hubiera evitado, o podido evitar el desplazamiento en autobús durante el cual se produjo el ataque terrorista.

Inexistencia de caso fortuito: Prueba.—Por caso fortuito se entiende todo suceso imposible de prever, o que previsto, sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa del agente, de tal forma que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, por lo que, para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible o inevitable, y que, cuando el acontecimiento dañoso fuese debido a incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito. Según la STS de 4 de noviembre de 2004, desde la óptica casacional, se considera la problemática del caso fortuito y de la fuerza mayor, con carácter general, como cuestiones de hecho cuya apreciación corresponde al juzgador de instancia. Declarada en la instancia la previsibilidad del ataque terrorista en la medida en que con anterioridad de dos años se habían producido otros y las recurrentes lo sabían, sin que tal declaración fáctica haya sido desvirtuada, no puede prosperar el motivo.

Responsabilidad de agencia contratante.—Declarado probado que fue *Europa Travel, S. A.*, la que contrató directamente con el actor la realización del viaje, a ella le incumbía un específico deber de conocer cuál era la situación del país de destino y cuál el riesgo que implicaba para su cliente, pues sólo así podía informar a éste; al omitir el cumplimiento de ese deber de informarse e informar a su cliente, lo que propició que éste aceptara contratar el viaje sin conocer los riesgos que verdaderamente habría de soportar; riesgo que se concretó a lo largo del viaje en el dramático suceso en que se vio

implicada la familia del demandante, con el fatal resultado de la muerte de su hijo de nueve años y lesiones a su esposa. Es evidente que estos hechos fueron causados directamente por el ataque terrorista sufrido, pero ello no elimina la influencia causal de la conducta imputada a la recurrente, pues es claro que con correcta información sobre la situación conflictiva que desde largo tiempo se venía padeciendo en la zona, se podía haber evitado que los viajeros se hallasen expuestos a sufrir las consecuencias de esa situación (STS de 11 octubre de 2005), información de que carecía el actor.

Indemnización por causa de muerte. Legitimación.—El derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como *iure hereditatis*, sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y de 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes; la STS de 18 de junio de 2003 recuerda que están legitimadas para reclamar tal indemnización las personas, herederas o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él. En el presente caso cabe atribuir al actor una doble cualidad, como perjudicado *iure proprio* y como heredero de la víctima, que le permite reclamar el daño de quienes lo causaron por su conducta negligente.

Lesiones de la esposa. Legitimación.—No se trata de un derecho de carácter ganancial, sino propio y personal de quien lo sufre y tiene plena capacidad jurídica para reclamar el daño sufrido.

Irresponsabilidad de la Asociación Catalana de Agencias de Viaje.—Se trata de una asociación empresarial para la representación, defensa y fomento de los intereses de sus miembros y sin fines políticos; o lo que es igual, constituye el sindicato de las distintas agencias de viajes para la representación de sus componentes, que no asume como tal responsabilidades derivadas de la contratación efectuada por alguna de las agencias que la integran, y a las que promueve, ni pone en situación de riesgo a los clientes por ser cada una de éstas las que trabajan para que los servicios contratados sean debidamente prestados, y le ofrezcan una inmediata solución de cualquier problema que pueda surgir en el transcurso del viaje, por lo que no es aceptable que se vincule causalmente su actuación con el daño producido a partir de exigirle un genérico comportamiento solidario, más allá de las normas estatutarias, que no tienen ningún fundamento para formular un criterio de imputación pues ninguna relación se produce entre su actuación y los perjuicios causados al actor. (STS de 2 de febrero de 2006; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

39. Causalidad jurídica.—«El nexo entre acción y daño no puede reducirse a una *quaestio facti*, sino que, a partir de una constatación de un cierto hecho/conducta que es objeto de prueba, se ha de determinar qué daños causalmente ligados han de ponerse a cargo del presunto responsable, utilizando para ello criterios que han de extraerse del sistema normativo de la responsabilidad, a través de la operación que se denomina en la doctrina imputación objetiva y consiste en la determinación de una causalidad jurídica de los daños.» «Cabe concluir que sin la actuación imprudente del piloto no se hubiera producido el evento dañoso, cumpliendo así la exigencia básica que, de acuerdo con la teoría de la *condicio sine qua non*, se exigiría para determi-

nar el nexo causal, y mucho más si se considerara desde la perspectiva de la llamada *causalidad adecuada*.»

Inexistencia de caso fortuito.—Cuando el acontecimiento fue debido al incumplimiento de un deber relevante de previsibilidad no puede darse la situación de caso fortuito, pues entonces falta la adecuada diligencia por omisión de atención y cuidado requeridos con arreglo a las circunstancias del caso. La culpa es incompatible con el caso fortuito, y para la exoneración con motivo de un caso fortuito se requiere que el deudor o el agente se estén comportando correctamente en el desarrollo de la actividad de que se trate, salvo que el comportamiento negligente o culposo no haya producido un incremento del riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión, o, en otras palabras, no se producirá imputación cuando aun en el caso de haber obrado diligentemente el agente, el concreto evento dañoso se hubiera producido con total seguridad o con una total probabilidad que haya de ser tenida por equivalente a la certeza.

Responsabilidad por hechos de los auxiliares.—«Más que un arrendamiento de cosa, se trata de un arrendamiento de obra o *locatio operis*, que obliga al propietario de la aeronave, a la obtención de un resultado. El aquí arrendatario, *Helisol, S. A.*, tuvo atribuida durante un tiempo la gestión comercial de la aeronave, pero en ningún caso la gestión y control de la navegación, que queda en poder de la propietaria. La responsabilidad por hecho de los auxiliares o dependientes corresponde a la propietaria ahora recurrente». (STS de 2 de enero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—*Viprom Televisión, S. A.*, contrató a don J. L. A., Cámara profesional, para la grabación de un reportaje de vídeo sobre una estación de esquí en Sierra Nevada. La aeronave en la que viajaban don J. L. A. y otros se precipitó sobre el terreno, falleciendo el piloto y produciendo graves heridas en los pasajeros. La demanda de reclamación de daños y perjuicios interpuesta por don J. L. A. y otros se dirigía contra el propietario de la aeronave *Heliswiss Iberica, S. L.*; la arrendataria de la misma *Helisol, S. A.*; y la aseguradora *La Unión y El Fenix Español, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó solidariamente a los demandados a pagar una indemnización por los daños materiales. La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por *Heliswiss Iberica, S. L.*; estimó en parte el recurso del actor don J. L. A. fijando una indemnización superior, y estimó en parte también el recurso interpuesto por *Helisol, S. A.*, absolviéndola de las pretensiones aducidas contra ella. *Heliswiss Iberica, S. L.*, presentó recurso de casación en apoyo a los siguientes motivos: aplicación indebida del artículo 1902 CC, así como la jurisprudencia que lo interpreta; aplicación indebida del artículo 1105 CC; e infracción del artículo 1903 I y IV CC, puesto que, según el recurrente, sólo cabría exigirle responsabilidad a la propietaria-recurrente en cuanto al funcionamiento de la aeronave o a la idoneidad del piloto, y no respecto de la actuación del piloto, ya que *Helisol, S. A.*, fue la que como arrendataria de la aeronave aceptó tener bajo su dependencia jerárquica al piloto. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (E. C. V.)

40. Culpa extracontractual. Viajero que cae a la vía por ataque epiléptico y resulta aplastado por aparato de seguridad del tren denominado «quitarreses». Imputación objetiva.—Los padres de la víctima sostienen que ésta no falleció por atropello del tren sino por el mal diseño de un aparato de seguridad denominado *quitarreses*, defecto imputable a la entidad ferroviaria. La cuestión así planteada se refiere a la imputación del daño, el cual podría atribuirse en este caso: a) bien a la propia víctima que al sufrir un ataque epiléptico, originó un caso fortuito; b) bien a *Renfe*, que utilizaba un sistema de seguridad que no fue capaz de evitar los daños al enfermo caído en la vía; c) o bien al maquinista que al accionar este sistema para evitar un daño fatal, produjo unos perjuicios ni queridos ni previsibles. Como dice la S. de 6 de septiembre de 2005 nos encontramos ante un supuesto de *imputación objetiva*, que muchas veces se ha presentado como una cuestión de relación de causalidad, sin deslindar con precisión entre la operación de fijación del hecho o acto sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere efecto o consecuencia del primero, y la que estriba en enuclear del conjunto de daños que pueda haber producido el evento lesivo, cuáles son resarcibles y cuáles no. En el presente caso se discute si quien creó el riesgo consistente en el mecanismo protector para evitar que determinados obstáculos produzcan descarrilamientos del convoy, debe soportar las consecuencias que este mismo mecanismo produjo cuando fue utilizado para evitar el daño, en unas circunstancias muy diferentes de aquellas para las que está diseñado. Ahora bien, ha de concurrir además un reproche culpabilístico, y en el presente caso la sentencia recurrida no ha considerado que concurriera: a) ni culpa en la actuación del maquinista, que obró de acuerdo con los estándares establecidos por lo que fue exonerado de responsabilidad, ni b) creación de un riesgo por parte de la compañía ferroviaria a quien no se puede imputar que un mecanismo pensado y diseñado para proporcionar mayor seguridad a los trenes en los accidentes, produjera un daño en una situación totalmente distinta. De manera que no puede ponerse a cargo de *Renfe* el daño que sufre una persona que se encontraba en el andén sola, como consecuencia de una caída en la vía a causa de una enfermedad conocida.

Seguro obligatorio de viajeros.—El desgraciado caso presente no permite imputar a *Renfe* la responsabilidad por el accidente y de ahí debe decaer su cobertura por parte del seguro obligatorio de viajeros, porque el accidente no aparece en la categoría de riesgos cubiertos descritos por el artículo 7 del Reglamento de 22 de diciembre de 1989; y tampoco concurren las circunstancias del artículo 8, a saber, ocurrir durante el viaje, y antes de comenzar éste, una vez que el vehículo hubiera sido puesto a disposición de los viajeros para utilizarlo, ni al entrar el asegurado en el vehículo o salir de él por el lugar debido.

Valor de la prueba pericial.—La doctrina de esta Sala sobre el valor de la prueba pericial parece perfectamente sistematizada en STS de 29 de abril de 2005, donde se señala que, como no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, ni las reglas de la sana crítica están catalogadas ni predeterminadas, la conclusión que resulta es, en principio, la imposibilidad de someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional. Sin embargo, como el derecho a la tutela judicial efectiva veda el error patente —error de hecho notorio—, la arbitrariedad y la irracionalidad, y como las reglas de la sana crítica son las del raciocinio lógico, por ello cabe un control casacional, cuando en las apreciaciones de los peritos, o en la valoración se advierte algún defecto de tal magnitud, pero sin

que quepa ir más allá, tratando de sustituir criterios dudosos o equívocos en los que no se da ninguna de dichas circunstancias. En esta línea, la Sala viene admitiendo con carácter excepcional la impugnación del dictamen pericial: a) cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio; b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica; c) cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial; y d) cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia. La valoración efectuada por la sentencia recurrida en este caso no es arbitraria, no es ilógica cuando advierte que las conclusiones relativas a las lesiones sufridas por la víctima no son propias de un ingeniero industrial que carece de conocimientos médicos, y tampoco tergiversa la pericia.

Costas. Excepción al vencimiento objetivo.—El artículo 523 de la derogada LEC 1881 permitía al Juez hacer una excepción a la regla de la imposición de las costas, cuando, razonándolo debidamente, apreciaba la concurrencia de *circunstancias excepcionales*; no se da excepcionalidad cuando la demanda se interpone por los padres, directos perjudicados por el fallecimiento del hijo, circunstancia que concurre frecuentemente en las reclamaciones por responsabilidad civil. (STS de 27 de febrero de 2006; no ha lugar.) (G. G. C.)

41. Asunción del riesgo creado.—Culpa exclusiva de la víctima. Concurre la circunstancia de «culpa exclusiva».

Causalidad jurídica.—En el aspecto causal es necesario que quepa atribuir a quienes se pretende hacer responsables, en todo o en parte, de un evento dañoso, algún tipo de comportamiento, activo o pasivo, que haya incidido en el desencadenamiento del resultado, y en el presente caso lo único que cabe atribuir a las codemandadas es la organización del festejo, lo cual, si bien es relevante en el ámbito de la causalidad material o física, no es suficiente, por sí solo, para generar la causalidad jurídica, la cual es imputable únicamente al propio perjudicado. (STS de 27 de enero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—D. P. S. G. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Picassent (Valencia), siendo parte demandada la Asociación Local de Jubilados y Pensionistas de Picassent, la *Compañía Aseguradora General Europea, S. A. (GESA)*, y el Ayuntamiento de Picassent. En su demanda el actor reclamaba una indemnización por los daños y perjuicios sufridos al haber sido corneado por una vaquilla en un encierro que tuvo lugar con ocasión de los festejos taurinos de su localidad. Las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial desestimaron, respectivamente, la demanda y el recurso de apelación. Posteriormente, se interpuso por el actor recurso de casación articulado en un único motivo, en el que denunciaba la violación de los artículos 1902 y 1903 CC y de la doctrina jurisprudencial. El Tribunal Supremo desestima dichas pretensiones. (E. C. V.)

42. Culpa extracontractual de residencia geriátrica. Enfermo de Alzheimer que muere al tirarse por ventana. Falta de vigilancia de los empleados.—No puede hablarse, como hacen ambas sentencias de instancia, de responsabilidad sanitaria pues la residencia en que ocurrió el suceso no era un centro de esta clase, dedicado al tratamiento médico de las personas ingresadas en ella, sino que se trata de una residencia para personas de la llamada tercera edad, cuya finalidad es la guarda y atención de las personas allí instaladas, adecuada esa atención y guarda a las circunstancias personales de cada interno. En este caso se trataba de un interno afectado por la enfermedad o mal de Alzheimer, enfermedad clasificada por la OMS como un trastorno mental orgánico encuadrable dentro de las «demencias», cuya característica principal es la existencia de un déficit cognoscitivo severo que hace perder al enfermo, de forma progresiva e irreversible, sus funciones psíquicas; este padecimiento del interno fallecido era conocido por el personal de residencia, y por ello se le asignó una de las habitaciones destinadas a enfermos psíquicos, como tampoco debían serle desconocidos a la dirección del establecimiento los efectos de esta enfermedad desde el momento en que los acogía y disponía de habitaciones especiales para enfermos psíquicos. La obligación de guarda y asistencia de las personas internas en el centro, que debe cumplirse teniendo en cuenta las circunstancias de cada una de aquéllas, imponía, respecto del fallecido, una obligación de control del mismo para conocer en todo momento en qué lugar del establecimiento se encontraba y someterlo a la vigilancia adecuada a su estado psíquico; no se trataba de que una persona estuviese continuamente al lado del interno, sino que se tuviese conocimiento, en cada momento, en donde se encontraba. Ello explica que desde su habitación fuese conducido a la sala común sita en la planta baja, en la que se encontraba personal del centro vigilando a los internos que allí estaban. Fue precisamente allí donde, por negligencia del personal del centro, el interno eludió el control a que se hallaba sometido, salió de la estancia y deambulando por el establecimiento llegó a la planta alta de una zona distinta de aquella en que tenía su habitación, sin que su recorrido fuese advertido por personal de la residencia, desde donde se arrojó por una ventana del pasillo al lado del ascensor, causándose lesiones que produjeron su fallecimiento. Hubo, por tanto, una negligencia por parte del personal de la residencia, imputable a esta última. (STS de 23 de febrero de 2006; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar al acertar, a mi juicio, en la calificación de la residencia demandada y del contrato que suscribe ésta al ingresar los internos, hoy por hoy de naturaleza atípico y apenas regulado por algunas normas administrativas autonómicas, cuyo cumplimiento no siempre queda garantizado. La parte actora optó por la vía extracontractual, y a ella se ha acomodado el Tribunal Supremo, sin que, por lo demás, fuera objeto de debate, aplicando implícitamente la teoría de la acumulación de acciones. Puede haber supuestos, no obstante, en que interese seguir la vía contractual (por ej. si está en discusión la prescripción de la acción). (G. G. C.)

43. Culpa extracontractual. Muerte por inmersión en zanja vallada y señalizada. Responsabilidad de Ayuntamiento y del dueño de la obra: Ausencia de culpa.—La sentencia apelada, tras hacer un proceso de

selección y análisis de las posibles causas que condujeron al fallecimiento del viandante caído en la zanja, no encuentra ninguna susceptible de poner el daño a cargo de los demandados, vinculando de una forma culposa la indicada muerte con el incumplimiento de las obligaciones que legalmente tenían éstos en relación con el solar a fin de evitar que, dada la situación en que se encontraba el día del accidente, se pudieran provocar daños a las personas o bienes de terceros, como sucedió. La muerte no se produce a causa directa de la caída, sino por inmersión, que viene acrecentada por la merma de sus facultades físicas derivada de la ingestión alcohólica que presentaba. Por ello, no se le puede exigir al dueño del solar, y, por ende, al Ayuntamiento en cuestión, una diligencia en unos hechos en cuya producción no se ha probado que ellos, por omisión de esa exigencia legal (el solar estaba vallado y señalizado para un viandante), hubiesen intervenido; es más, todos los datos que existen en las actuaciones apuntan decisivamente a que el estado etílico del fallecido fue probablemente el causante mediato de su propia muerte.

Responsabilidad derivada de la creación de un riesgo al abrir una zanja.—En este caso la apertura de una zanja no resulta elemento suficiente para responsabilizar a los demandados sin el consiguiente reproche culpabilístico, que ha de referirse a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares establecidos, que ha de contener un elemento de imprevisión, de falta de diligencia o de impericia, pero que, en definitiva, se ha de deducir de la relación entre el comportamiento dañoso y el requerido por el ordenamiento. Este reproche no es posible efectuarlo cuando el riesgo no era anormal o superior al ordinario, en relación a los datos fácticos que contempla la sentencia, pues se acredita que la zanja se encontraba vallada y señalizada, lo que era bastante para advertir a quienes transitaban por sus proximidades, y el agua que había en su interior insuficiente para producir un daño como el acontecido, si no hubiera sido porque el fallecido sorteó voluntariamente la valla y tenía mermadas sus facultades físicas por el alcohol ingerido.

Prueba. Diligencias previas penales.—El Tribunal de Instancia se apoya especialmente en los datos objetivos contenidos en las diligencias previas unidas en cuerda floja a los autos, incluido el informe del Médico Forense. Dichos datos se obtienen a partir de una apreciación directa o inmediata de los vestigios del accidente, y son los que, a la postre, llevan al convencimiento del Juez sobre la forma de ocurrir éste.

Denegación motivada de pruebas. Reconocimiento judicial y documental.—La denegación de ambas pruebas fue suficientemente motivada faltando la más mínima demostración de cómo podían anular la valoración de las demás practicadas y obtenidas en el mismo momento en que ocurren los hechos y no unos meses después de haberse producido éstos. En particular no se ve cómo la presencia del Juez en el lugar de los hechos, meses después de haber ocurrido el accidente, podía haber exteriorizado o descrito algún dato distinto de los que resultaban de las diligencias penales en las que se incluye una doble inspección de la Guardia Civil y del Juez instructor, además de unas fotografías y el acta del levantamiento del cadáver. (STS de 19 de enero de 2006; no ha lugar.) (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual. Fallecimiento de obrero jubilado por caída de puerta de garaje. Daño moral. Doctrina general. No hay analogía con baremo oficial de accidentes de circulación.—Condenada la sociedad demandada, así como la empresa aseguradora, a satisfacer la cantidad de

dos millones de antiguas pesetas, por el fallecimiento del padre de la actora, jubilado de setenta y dos años, imputable a negligencia de la primera por caída de puerta de garaje, la representación legal de su hija que vivía independientemente de aquél invoca infracción del artículo 4.1 CC porque, a su juicio, debió aplicarse analógicamente para fijar la indemnización por daño moral, lo dispuesto en el Anexo I de la Ley de Reponsabilidad Civil y Seguro de Vehículos de Motor, incorporado por la hoy derogada Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que contiene el sistema de tasación o valoración de los daños corporales causados en la circulación de vehículos de motor. Esta Sala ha venido declarando que la determinación de la cuantía por indemnización de daños morales debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste; tal indemnización va dirigida principalmente a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento, lo que conlleva determinar la cuantía apreciando las circunstancias concurrentes (entre otras SSTs de 31 de mayo de 1983, 25 de junio de 1984, 28 de marzo y 28 de abril de 2005). Para evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan el *pretium doloris* la jurisprudencia más reciente, rectificando criterios iniciales, ha aceptado que los criterios cualitativos y en particular el que rige en materia de accidentes de circulación, pueden resultar orientativos para fijar aquél, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (STS de 11 de noviembre de 2005). Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad; pero su reconocimiento está muy lejos de admitir la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas de tasación legal, con arreglo al artículo 4.1 CC pues, de un lado, la fijación de la cuantía entra de lleno en la potestad jurisdiccional que atribuye el artículo 117.1 CE a los jueces y magistrados, y por otro, como ha subrayado el Tribunal Constitucional la existencia de distintos sectores de la realidad social en que puede producirse la actividad dañosa determina la existencia de distinciones objetivas y razonables que justifican la posible desigualdad, circunstancia que, por sí sola, impide afirmar que entre unos y otros sectores exista identidad de razón. En consecuencia, no puede considerarse que la falta de un sistema tasado de valoración, por más que pueda considerarse conveniente su introducción (como ha insinuado la STS de 21 de diciembre de 2005 respecto de la responsabilidad médica) constituya una laguna legal que por sí determine la necesidad de aplicación analógica de los sistemas de valoración sujeta a tasación.

Cuantía exigua de la indemnización por daño moral.—En el caso aquí considerado la comparación con los criterios establecidos en la Tabla I correspondiente al sistema de valoración legal de daños causados por la circulación de vehículos, en relación con el fallecimiento de persona mayor de sesenta y cinco años y con una hija mayor de edad, determina la convicción de que la suma establecida es ciertamente exigua y escaso el razonamiento de la sentencia recurrida —diluido en una genérica e insuficiente apelación a la prudencia y a la apreciación de las circunstancias concurrentes— en que se funda el juzgador para fijar una cuantía indemnizatoria que implícitamente considerara reducida, puesto que únicamente arguye de manera específica que la hija del fallecido está casada y vivía con independencia de él —circunstancias

que sólo apuntan a justificar la inexistencia de daños patrimoniales derivados del fallecimiento—, pero no argumenta acerca de la debilitación de los vínculos de afecto o cualquier otra circunstancia que pudiera justificar una disminución de la indemnización ordinariamente concedida en casos semejantes y genéricamente prevista en el baremo legal que invoca la actora.

Imposibilidad de revisión casacional: Recurso mal planteado.—Sin duda la deficiencia en la motivación es cuestionable desde el punto de vista de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, pero tan cierto como esto es que esta Sala no puede abordarla en este recurso de casación en el que la parte no aduce por la vía formalmente correcta, y ni siquiera plantea el defecto de motivación de la sentencia; pues no respetar los límites de conocimiento que permite este recurso especial implicaría quebrar el principio de legalidad procesal y el sistema de garantías fundado en la regla de la contradicción. Desde el punto de vista sustantivo esta Sala viene entendiendo que la cuantía de la indemnización concedida no es revisable en casación (últimamente STS de 28 de marzo de 2005), si bien este principio no resulta totalmente rígido, pues cabe la revisión casacional de las bases en que se asienta la cantidad indemnizatoria (SSTS de 15 de febrero y 18 de mayo de 1994), así como al examinar supuestos de irrazonable desproporción de la cuantía fijada (S de 23 de noviembre de 1999), especialmente cuando las razones en que se apoya su determinación no ofrecen la consistencia fáctica y jurídica necesarias y adolecen de desajustes apreciables mediante la aplicación de una racionalidad media (SSTS de 20 de octubre de 1988, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 5 de diciembre de 2000 y 21 de abril de 2005). Sin embargo, en el proceso que enjuiciamos resulta imposible el examen casacional de esta cuestión, puesto que la parte recurrente no apoya con la cita de los preceptos legales o de la jurisprudencia aplicable al caso la alegación sobre la insuficiencia de la indemnización concedida, en cuanto pudiera suponer una vulneración del principio de total indemnidad que preside el instituto de la responsabilidad civil extracontractual, regulada en los artículos 1902 y ss CC los cuales permanecen ausentes de la fundamentación del motivo formulado, salvo una referencia incidental al art. 1902, que no se invoca como infringido, o en cuanto pudiera implicar una vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) o de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), o incluso del que impone una racionalidad mínima y la ausencia de discriminación en la reparación de los daños corporales (art. 15), preceptos todos respecto de los cuales se observa la misma ausencia de cita e invocación. (STS de 10 de febrero de 2006; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia que ofrece alguna singularidad ya que, contra lo habitual, en los *antecedentes de hecho* se reproducen con bastante amplitud los *fundamentos de derecho* de las sentencias de instancia, mientras que el Tribunal Supremo adopta en los Fundamentos de Derecho de la extractada una actitud claramente pedagógica ofreciendo al letrado recurrente, por así decirlo, abundante argumentación con la que hubiera podido triunfar en la casación de haber planteado correctamente el recurso. Los hechos básicos no son objeto de debate: el padre de la actora de setenta y dos años acudía con frecuencia a la empresa en la que trabajó, y fallece al caerle encima la puerta del garaje de aquella por donde penetraba. Rechazada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, la apelación se estima por la Audiencia Provincial cuya sentencia

fija una indemnización –cuya cuantía es rotundamente calificada por el Tribunal Supremo de *exigua*– a favor de la actora. El recurso se limita a decidir si son aplicables, o no, por analogía, los baremos legales vigentes en materia de circulación de vehículos. Se niega la existencia de una laguna legal a la hora de fijar el *quantum* indemnizatorio por daño moral, ya que hay una doctrina jurisprudencial consolidada en la materia, aunque los tribunales pueden tomar en cuenta los criterios de esos baremos legales, junto a otros aplicables al caso. Por otro lado, el recurso está mal argumentado por lo cual la Sala se cree dispensada de entrar en el fondo, a pesar de reconocer lo fundado de la reclamación. (G. G. C.)

45. Culpa médica. Doctrina general. Relación de causalidad. Muerte por cáncer de próstata.—El artículo 1902 CC configura un criterio de imputación de responsabilidad a partir de un daño causalmente vinculado a una acción u omisión negligente o culposa, que en el médico no se asocia al resultado sino al hecho de no haber puesto a disposición del paciente los medios adecuados al caso concreto, lo que se conoce como *lex artis ad hoc*, relación que se determina de una forma lógica, predecible y comprensible, dentro de la dificultad que normalmente supone establecer el nexo causal entre el comportamiento del agente y el daño acaecido, como uno de los presupuestos necesarios del que depende el nacimiento de la responsabilidad civil y, por tanto, la obligación de reparar. Es lo que la doctrina jurisprudencial califica de causalidad adecuada o eficiente (SSTS de 14 de julio y 6 de septiembre de 2005) que exige, para anudar una responsabilidad al suceso lesivo, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo o de objetivar absolutamente la responsabilidad extracontractual en la que se sustenta la acción, lo que no es posible en un sistema que descansa en un principio culpabilístico; ni tan siquiera a través de la doctrina del resultado desproporcionado, con la que tampoco se objetiva la responsabilidad, sino que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando los criterios establecidos en materia de prueba, cuando éste no guarda proporción con la enfermedad o lesión que a una persona le lleva a requerir la asistencia médica y que no se produce normalmente si no es por la negligencia del facultativo.

Lex artis ad hoc. Diagnóstico.—La toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o una hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica, por tanto, un doble orden de cosas: en primer lugar, la obligación del médico de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (STS de 23 de septiembre

de 2004); en segundo, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen.

Ausencia de relación de causalidad pese a diagnóstico erróneo.—El daño sufrido por el paciente no resulta de la actuación culposa o negligente del médico, requisito esencial para descartar la ilicitud del acto, y que éste no guarda la relación de causalidad necesaria con el diagnóstico, teniendo en cuenta que en el momento en que es tratado, el cáncer era irreversible y que sólo se podía haber detectado mediante una intervención quirúrgica, que no está normalmente indicada en casos de carcinoma prostático localizado en pacientes mayores de setenta años.

Caso fortuito.—El caso fortuito hace referencia a un evento imprevisible, dentro de la normal previsión que las circunstancias exijan en cada supuesto o inevitables de una posibilidad de orden práctico, y es lo cierto que para que exista responsabilidad atribuible a culpa o negligencia se precisa que el suceso sea previsible, a consecuencia de que sea debida a la voluntad de la persona a quien la culpa o negligencia se atribuya, ya que si no es así falta la precisa relación de causa y efecto, como sucede en este caso, dando lugar a sucesos o resultados fortuitos ajenos al buen actuar profesional del médico actuante quien puso al alcance del paciente los medios adecuados para procurar un diagnóstico acertado. (STS de 15 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—El enfermo estaba siendo tratado de diabetes desde hacía veinte años, y al cumplir los setenta años se le diagnostica prostatismo, iniciándose un tratamiento médico que finaliza dos años más tarde con diagnóstico de carcinoma prostático con metástasis óseas múltiples. Reclama una indemnización de cuarenta millones de pesetas contra los médicos y el hospital, falleciendo durante el procedimiento, que continúan su viuda e hijos. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, reduciendo a mitad la cuantía de la indemnización reclamada, pero la Audiencia Provincial absuelve a todos los demandados. El Tribunal Supremo rechaza el recurso con base en la doctrina extractada. (G. G. C.)

46. Diligencia exigible al médico en el control de la ficha técnica del medicamento.—La Ley del Medicamento, en su artículo 19, hace referencia a la ficha técnica, no dirigida al usuario, sino al médico y al farmacéutico. «Conocer los efectos negativos para la salud de la paciente vinculados al tratamiento aplicado y no adoptar las medidas oportunas, siendo así que, como profesional de la medicina, conoce a la enferma y la enfermedad, y sabe las indicaciones contenidas en la ficha técnica del medicamento, y los males que podía generar en el curso de su evolución, es un comportamiento contrario a la diligencia propia del acto médico».

Vigencia de la póliza.—«El contrato estaba vigente al momento de producirse los daños, y ello es suficiente para obligar a la aseguradora a hacer frente a los mismos dentro de los límites de lo pactado, aunque la denuncia se produzca más tarde (cuando la póliza ya no está vigente), pues ello afecta al

ejercicio del derecho y sus consecuencias, y no a su nacimiento». (STS de 8 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. M. S. interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra el facultativo D. R. P. F. así como contra su compañía aseguradora, *Allianz*, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia. La actora fue atendida en junio de 1991 por el facultativo demandado, el cual le prescribió un medicamento al padecer una hipertensión severa. En septiembre de ese mismo año, modificó el tratamiento. En esas mismas fechas, dado que la actora presentaba un cuadro de decaimiento, y al no encontrarse bien, sus familiares llamaron al Dr. R. P. F., quién acudió a su domicilio, y al observar que estaba siguiendo tratamiento dado por un psiquiatra, se abstuvo de recetarle, limitándose a tomar la tensión de doña M. M. S. A finales de septiembre de ese año, la demandante cayó al suelo, presentando un habla gangosa. Llamado el médico de urgencia, restó importancia a la caída. En cambio, vista por otros dos médicos de urgencia, fue ingresada en el Hospital Clínico Universitario, siéndole diagnosticada una hiponatremia envolémica que la precipitó en una incapacidad física de grado IV, necesitando ayuda para casi todos los actos de la vida diaria. La sentencia del Juzgado desestimó las pretensiones de la actora, y fue recurrida en apelación, condenándose en esa instancia a don R. P. F. y a la compañía de seguros a indemnizarla conjunta y solidariamente por los daños y perjuicios materiales y personales causados. La sentencia imputó al Dr. R. P. F., de un lado, no haber sabido interpretar los síntomas que padecía la demandante cuando en el mes de septiembre de 1991 acudió a visitarla a su domicilio, asociando su estado a un cuadro depresivo, sin acordar la práctica de analítica alguna, ni relacionar el mismo con el tratamiento diurético que le estaba administrando; y de otro, omitir determinadas exigencias contenidas en el prospecto del medicamento que le recetó, a las que debió atender, efectuando un reconocimiento más completo. La compañía aseguradora interpuso recurso de casación que fundamentó en los siguientes motivos: vulneración del artículo 1281, párrafo 1.º, CC, al interpretar incorrectamente las condiciones particulares de la póliza suscrita entre *Allianz Ras* y el Colegio de Médicos de Valencia; e infracción del artículo 1285 CC, por inaplicación indebida. Por la representación procesal de D. R. P. F. se interpuso recurso de casación por considerar infringido el artículo 1902 CC y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. Ambos recursos fueron desestimados. (E. C. V.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

47. Acceso. Edificación en suelo ajeno. Buena fe del tercero.—La STS de 31 de diciembre de 1987 declaró que, cuando el artículo 361 CC prevé que el dueño del terreno en que se edifica de buena fe tiene derecho a

hacer suya la obra, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 CC, o a obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno, debe interpretarse en el sentido de que el dueño del terreno no ostenta el dominio de lo edificado hasta que no haga efectiva la indemnización que dicho precepto prevé y, por el contrario, el que edificó de buena fe tiene un derecho de retención previsto en el artículo 453 CC (SSTS de 18 de marzo de 1948 y 17 de diciembre de 1957).

Derecho de retención sólo a favor del poseedor con título.—El consentimiento del propietario del terreno para la realización de las obras de una vivienda nueva, cuando el que costea las obras tiene intención de residir en ella, supone título suficiente para que el que edificó en terreno ajeno disponga del derecho de retención.

Principio *iura novit curia*.—Existe una reiterada doctrina jurisprudencial que en atención al principio *iura novit curia*, en relación con el principio *da mihi factum dabo, tibi ius*, sostiene que el juzgador puede aplicar normas distintas e, incluso, no invocadas por los litigantes siempre que se respete el «componente fáctico esencial de la acción ejercitada» (los hechos alegados por las partes que resulten probados), así como la inalterabilidad de la *causa petendi*; es decir, que no se transforme el problema litigioso en otro distinto del planteado y que no se produzca indefensión. (STS de 9 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—I. V. A. heredó de su madre una finca con una casa que se encontraba en estado de semirruina e inhabitable. En una fecha anterior y próxima al matrimonio de su hijo F. L. V., y con el fin de que éste pudiera contar con una futura vivienda, I. V. A. sintió que su hijo realizara obras en la casa y la reconstruyera. Así, F. L. V. contrató y pagó por su cuenta la ejecución de las obras, que consistieron en la realización de una vivienda nueva en la que residió desde entonces. Con posterioridad a dicha obra, F. L. V. compró la finca colindante y construyó también en ella, de forma que ambas edificaciones se encuentran anexionadas formando una sola. En ningún momento I. V. A. otorgó escritura pública transmitiendo la propiedad de la finca a su hijo. Posteriormente, F. L. V. demandó a I. V. A. interesando la declaración a su favor de la propiedad de la vivienda por habérsela cedido su madre de modo gratuito. Subsidiariamente, solicita que, si se declara la propiedad a favor de la demandada, se condene a ésta a abonar el importe de las obras y mejoras que el demandante efectuó en la finca, al precio actual de mercado.

El juzgado acogió la demanda y su sentencia fue revocada parcialmente en apelación, reconociendo el derecho del demandante, como constructor de buena fe, a retener la cosa en su poder hasta que la demandada ejercite la opción prevista en el artículo 361 CC. Contra esta sentencia, I. V. A. presentó recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo. Entre otros motivos alegaba que la sentencia recurrida concede a la actora el derecho a que se condene a la recurrente a manifestar la opción prevista en el artículo 361 CC cuando en la demanda no se solicitaba. (L. S. M. P.)

48. Acción reivindicatoria. Atribución del uso de una vivienda a un hijo sin cobro de renta. Falta de concreción del título que legitima al hijo para poseer.—Para solucionar las reclamaciones efectuadas por los propietarios, progenitores de uno de los cónyuges, acerca de la reivindicación de los inmuebles que les hubiesen cedido, es necesario examinar, en primer lugar, si existió un contrato entre ellos y aplicar los efectos propios de ese contrato (*vid.* STS de 2 de diciembre de 1992 sobre contrato de comodato). Ahora bien, en el caso de que no hubiera existido relación contractual, la postura de los cesionarios del uso del inmueble es la de un precarista. Esto es así porque, según declara la STS de 31 de diciembre de 1994, «la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial». Tal pronunciamiento está en la línea de lo establecido por la STS de 30 de noviembre de 1964, que declaró que «la cesión del uso y disfrute de una vivienda a un familiar muy allegado, sin señalamiento o exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario».

Protección de la vivienda familiar poseída en precario.—Según declara el TS, cuando se posee la vivienda familiar sin ningún título que legitime para poseer (en precario), el argumento de la protección de la vivienda ligado al de la familia en caso de crisis matrimonial es aceptable cuando se trata de relaciones entre cónyuges pero no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio que se disuelve y que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial (arg. *ex* sentencia del TC 126/1989, de 12 de julio). De este modo, la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual. Si se trataba de un precario, el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, una vez atribuido el uso a uno de los cónyuges, con exclusión del otro. (STS de 26 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del matrimonio de su hijo, J. M. S. cedió a éste y a su esposa, A. A. M. P., la posesión de un piso de su propiedad para que lo utilizaran como vivienda familiar. El matrimonio se separó y el convenio regulador atribuyó el uso de la vivienda conyugal en exclusiva a A. A. M. P. J. M. S. interpuso una acción de desahucio por precario contra A. A. M. P. que fue desestimada. Posteriormente, J. M. S. ejercitó la acción reivindicatoria contra A. A. M. P., con la finalidad de que se declarara su dominio sobre el piso que venía ocupando la demandada y de recuperar la posesión de la vivienda. El Juzgado dictó sentencia estimando la demanda. Dicha sentencia fue revocada por la Audiencia. J. M. S. presentó un recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia.

En su sentencia, el TS declara que J. M. S. tiene la propiedad del piso ocupado por la que fue esposa de su hijo y se cuestiona el derecho que la sentencia recurrida reconoce a A. A. M. P. a seguir poseyendo la vivienda propiedad del recurrente, al considerar que existía un comodato entre los cónyuges y el propietario de la vivien-

da. Finalmente, el TS casa y anula la sentencia recurrida y mantiene la sentencia de Primera Instancia. (*L. S. M. P.*)

49. Deslinde. Medios de prueba.—Según el TS, los artículos 384 a 387 CC establecen unos principios que —en cuanto sea posible en cada caso concreto— se han de seguir puntual y ordenadamente para el establecimiento inequívoco de la línea divisoria entre dos fincas, cuando la existente haya sido cuestionada. No obstante, para la consecución de tal propósito, rige el principio de libertad de prueba, por lo que no se impone ninguna limitación al tribunal sentenciador en su apreciación (STS de 6 de abril de 1994). (**STS de 15 de febrero de 2006**; no ha lugar al recurso de *C, S. A.*; ha lugar al recurso de don *J. C. B.*)

HECHOS.—En una finca se procedió a derruir, excavar y terraplenar unos ribazos, con el fin de edificar una nave industrial sobre el terreno. La empresa titular de la finca colindante, considerando que, como resultas de dichas actuaciones, se había invadido su finca y se había puesto en riesgo la estabilidad del terreno, interpuso dos demandas: la primera, de deslinde entre ambas fincas, y la segunda, reivindicatoria sobre el terreno usurpado. Entre otros pedimentos, se solicitaba que se condenara a los demandados —la mercantil *C, S. A.*, y los hermanos *C. B.*— a comprar el terreno usurpado (al precio que se fijara pericialmente) y a construir un muro de separación entre ambas fincas.

La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia, al declararse que se había invadido la finca de la demandante, en una superficie de 275 m², y que los lindes de separación entre las fincas se correspondían con los que figuraban en un informe pericial. Por otro lado, se condenaba a los demandados a adquirir el terreno usurpado por una determinada cantidad de dinero y a realizar las obras necesarias de mejora en el talud situado en el linde de ambas fincas. Finalmente, se estimaba en la sentencia la excepción de falta de legitimación pasiva de uno de los hermanos demandados, don *J. C. B.* Interpuesto recurso de apelación por la demandante y por parte de los demandados (concretamente, por *C, S. A.*, y por don *J. C. B.*), la Audiencia desestimó los recursos y confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia. Frente a este pronunciamiento, interpusieron sendos recursos de casación los demandados recurrentes en apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso en lo relativo al deslinde y a la prescripción de la acción; pero estimó el motivo relativo a las costas impuestas en la instancia a don *J. C. B.* (*A. M. M.*)

50. Tercería de dominio. Cauce procesal adecuado para pedir la declaración de nulidad del título esgrimido por el tercerista.—Esta doble posibilidad de alegar la nulidad del título esgrimido (incluso la nulidad por simulación) ya sea, por vía de acción reconvenzional o por vía de excepción la reiteran otras sentencias, entre ellas la del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1997 al comentar que la doctrina de esta Sala es que, en principio, en la tercería de dominio no cabe reconvección, pues no es un proceso ejecutivo

principal; en su caso, cabría reconvencción si se alega por la parte demandada en tercería de dominio, la nulidad del título del tercerista demandante, que también la puede plantear como excepción; la sentencia de 29 de enero de 1992 contempla la alegación de la nulidad del título, hecha valer como simple excepción «ya que entonces no se exige del Tribunal declaración de nulidad alguna... sino simplemente se limita a apreciar la inexistencia de un título válido de dominio en el tercerista»; la de 4 de junio de 1993 declara que la descalificación del título dominical en que se apoya el tercerista, no precisa la reconvencción, sino que puede hacerse como excepción; lo que reitera la de 29 de octubre de 1993 (STS de 20 de julio de 1994)». Presentes en el juicio de tercería quienes fueron parte en el contrato de compraventa cuya nulidad por simulación se postula en reconvencción formulada, la doctrina jurisprudencial expuesta de lugar a la desestimación del motivo.

Aparte de la improcedente cita en un mismo motivo de preceptos heterogéneos que, según reiteradísima doctrina de esta Sala, es bastante para su desestimación, el motivo ha de ser rechazado por no darse las infracciones que en él se denuncian. La Sala *a quo* no ha desconocido la fuerza probatoria de la escritura pública en que se documentó el contrato de compraventa que, como título de dominio, alega el tercerista; la fuerza probatoria que a ella reconoce el artículo 1218 del CC no resulta contradicha por la posibilidad de que el tercero frente a quien se hace valer alegue la nulidad del contrato que solemniza. No infringe el artículo 1911 del CC pues el efecto de la declaración de nulidad es la restitución al estado anterior al contrato declarado nulo, en este caso, el reintegro del bien enajenado al patrimonio del deudor ejecutado. Por último, no cabe que el tercerista recurrente pretenda invocar a su favor la fe pública registral de que no se halla asistido, al no estar inscrito el bien adquirido en el Registro de la Propiedad al tiempo de su adquisición.

La existencia o inexistencia de causa en un contrato es una cuestión de hecho que compete en exclusiva al juzgador de instancia y que sólo puede traerse a casación a través de la denuncia de error de derecho en la valoración de la prueba. Declarada la nulidad por simulación, por falta de causa, del contrato de compraventa en que el tercerista funda su demanda, tal falta de causa sólo puede atacarse destruyendo la presunción a través de la cual el juzgador de instancia la establece; es decir, bien atacando la base fáctica de la misma, alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas reguladoras de la misma que se considere han sido infringidas, bien atacando el juicio lógico a través del cual se llega a establecer un enlace preciso y directo entre los hechos declarados probados y el que, por medio de esta prueba, se tiene por acreditado, por la misma vía del error de derecho con cita del artículo 1253 del CC. Al no haber seguido esta vía procesal, el motivo se desestima.

La forma instrumental de la *traditio* que recoge el artículo 1462.2 CC no impide que, cuando se alegue la nulidad de la compraventa por simulación, se pruebe que la cosa vendida no ha salido, real y efectivamente, del poder y posesión del vendedor, conclusión a la que llega la Sala de instancia y que, se repite, no es atacada en forma procesalmente correcta. En consecuencia, se desestima el motivo. (STS de 14 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante formuló tercería de dominio contra el Banco P. y V. El Banco demandado se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando que se declarase la rescisión o anulación por simulación del contrato de compraventa otorgado en

escritura pública entre V y el tercerista. El juez de primera instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción, declarando la nulidad de pleno derecho del contrato de compraventa que esgrimió el tercerista como título de dominio. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los recursos presentados por el tercerista. (*M. C. B.*)

51. Tercería de dominio como incidente procesal en un procedimiento de ejecución hipotecaria: requisitos para su estimación.—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que, conforme a lo dispuesto en el artículo 132.2.º LH, para estimar la tercería de dominio, es necesario que el tercerista aporte inexcusablemente su título de propiedad sobre la finca objeto del procedimiento de ejecución hipotecaria y que su título de propiedad se haya inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la inscripción del crédito ejecutante.

La escritura pública de permuta equivale a la entrega, salvo que de la misma se deduzca otra cosa.—A juicio de nuestro Alto Tribunal, el otorgamiento de una escritura pública de permuta no equivale a la entrega, si en las estipulaciones de la citada escritura pública se establece un plazo de entrega del local proyectado por la cesionaria, así como una indemnización a cargo de ésta por el incumplimiento del citado plazo de entrega. (**STS de 28 de febrero de 2006**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. y doña L. eran dueños, con carácter ganancial, de un local comercial de 84 metros cuadrados sito en Cuenca. Asimismo, don M. era propietario, con carácter privativo, de otro local de 138 metros cuadrados ubicado en Cuenca.

En octubre de 1992, ambos cónyuges, mediante escritura pública, cedieron y transmitieron a título de permuta las citadas fincas a la entidad A, S. L., a cambio de la entrega en pleno dominio de un local, de aproximadamente 184 metros cuadrados, en el edificio que tenía proyectado construir la citada entidad en el solar que resultara de la demolición de las fincas permutadas.

En febrero de 1993 se inscribe en el Registro de la Propiedad el dominio de los citados locales, por título de cesión, a favor de la entidad A, S. L. Asimismo por agrupación de las dos fincas citadas, más otra distinta, se formó una nueva finca, cuyo dominio pertenece a la entidad A, S. L.

En febrero de 1993, sobre la finca resultante de la agrupación, la entidad A, S. L., constituyó una hipoteca a favor de la entidad bancaria *BSCH*, S. A., para garantizar un préstamo.

En mayo de 1993 se inscribe en el Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva y la división horizontal del edificio.

En la inscripción en el Registro de la Propiedad, como finca independiente, del local comercial ubicado en el edificio de nueva construcción, y cuya propiedad en virtud del contrato de permuta correspondería a los cónyuges don M. y doña L. (el 37,84% como bien ganancial y el 62,16% restante como bien privativo de don M.), consta como carga la hipoteca de la finca matriz constituida por la entidad A, S. L. Ahora bien, en el Registro de la Propiedad no consta ninguna inscripción en la que se haga referencia que este

local pertenece a los cónyuges en virtud de la escritura pública de permuta.

Ante el impago del crédito por la entidad A, S. L., se inicia un procedimiento de ejecución hipotecaria por parte de la entidad bancaria BSCH, S. A., que afecta al mencionado local comercial.

Don M. y doña L. interponen como incidente procesal, en el procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH instado por la entidad de crédito BSCH, S. A., una tercería de dominio contra la citada entidad ejecutante (BSCH, S. A.) y la entidad mercantil ejecutada A, S. L., solicitando el alzamiento y cancelación de la hipoteca que grava la finca registral objeto de ejecución, alegando que son dueños, por título de permuta, del local que la entidad mercantil ejecutada hipotecó a favor del banco ejecutante (BSCH, S. A.).

La entidad A, S. L. se allana a la demanda y la entidad bancaria BSCH, S. A., solicita se desestime la demanda y se declare que no procede el alzamiento de la hipoteca ni declarar la propiedad de los actores sobre la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, la Audiencia Provincial de Cuenca lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que la Disposición final 9.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha modificado la redacción del artículo 132.2.º LH y que la presente sentencia hace referencia al tenor literal del citado precepto vigente con anterioridad a dicha reforma.

Asimismo no debe olvidarse que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada), sino por lo establecido en los artículos 571 ss. y 681 ss. de la vigente LEC. (M. J. P. G.)

52. Los muros como elementos comunes.—Según las SSTs de 10 de octubre de 1980, 10 de diciembre de 1984 y 22 de octubre de 1993, de acuerdo con el artículo 396 CC, los «muros» son siempre elementos comunes, tanto si se trata de paredes maestras como si son paredes divisorias o de separación, en cuanto que la función de las segundas es la de delimitar el espacio correspondiente al edificio, marcando su perímetro con relación a otro edificio distinto. Esto significa que, si se pretende demoler un muro para poner en comunicación varios locales de negocio integrados en dos fincas urbanas diferentes, no se trata de una pared de carga, sino de un elemento de cierre y delimitación con la casa vecina por lo que es necesaria la voluntad unánime de los propietarios para su demolición.

Propiedad horizontal. Obras ilegales.—Unas obras que producen efectos dañinos a terceros son *per se* ilegales y, consecuentemente, dichos daños deben ser resarcidos.

Reparación de daños y perjuicios. Reparación in natura.—Existe infracción del artículo 1902 CC si se fija una indemnización pecuniaria para

reparar los daños sufridos, cuando el perjudicado ha solicitado para la reparación de los daños y perjuicios una reparación *in natura*.

Reformatio in peius. Incongruencia.—Según el TS, existe incongruencia —es decir inadecuación del fallo a los pedimentos de las partes— cuando la sentencia de primera instancia establece una reparación *in natura* de los elementos declarados comunes, pero no una indemnización de daños y perjuicios, y la sentencia dictada en apelación condena al abono de una indemnización de daños y perjuicios, sin que la parte apelante lo hubiese solicitado, puesto que, lógicamente no va a pedir algo que lo perjudique. Además, la condena a una indemnización de daños es incongruente con la petición de reparación *in natura* (**STS de 16 de febrero de 2006**; ha lugar en parte al recurso de CIS, S. L., y ha lugar al recurso de los hermanos M. M. y F. J. C. M.)

HECHOS.—Los hermanos M. M. C. M. y F. J. C. M. presentaron una demanda contra CIS, S. L., en la que solicitaron que se declarase que las obras realizadas por la demandada —consistentes en la eliminación de parte del entabado de un piso y la techumbre del inferior; la supresión de determinados tabiques de carga, así como la apertura de huecos en paredes maestras— eran ilegales, porque afectaban todas ellas a elementos comunes y habían causado daños en el piso de los demandantes. En consecuencia, pedían que se condenara a la demandada a reponer a su estado anterior los elementos comunes afectados por las obras y a indemnizar a la actora los daños y perjuicios ocasionados por las obras.

El Juzgado dicta sentencia estimando en parte la demanda. Declara que las obras realizadas por la demandada afectan a elementos comunes, son ilegales y causantes de daños en el piso superior, por lo que la condena a la reposición y restauración del piso dañado. Contra esta sentencia, CIS, S. L., interpuso recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la Audiencia en el sentido de revocar la condena a la reposición y restauración del piso dañado por las obras. En su lugar, la Audiencia acuerda condenar a la demandada a abonar la cantidad de 4.995.036 ptas. Contra esta sentencia, ambas partes interpusieron recurso de casación. El TS declaró haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por CIS, S. L., por considerar que la sentencia recurrida en casación incurría en incongruencia, ya que reformaba la sentencia recurrida a peor, sin haberse solicitado —*reformatio in peius*—. Además, estimó totalmente el recurso presentado por M. M. y F. J. C. M. alegando infracción del artículo 1902 CC y 359 LEC. El TS procedió a casar y anular la sentencia recurrida y dictó otra que coincide en su fallo con la dictada por el Juzgado, pero realizando ciertas especificaciones en cuanto a la reparación *in natura*. (L. S. M. P.)

53. Propiedad Horizontal: la impugnación de acuerdos de la Junta de propietarios.—La doctrina científica y jurisprudencial mayoritaria distingue, por un lado, entre los acuerdos que pueden afectar a la propia Ley de Propiedad Horizontal y a los Estatutos. Éstos sólo podrán ser anulados en el plazo de caducidad de treinta días establecido en el artículo 16.4 LPH. Por otro lado, las decisiones que supuestamente infringen otras normas imperati-

vas, podrán considerarse radicalmente nulas, salvo que en las mismas se prevea otro efecto, tal y como se establece en el artículo 6.3 CC. Cuando se trata de la impugnación de acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios el régimen de impugnación al que está sometido es el previsto para las posibles infracciones de la Ley o de los Estatutos (en este sentido, entre otras, SSTS de 7 de octubre de 1999 y 7 de marzo, 2 y 5 de mayo de 2002). **(STS de 30 de diciembre de 2005; ha lugar.)**

HECHOS.—En 1996, don F. C. M. demandó a la Comunidad de Propietarios la T. I y II sobre impugnación del acuerdo adoptado en la Junta General ordinaria en agosto de 1986, respecto a la colocación de unos tejadillos en las terrazas de los bajos, solicitando que se declare nulo el acuerdo y que se proceda a la retirada total de la obras y a la demolición de los tejadillos en cuestión.

El Juzgado de Primera Instancia rechaza la demanda y absuelve a los demandados. Se interpone recurso de apelación y la Audiencia lo estima, revoca la sentencia de instancia y declara nulo el acuerdo de la Junta, condenando a la retirada de las obras y a la demolición de los tejadillos. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados, anula la sentencia de la Audiencia y absuelve a los demandados de las pretensiones contra ellos deducidas. *(S. E. M.)*

54. Propiedad Horizontal: la legitimación del Presidente (art. 12 LPH).—La funciones de representación del Presidente de la Comunidad de Propietarios sólo le corresponden a aquel que lo es en el momento de ejercitarse la acción y no al anterior, aunque sus poderes fueran empleados para promover originariamente esta acción. La doctrina jurisprudencial es tajante cuando exige el acuerdo indispensable de la Junta de Propietarios, ratificando la representación procesal de quien fue presidente, para actuar en juicio en defensa de los intereses de la Comunidad (STS de 9 de abril de 1996 y art. 13.5 LPH). Sólo el actual Presidente puede intervenir ante los Tribunales sin la autorización de la Comunidad (art. 13.3 LPH). **(STS de 23 de diciembre de 2005; no ha lugar.)**

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios E. J. formula demanda contra don F. F. M., don V. P. D. y don J. Z. P. y las entidades R. T. I., S. L. y A. A., S. L., sobre responsabilidad civil del artículo 1591 CC. Los demandados contestaron la demanda alegando que se estimase la excepción de falta de legitimidad activa de la Comunidad de Propietarios, desestimando la demanda sin entrar en el fondo del asunto.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de falta de legitimación activa de la Comunidad de Propietarios y no entra a conocer del fondo de la cuestión litigiosa planteada. Se interpone recurso de apelación y la Audiencia lo desestima y confirma la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. *(S. E. M.)*

55. Alternativas procesales para la ejecución de la hipoteca.—El ordenamiento jurídico reconoce al acreedor hipotecario una serie de opciones procesales entre las que puede elegir para ejecutar la hipoteca, basándose su decisión en las circunstancias del caso concreto y en lo que estime más conveniente para la mejor defensa de sus intereses. Estas opciones son: *a)* puede acudir al proceso declarativo ordinario que corresponda conforme a la cuantía; *b)* puede acudir al proceso de ejecución común u ordinario de la LEC, pues dispone de un título ejecutivo; *c)* puede instar el proceso judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH; y *d)* por último, puede acudir al procedimiento ejecutivo extrajudicial, si concurren los presupuestos específicos para ello.

Ejercicio simultáneo de dos procedimientos de ejecución de la hipoteca: abuso de derecho por parte del acreedor hipotecario.—Afirma el Tribunal Supremo que carece de justificación que tras iniciar y agotar la fase declarativa del proceso ejecutivo ordinario, trabando embargo sobre diversas fincas no sólo del deudor hipotecario (incluida la finca hipotecada), sino también de los fiadores, y después de obtener sentencia que ordenaba seguir la ejecución, el acreedor hipotecario no inste la vía de apremio y, sin embargo, inicie un procedimiento sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH. Nuestro Alto Tribunal considera que esta actuación del acreedor hipotecario «representa un ejercicio abusivo del derecho en cuanto significa un uso caprichoso de los cauces procesales que la ley ofrece para la satisfacción del crédito».

Abuso de derecho (art. 7.2 CC): requisitos para su estimación.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo [entre otras, SSTs de 21 de diciembre de 2000, 16 de mayo de 2001, 2 de julio de 2002, 13 de junio de 2003 y 28 de enero de 2005] mantiene que para apreciar la existencia de abuso de derecho es necesario que concurren los siguientes requisitos: *a)* el ejercicio de un derecho externamente legal; *b)* el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y *c)* la inmoralidad o antisocialidad de ese daño (ejercicio del derecho con la finalidad de dañar, ejercicio del derecho sin verdadero interés en ejercitarlo o ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo). (STS de 25 de enero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—En junio de 1992, la entidad *BBVA, S. A.*, concede a don F. un préstamo por valor de 66 millones de pesetas, con fecha de vencimiento en junio de 1993. Para garantizar la devolución del principal, así como de los intereses, don F. constituye una hipoteca sobre una finca de su propiedad, tasada en la escritura pública en 173 millones de pesetas. Además el préstamo es afianzado por doña M. y la entidad *LP, S. A.* (esta última hasta un límite máximo de 25 millones de pesetas).

La entidad bancaria *BBVA, S. A.*, ante el impago por parte de don F. de las amortizaciones pactadas del préstamo, resuelve anticipadamente el contrato de préstamo e interpone demanda de juicio ejecutivo contra don F., doña M. y la entidad *LP, S. A.*

Como consecuencia de este proceso judicial, en marzo de 1993 se practican las diligencias de requerimiento de pago, embargo y citación de remate, trabándose embargo sobre tres fincas propiedad de la entidad *LP, S. A.*, y sobre dos fincas propiedad de don F. y doña M., además de la finca hipotecada.

En septiembre de 1993, el Juzgado de Primera Instancia ante el que se sigue el juicio ejecutivo instado por la entidad *BBVA, S. A.*, dicta sentencia de remate por la que ordena despachar ejecución por la cantidad de 71.715.498 pesetas, más los intereses que se fueran devengando y costas.

La entidad ejecutante *BBVA, S. A.*, no instó el procedimiento de apremio contra los bienes embargados. Sin embargo, en abril de 1996 interpone una demanda con la finalidad de iniciar un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, conforme al artículo 131 LH, contra la finca hipotecada por don F., en reclamación de la deuda que el ejecutante cuantifica en la cantidad de 175.037.197 pesetas (66.000.000 de pesetas de principal; 5.396.344 pesetas por intereses; y 103.640.803 de pesetas por intereses de demora).

En mayo de 1996, don F., titular registral de la finca hipotecada, es requerido de pago y en junio de 1996 éste comparece ante el Juzgado de Primera Instancia para denunciar la dualidad de procedimientos de ejecución y solicita que se declare la nulidad de lo actuado.

En julio de 1996, la entidad *BBVA, S. A.*, desiste del juicio ejecutivo y el Juzgado ordena el levantamiento de los embargos y limita la cantidad objeto de ejecución.

En septiembre de 1997, la finca hipotecada es subastada en el marco del proceso de ejecución hipotecaria, siendo adjudicada a la entidad ejecutante por la cantidad de 78.000.000 pesetas.

Don F., doña M. y la entidad *LP, S. A.*, interponen demanda contra la entidad bancaria *BBVA, S. A.*, solicitando se dicte sentencia por la que se declare: *a)* la nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria instado por *BBVA, S. A.*, contra la finca hipotecada cuya titularidad ostenta don F.; y *b)* la obligación de la entidad *BBVA, S. A.*, de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de haber seguido contra ellos, para la reclamación de un crédito hipotecario, dos procedimientos judiciales sucesivos, cuya cuantía se determinará en el período de ejecución de la sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena a la entidad demandada a pagar una indemnización de daños y perjuicios de 15 millones de pesetas. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, casa y anula la sentencia recurrida y resuelve en el mismo sentido que la sentencia de primera instancia.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada), sino por lo establecido en los artículos 571 ss. y 681 ss. de la vigente LEC.

Por otra parte, aunque en los Fundamentos de Derecho de la sentencia se hace alusión a que la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de mayo de 1998 ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida del procedimiento de ejecución hipoteca-

ria extrajudicial regulado en el artículo 129 LH y en los artículos 234 a 236 RH, no debe olvidarse que la Disposición Final 9.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha modificado la redacción del artículo 129 LH estableciendo, entre otras cosas, que «en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del CC, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de Notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario». (M. J. P. G.)

56. Procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH): validez de las notificaciones practicadas en el domicilio que consta en el Registro de la Propiedad.—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que conforme a lo dispuesto en el artículo 130 LH y en la regla 3.^a del apartado 3.^o del artículo 131 LH los requerimientos hay que practicarlos «en el domicilio que resulte vigente en el Registro» y si no se encontrare a nadie en el inmueble, al vecino más próximo que fuere hallado.

Por tanto, aunque el inmueble hipotecado no sea el domicilio real del deudor, son válidas las notificaciones y requerimientos que se realizan al deudor hipotecario en la propia vivienda hipotecada, cuando este es el domicilio que consta en el Registro a efectos de notificaciones y que no hallándose en ella, es conforme a la Ley que los requerimientos se entreguen a un vecino.

Asimismo, nuestro Alto Tribunal niega que la conducta del acreedor hipotecario sea abusiva o contraria a la buena fe por el hecho de realizar las notificaciones en el inmueble hipotecado, cuando conoce que el domicilio real y efectivo del deudor hipotecario radica en otra localidad. (STS de 17 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—En diciembre de 1989, don G. adquiere mediante escritura pública la finca litigiosa situada en la isla de Fuerteventura y en la misma escritura pública se subroga en el préstamo hipotecario que la entidad CP había concedido al vendedor y que gravaba el citado inmueble.

En la escritura pública de compraventa del inmueble, el comprador indica los datos de su domicilio en la isla de Gran Canaria. Por otra parte, en la escritura pública de constitución de la hipoteca que grava el inmueble a favor de la entidad CP, en la que se subroga el comprador, se fija como domicilio a efectos de notificaciones la finca hipotecada en la isla de Fuerteventura. Este pacto no se modificó y, por tanto, el comprador que se subroga en la hipoteca, como deudor hipotecario, se subroga en las condiciones establecidas.

Ante el impago de algunas cuotas del préstamo hipotecario, la entidad CP insta un procedimiento de ejecución sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH.

Está acreditado mediante acta notarial que se ha cumplido el requisito previo del requerimiento de pago al deudor y que todas las notificaciones del procedimiento de ejecución se han producido en la isla de Fuerteventura (ante la ausencia del deudor hipotecario de la finca hipotecada, las notificaciones se han entregado a los vecinos más cercanos).

Asimismo, resulta acreditado que con anterioridad al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, la entidad *CP* envió al domicilio de don G., en la isla de Gran Canaria, diversos extractos de movimientos, cartas y telegramas advirtiéndole del impago del crédito hipotecario.

El inmueble hipotecado, en la tercera subasta, es adjudicado a don P. en calidad de ceder el remate a tercero. La cesión, aprobada mediante Auto judicial, se realizó a favor de los cónyuges don J. y doña J. M., por la cantidad de 3 millones de pesetas y éstos constituyen sobre el inmueble una hipoteca a favor de la entidad *CIAC*.

Don G. considera que se han producido determinadas irregularidades en la notificación de los requerimientos derivados del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria e interpone una demanda contra la entidad *CP*, don J., doña J. M., don P. y la entidad *CIAC*, solicitando, entre otras cosas: *a*) la nulidad de todas las actuaciones del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH instado por la entidad *CP*, incluidas la subasta, el remate y la adjudicación de los bienes; *b*) la cancelación de las inscripciones registrales que se hayan practicado; *c*) que se declare que el dominio de la finca litigiosa pertenece al demandante; *d*) que se reponga al actor en la pacífica posesión de la finca; y *e*) subsidiariamente, para el caso de que se considere que la entidad *CIAC*, es un tercero de buena fe protegido por el artículo 34 LH, y, por tanto, no sea posible reponer al demandante en el dominio y posesión de la finca litigiosa, se condene al resto de codemandados o exclusivamente a la entidad *CP*, a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que con la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria ya no se rige por lo dispuesto en el artículo 131 LH (cuya redacción ha sido modificada), sino por lo establecido en los artículos 571 ss. y 681 ss. de la vigente LEC. (*M. J. P. G.*)

DERECHO DE FAMILIA

57. El cónyuge del comerciante que no se opuso al ejercicio del comercio por parte de éste carece de legitimación activa para interponer la tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales por un tercero.—De acuerdo con el artículo 1365.2. CC, los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge «en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el CCO», cuyo artículo 6 establece que si se trata de personas casadas, para que los bienes comunes del matrimonio puedan que-

dar obligados es preciso el consentimiento de ambos cónyuges, que se presume otorgado, a tenor del artículo 7, cuando se ejerce actividad comercial con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, habiendo declarado la jurisprudencia que, conforme a la normativa mercantil, los bienes gananciales quedan sujetos a la actividad de comercio consentida y conocida que lleva a cabo uno de los esposos (sentencias de 6 de junio de 1994, 10 de noviembre de 1995 y 30 de diciembre de 1999). Es claro que en el presente caso, el esposo ejercía el Comercio, si bien a través de «Comercial Picar, S. L.», con conocimiento y consentimiento de la tercerista, participe en la sociedad, por lo que carece, también desde este punto de vista, de legitimación para interponer tercería de dominio sobre bienes gananciales, subsistente la sociedad conyugal. (STS de 16 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante formuló tercería de dominio contra la Seguridad Social y una sociedad embargada pretendiendo que se levantara el embargo practicado sobre esta última, por recaer sobre bienes gananciales. El juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los correspondientes recursos. (M. C. B.)

58. Separación de hecho: no cabe pactar la disolución del régimen económico sin acogerse a otro.—El problema planteado es si los cónyuges pueden pactar la simple disolución del régimen durante la separación de hecho, sin que aquéllos se acojan a otro régimen, debe resolverse en sentido negativo porque el artículo 1392 CC establece las causas de disolución de pleno derecho del régimen de gananciales y entre ellas no se encuentra la separación de hecho: el artículo 1393 prevé esta posibilidad cuando los cónyuges lleven separados más de un año por acuerdo mutuo o por abandono de hogar, pero en este caso la terminación del régimen se produce por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges, supuesto que aquí no se produjo. La misma regla, aún más restrictiva, aparecía en el derogado artículo 1417 CC, vigente en el momento en que se redactó el documento privado cuya validez y efectividad ahora se cuestiona. A partir de la Ley de 2 de mayo de 1975 fue posible pactar la disolución del régimen de gananciales durante el matrimonio, pero siempre en la forma prevenida en este Código (art. 1315).

Pactos privados complementarios.—Este TS en sentencias de 22 de abril de 1997, 21 de diciembre de 1998 y 15 de febrero de 2002, ha admitido la validez de pactos que constan en documentos privados complementarios del convenio regulador, pero aquéllas no se refieren a la disolución y liquidación del régimen de bienes. Por lo tanto, no hay precedentes en nuestra jurisprudencia que avalen la decisión de la sentencia apelada, que admitió la disolución voluntaria del régimen de gananciales por existir separación de hecho. La autonomía privada de los cónyuges en los contratos entre cónyuges que podemos calificar de atípicos, debe cumplir lo dispuesto en el artículo 1261, y no debe traspasar los límites del artículo 1255. En el presente caso, el documento privado hacía referencia a la necesidad de otorgar la correspondiente escritura pública en el plazo de un mes, exigencia que no se cumplió; once años más tarde se tramita el divorcio y no se invoca dicho documento privado, ni en la demanda, ni en la contestación, por lo cual el Juez no decidió nada en relación con los bienes; veintiún años más tarde al presentarse la

demanda base de este recurso, la ex esposa aún cobraba rentas de un local que según el documento privado pertenecía al marido, lo que demuestra que la pretendida liquidación no se había efectuado en la realidad (STS de 3 de febrero de 2006; ha lugar.) (G. G. C.)

59. Separación matrimonial: convenio regulado. Uso de la vivienda familiar: extinción. Acción de división.—El derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el artículo 96 CC se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad; en el presente caso, ni en el convenio regulador de la separación matrimonial, ni en la sentencia que la decretó, se fijó ningún límite temporal del derecho de uso al amparo del artículo 96.3 CC en razón a existir dos hijas del matrimonio menores de edad, cuya guarda y custodia se encomendaba a la madre. En consecuencia, el derecho de uso reconocido lo era con el límite temporal de la adquisición de la mayoría de edad de la menor de las hijas del matrimonio, la nacida en 20 de junio de 1984, y así lo reconocen los demandados-reconvinientes al solicitar en el suplico de su demanda reconvenzional que se realizase la subasta, caso de que ésta se acordase, una vez cumplida la mayoría de edad de las hijas menores del matrimonio. Al día de hoy, tal mayoría de edad ya ha sido alcanzada por ambas hijas del matrimonio por lo que el derecho de uso de la vivienda, reconocido a la esposa en razón a su minoridad, ha quedado extinguido, por lo que sería contrario a las más elementales reglas de la lógica hacer recaer sobre los posibles adquirentes y sobre los copropietarios no obligados a prestar esa obligación en que consiste el derecho de uso, las consecuencias de un derecho ya extinguido; la limitación temporal a la celebración de la subasta que solicitaban los aquí recurrentes carece ya de sentido al haber desaparecido el supuesto de hecho —la persistencia de la menor edad de las hijas del matrimonio— en que se fundaba esa petición. (STS de 10 de febrero de 2006; no ha lugar.)

NOTA.—El ¿crónico? retraso de la Sala Primera TS en la resolución de los recursos de casación, sobre todo en materia familiar, origina, con alguna frecuencia que la sentencia firme carezca de utilidad en su ejecución (el sujeto pasivo del derecho de visita ha alcanzado la mayoría, y decide libremente sus preferencias afectivas; el presunto padre que reclama la paternidad, o contra el cual se solicita, fallece por motivos de edad y la patria potestad reclamada o impugnada dejan de existir; en el presente caso, concedido a la madre el uso de la vivienda familiar en atención a ostentar la guarda de dos hijas comunes de 11 y 12 años, alcanzan éstas la mayoría antes de resolver el recurso de casación. Aquí se trata de que la propiedad de la vivienda familiar pertenece al marido y a dos hermanos suyos que ejercitan la *actio communi dividundo*; ocurre que el marido ha cedido su tercera parte a su esposa separada, y ambos cónyuges litigan conjuntamente (pero los actores desisten de la acción ejercitada contra el hermano). El tema a decidir es si los copropietarios, en esta hipótesis, pueden solicitar la venta en pública subasta conservándose o no el derecho de uso otorgado a la esposa. Pasado un decenio de entablada la demanda la Sala Primera decide que nada hay que resolver porque al tiempo de fallar la casación, la menor de las hijas ha alcanzado la mayoría. Algo no funciona en nuestra administración de justicia.

El Juzgado de Primera Instancia (1996) había estimado, como no podía ser menos, la acción de división, pero transponiendo al momento de la mayoría la venta en pública subasta, de proceder efectuarla; la AP (1999) entiende en cambio que los eventuales terceros adquirentes no se verán afectados por el derecho de uso familiar: el TS (2006) decide que por el tiempo transcurrido ha dejado de existir el derecho de uso y no resuelve la duda. Implícitamente parece darse a entender que mientras el menor de los hijos beneficiarios no alcance la mayoría el derecho de uso afectaría a los terceros adquirentes. En todo caso, el retraso ha favorecido claramente a la titular del derecho de uso, aplicándose el viejo adagio medieval: *melior est conditio possidentis*. (G. G. C.)

60. Acción de reclamación de filiación extramatrimonial. El principio de libre investigación de la paternidad y la prevalencia de la verdad biológica suplen la necesidad de aportar con la demanda de paternidad un «principio de prueba» ex artículo 127 CC, cuando del resultado de las instancias resulta haber pruebas suficientes.—El artículo 127 disponía que con la demanda se había de presentar un «principio de prueba», para evitar pleitos que afectasen a la intimidad de las familias, pero reconocida ya constitucionalmente la libre investigación de la paternidad y declarado por esta Sala que debe prevalecer la verdad biológica, consideramos aquí que el requisito se cumplió, máxime cuando las sentencias de instancia y de apelación, fallan a favor de la reclamación de paternidad, lo que quiere decir que había pruebas suficientes, y sin que en modo alguno la recurrente pueda hablar de indefensión cuando tuvo a su alcance todos los medios que el derecho le proporciona para oponerse a la demanda.

Pese a la letra de los artículos 133 y 134 CC, el padre biológico tiene legitimación para reclamar la filiación no matrimonial aunque falte la posesión de estado.—El padre biológico tiene legitimación para reclamar la filiación no matrimonial aunque falte la posesión de estado, y frente a una mera versión literalista de los artículos 133 y 134 CC, que taxativamente cierra la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado, en cuyo caso, exclusivamente, correspondería al hijo durante toda su vida, la jurisprudencia ha optado por una interpretación flexible, que resulta más acomodada a los principios y la filosofía de la institución de la filiación, y así, toda vez que el artículo 134 legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también está habilitado para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial (STS de 23 de marzo de 2002).

La negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad no es una *ficta confessio*, sino un indicio más que ha de valorarse conjuntamente con las demás pruebas.—Como ha declarado la STS de 11 de marzo de 2003, «la negativa a someterse a la prueba biológica no es una *ficta confessio* que implique *per se* la declaración de paternidad, sino que, unida a otras pruebas, a otros indicios o, en definitiva y en todo caso, a un juicio de verosimilitud de los hechos alegados, da lugar a la declaración de paternidad. Es decir, el demandado (en este caso, la demandada) no puede impedir, con su simple obstrucción, la práctica de la prueba decisiva y, si lo hace, debe cargar con las consecuencias. Someterse a la prueba biológica no es un deber pero sí una carga; en otras palabras, el demandado puede practicar la prueba

y probar que no es el padre desestimándose así la demanda y si se niega a practicarla, no puede cargar a la parte demandante las consecuencias de su negativa (Cfr. STC 1.^a, número 7/1994, de 17 de enero, y STS de 3 de noviembre de 2001)», cuya posición jurisprudencial es de aplicación para el decaimiento del motivo. (STS de 2 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandando inició un procedimiento declarativo sobre reclamación de filiación extramatrimonial demandando a la madre de la niña N. El juez de primera instancia estimó íntegramente la demanda declarando que el actor era padre extramatrimonial de N. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los recursos interpuestos por la demandada. (M. C. B.)

DERECHO DE SUCESIONES

61. Interpretación de la voluntad del testador: los legados de cosa propia.—Los legados de cosa propia dispuestos por el testador a favor de los legatarios, quedarán revocados si, posteriormente, el testador les dona a éstos las cosas legadas. Según el TS, en estos supuestos no puede interpretarse que la donación es un pago anticipado del propio legado, ya que el causante no debe nada al legatario. Además, en el artículo 869 CC se determinan los casos en los que el legado queda sin efecto, y en el apartado segundo se señala la enajenación por el testador de la cosa por cualquier título o causa, puesto que esto implica un cambio de voluntad. Luego, si la cosa propia objeto de un legado se dona a los futuros legatarios, aunque no haya una revocación testamentaria expresa del legado, habrá que interpretar que la voluntad del testador fue la de no esperar a su fallecimiento para que los sujetos se hagan propietarios (art. 882 CC), y, con ello, conseguir que lo sean desde el momento de la donación. (STS de 10 de enero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. y doña S. G. S. interponen demanda contra el resto de coherederos de la herencia de su padre. Se solicita que se revoquen los distintos legados de cosa específica dispuestos por el causante en un testamento notarial, otorgado a favor de sus hijos, puesto que con posterioridad al mismo las cosas legadas habían sido donadas.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y declara haber lugar a la partición hereditaria interesada. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, revoca la sentencia en el punto referente a alguno de los legados, entendiendo que no se habían revocado y que la donación equivalía a un anticipo de los mismos. Los demandantes interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo. (S. E. M.)

62. La interpretación de las disposiciones testamentarias: disposiciones contenidas en capítulos matrimoniales.—La interpretación literal de los términos de las disposiciones *mortis causa* resulta a veces insuficiente,

siendo imprescindible ver la lógica de su conjunto para poder interpretar la voluntad real del testador (entre otras, SSTs de 9 de junio de 1962, 23 de septiembre de 1971, 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998, 23 de febrero de 2002 y 18 de julio de 2005). Por ello, el hecho de que un testador enuncie la atribución de una finca a través de un artículo determinado singular («la»), dificulta una interpretación que sostenga el carácter indeterminado de la finca, pero el empleo del singular no impide que, en realidad, se trate de varias fincas registrales, si se prueba que el causante tenía una representación de todas estas fincas como un único conjunto patrimonial. A su vez, el hecho de que las disposiciones testamentarias se contengan en capitulaciones matrimoniales autoriza a investigar la voluntad del disponente en armonía con el conjunto de disposiciones de ambos cónyuges.

Legado de cosa mueble no determinada y legado de cosa genérica: régimen en el CC y en el Código de Sucesiones de Cataluña.—Cuando nos encontramos ante un legado de cosa mueble no determinada, en la terminología usada en el CC o ante un legado de cosa genérica, según el Código de Sucesiones de Cataluña, se considera que el que ha de efectuar la elección es el heredero (CC) y la persona gravada (Código de Sucesiones de Cataluña). (STS de 20 de diciembre de 2005; no ha lugar.)

HECHOS.—El 18 de febrero de 1927, en escritura de capítulos matrimoniales, don R. P. y doña C. F. establecen un heredamiento preventivo a favor de los hijos varones sucesivamente por primogenitura y, en defecto de éstos, a favor de sus hijas también sucesivamente por primogenitura. Del matrimonio nacen dos hijas, doña R. y doña C. En 1951, con ocasión del matrimonio de doña R., se otorgan nuevos capítulos matrimoniales en los que a doña C. se le asigna «la finca de propiedad de la madre sita en Ivorra». En 1981, la madre fallece sin otorgar ninguna otra disposición testamentaria. En 1995, el padre fallece, si bien había otorgado en 1991 otro testamento coincidente con las capitulaciones. En 1995, doña C. arrienda las fincas de la madre en Ivorra no inscritas. En 1997, doña R. inmatricula una de las fincas, y firma escritura de aceptación de herencia de la madre. En 1997, doña R. vende a un matrimonio todas las fincas en Ivorra. Doña C. demanda a su hermana.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y declara la validez de la escritura de aceptación de la herencia materna, sin que ésta deba restituir, ni la finca, ni ninguna cantidad a la actora y, a su vez, declara la validez de la inmatriculación de la finca. La actora interpone recurso de apelación y la Audiencia lo estima parcialmente, condenando a la demandada a que haga entrega de la finca a la actora y que pague a la misma el valor que en la fecha de aceptación de la herencia tuvieran el resto de fincas en Ivorra. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.— Sobre la interpretación de la voluntad del testador, *vid.* la reciente y completa monografía de Esther GÓMEZ CALLE [*El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, ed. Thomson-Civitas, monografías, Cizur Menor (Navarra), 2007, 422 pp.]. (S. E. M.)

63. La sucesión *mortis causa* de las Administraciones de Lotería: aplicación de la regulación administrativa.—La doctrina del TS sobre la transmisión *mortis causa* de las Administraciones de Lotería, puede resumirse en que éstas no forman parte de la herencia, ya que su transmisión se rige por normas administrativas específicas (RD de 11 de junio de 1985, de transmisión de la titularidad de Administraciones de Lotería). Según esta regulación, estas Administraciones no son transmisibles *inter vivos*, ni *mortis causa*, ya que su titular sólo tiene la facultad de proponer un nuevo titular dentro de un círculo limitado de personas, que nada tienen que ver con el hecho de la sucesión. Estas Administraciones se configuran como titularidades que se extinguen o bien con la muerte del titular, cuando éste no designa a otra persona o no se lo comunica al Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado (ONLAE); o bien cuando la persona designada por el anterior titular no reúne los requisitos administrativos preceptivos (art. 14 del citado R.D.). Por otra parte, el Tribunal también destaca que, en virtud del artículo 659 CC, los derechos que se extinguen con la muerte de la persona no se incluyen en la herencia. Puesto que el titular de la Administración sólo tiene la facultad de proponer a un nuevo titular, no a un sucesor; y no necesariamente ha de hacerlo en su testamento, sino que puede emplear cualquier documento público, esta transmisión no forma parte de la herencia. El nombramiento del nuevo titular sigue un procedimiento administrativo que concluye con la decisión del ONLAE, ya que, en ningún caso, la decisión final depende de la voluntad del titular fallecido. (STS de 2 de enero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña J. L. S. explotaba una Administración de Loterías desde 1961. Al año siguiente el Ministerio le concedió la titularidad. En 1985, doña J. declara ante Notario que a todos los efectos administrativos designa a su hijo don J. S. C. L. como nuevo titular de la Administración en caso de fallecimiento, comunicando la designación al ONLAE. Tras el fallecimiento, el mencionado hijo obtuvo la titularidad de la Administración de Loterías. Doña J. había otorgado testamento ológrafo en 1990, donde dejaba la legítima estricta a don J. S. C. L. y el resto de sus bienes y derechos a sus hijos don L., don J. M. y don J. C. L. Estos últimos demandan a su hermano don J. S. C. L., interponiendo una acción de petición y división de herencia.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda determinando los bienes que componían el caudal relicto, al igual que la Audiencia Provincial, si bien en ambas sentencias se concluye que el negocio de loterías y los rendimientos del mismo —desde el fallecimiento de la causante, hasta la partición— no forman parte del haber hereditario. Los demandantes interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (S. E. M.)

64. La partición hereditaria de herencias sucesivas: integración de los bienes sin adjudicación diferenciada y sin previa liquidación de la sociedad conyugal. Nulidad del cuaderno particional.—Según la jurisprudencia del TS (STS de 2 de noviembre de 2005), cuando se trata de la partición hereditaria de bienes que proceden de herencias distintas, máxime cuan-

do a raíz de alguna de ellas debe realizarse una liquidación de la sociedad conyugal, es necesario proceder separadamente a la práctica de dicha liquidación y, posteriormente, a la realización de un reparto por separado de cada una de las herencias sucesivas. Con ello, se garantiza la correcta realización de la partición y se evita que se altere la secuencia sucesoria y se vulnere el principio de equidad en su correcta formación. Un cuaderno particional que integre esos bienes sin adjudicaciones diferenciadas y sin la previa liquidación de la sociedad conyugal deberá ser declarado nulo.

El momento de la valoración de los bienes en la partición hereditaria.—En virtud de reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 21 de abril de 1966, 7 de enero de 1991, 25 de noviembre de 2004 y 21 de octubre de 2005), la valoración de los bienes sometidos a la operación particional debe referirse al momento de la liquidación, tal y como puede inferirse de los artículos 847, 1045.1.º y 1074 CC. La jurisprudencia mayoritaria considera causa de nulidad de la partición aquellos supuestos en los que el criterio de valoración empleado produce una alteración del criterio de la equitativa distribución de la herencia.

La colación de las donaciones inoficiosas.—Las donaciones efectuadas por el testador deben ser traídas a la partición para computar su valor y determinar si son inoficiosas, con el fin de reducir las si es preciso (entre otras, SSTS de 21 de abril de 1997 y 11 de octubre de 2005). El ejercicio de la facultad del testador de excluir las donaciones del cómputo de la porción hereditaria asignada en el testamento (dispensa de colación), no dispensa del deber de respeto a la legítima estricta, aun cuando las donaciones no tengan en principio el carácter colacionable. (STS de 14 de diciembre de 2005; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. L. D. demanda a doña V. D. como contadora-partidora en la herencia de sus padres y a sus hermanos doña E. y don R. Solicita la declaración de nulidad de las operaciones particionales de las que se habían beneficiado sus hermanos; también solicita que se declare que existía un cálculo defectuosos del tercio de mejora, que el reparto de la herencia se había realizado como si sólo existiese un causante, cuando en primer lugar habría que haber repartido la herencia de la madre y luego la del padre y, finalmente, que existían donaciones que debían ser traídas a la masa hereditaria.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Esta sentencia es posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial. En ambas sentencias, se considera que la valoración del albaacea es correcta, no se advierte la razón para obligar a realizar de forma separada la partición y, se afirma que no procede la colación de los bienes por haberse excluido ésta por ambos testadores. La demandante interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima, declarando la nulidad de la partición hereditaria realizada y la procedencia de la realización de otro cuaderno particional en ejecución de sentencia. (S. E. M.)

DERECHO MERCANTIL

65. Indemnización a consecuencia de actos de competencia desleal. Identificación del lucro cesante con la pérdida de clientela.—Como expresa la doctrina, frente a la tangibilidad y fácil prueba del daño emergente, el lucro cesante presenta un alto grado de indeterminación, con lo cual se plantea la búsqueda de un criterio válido para dilucidar cuándo nos encontramos ante una hipótesis de lucro cesante, de ganancia verdaderamente frustrada, y cuándo estaremos ante una mera esperanza imaginaria, dudosa y contingente. La ganancia frustrada debe determinarse mediante un juicio de probabilidad, teniendo en cuenta lo que lógicamente fuera de esperar según el curso normal de las cosas y las circunstancias del caso concreto (STS de 21 de noviembre de 1977). En el presente supuesto el criterio razonable para la fijación de lucro cesante, para la fijación de las expectativas de ganancia, es la propia valoración de la pérdida de la clientela, pues ésta constituía la circunstancia decisiva para la obtención del lucro. (STS de 19 de enero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad mercantil demandó a varias personas ejercitando una acción de declaración de competencia desleal, solicitando una indemnización de daños y perjuicios y la publicación de la sentencia declarativa de la deslealtad del acto. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandados y dejó sin efecto la indemnización por el concepto de lucro cesante. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los mismos. (L. F. R. S.)

66. Contrato de agencia. Aplicabilidad de la indemnización por aportación de clientela al negocio de venta de coches nuevos.—La aplicabilidad de la indemnización por clientela del artículo 28 LCA al negocio de venta de coches nuevos se halla reconocida por la doctrina jurisprudencial. Dice la STS de 19 de noviembre de 2003 que «no empece que en los casos de concesionarios o distribuidores de automóviles, o de otros objetos de gran duración, los pedidos sean distantes en el tiempo, pues no por ello deja de existir la fidelización de los clientes a aquéllos, mantenidas por las compras de esos productos con los habituales intervalos, según su propia naturaleza y las posibilidades económicas del adquirente». Y declara la de 30 de abril de 2004 que «la sentencia recurrida no concedió la indemnización de referencia (por aportación de clientela) en base al argumento, que se presenta como decisivo y relevante, de que, tratándose de negocio de venta de coches nuevos, no se probó ni cabía deducir razonablemente que las relaciones comerciales creadas por el agente habían de perdurar en el futuro y por ello tenían que ser susceptibles como tales de producir ventajas sustanciales e importantes para el empresario... Esta conclusión decisoria no la aceptamos [dice la sentencia que se transcribe], ya que va más allá de las previsiones contenidas en el artículo 28.1º de la Ley de Contrato de Agencia que utiliza el término “puede” al imponer un plus de prueba muy dificultosa en cuanto a la demostración de que tenía que darse la concurrencia plena de beneficios futuros

asegurados, dejando de lado que en el mantenimiento y aprovechamiento de la clientela lograda es factor importante la actividad comercial de quien sustituya al agente cesado, y también ha de tenerse en cuenta que los clientes cuando adquieran un vehículo puede ser de marca distinta de la que distribuye la concesionaria».

La actividad de asistencia post-venta también es idónea para crear una clientela de la marca.—Si la venta de vehículos nuevos es una actividad comercial idónea para crear una clientela de la marca—creación o incremento de la que es revelador la implantación y desarrollo en el mercado del parque automovilístico de la marca— que pueda servir de fundamento a una indemnización del artículo 28 LCA, con tanta más razón ello es aplicable a la actividad de revisiones, recambios, accesorios y asistencia en general en relación con los vehículos de dicha marca, pues es lógico, según la realidad de las cosas, que los titulares de vehículos acudan a revisar y repararlos a talleres y agencias oficiales, precisamente por estar especializadas y conocer mejor sus problemáticas técnicas, constituyendo esta actividad de asistencia post-venta—calidad, atención, trato, etc.— una circunstancia de primer orden para mantener el cliente en lo sucesivo, e incluso la imagen y consiguiente difusión de la marca.

Fundamento de la indemnización por clientela.—Esta Sala tiene declarado que la clientela supone una realidad económica que debe resarcirse por quien se aproveche de su aporte (SSTS de 26 de julio de 2000, 3 de mayo de 2002), y se integra por lo aportado y dejado en la esfera de desenvolvimiento del concesionario o agente que va seguida de un disfrute por parte del empresario con la consiguiente pérdida que su desaparición supone para el agente o distribuidor (SSTS de 30 de octubre de 2000, 16 y 23 de diciembre de 2002); y si bien la indemnización o resarcimiento no procede automáticamente por el simple hecho de la extinción del contrato, sino que precisa de la acreditación del incremento de los compradores o usuarios habituales (STS de 19 de noviembre de 2003), sin embargo, consiste en una apreciación meramente potencial (STS de 21 de noviembre de 2005), es decir, la susceptibilidad de continuar el empresario disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, porque se trata simplemente de un pronóstico razonable acerca de un comportamiento que no deja de ser probable por parte de dicha clientela (SSTS de 7 de abril de 2003, 30 de abril y 13 de octubre de 2004 y de 23 de junio de 2005).

Independencia de los contratos de concesión y agencia.—Los contratos de concesión o distribución entre la entidad fabricante R y de agencia entre D y los actores, que actuaban como comunidad de bienes con la denominación A, constituyen dos vínculos contractuales autónomos, sin que de la relación indirecta derivada del hecho de que los actores sean distribuidores de la marca de la entidad R quepa extraer la consecuencia de que la entidad titular de la misma debe responder por las consecuencias dimanantes de la extinción del contrato de agencia. No hay por consiguiente interdependencia ni accesoriedad, y es plenamente aplicable la estipulación contractual con arreglo a la que «la Compañía R no interviene en el contrato más que para dar su aprobación al nombramiento del agente por el concesionario, y por tanto no asume ninguna responsabilidad en cuanto a las restantes cláusulas del contrato, en especial aquellas que se refieren a las condiciones de resolución del mismo».

Requisitos para que proceda la indemnización regulada en el artículo 29 de la Ley de Contrato de Agencia.—Para la aplicación del artículo 29

LCA es preciso que concurren los requisitos siguientes: 1) Se trate de un contrato de agencia de duración indefinida; 2) Se denuncie unilateralmente por el empresario, salvo que sea por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente –art. 30.º–; 3) Existan gastos de inversión o adecuación pendientes de amortización por el agente, los que deben demostrarse cumplidamente (STS de 30 de abril de 2004); 4) Que los gastos se hayan realizado en virtud de instrucciones del empresario; aunque dichos gastos deben entenderse –según STS de 19 de noviembre de 2003– «no sólo cuando existan órdenes expresas en ese sentido, sino también si la inversión fue para desarrollar convenientemente el encargo conferido»; y, 5) Que la extinción anticipada no permite la amortización. (STS de 9 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.–Los demandantes interpusieron una acción para solicitar diversas indemnizaciones derivadas de la denuncia unilateral de un contrato de agencia y otros pronunciamientos complementarios demandando al concesionario representado y al concedente, que era fabricante de automóviles. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el concesionario acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*L. F. R. S.*)

67. Sociedad cooperativa de crédito. La renuncia al cargo de presidente es un acto unilateral.–La legislación sobre cooperativas (art. 57.2 de la Ley 3/1987) y los estatutos de la demandada (artículo 47) exigen la aceptación de la renuncia de los consejeros por el consejo rector o la asamblea como un requisito necesario, no inútil o prescindible, tanto más si el desempeño de los cargos es obligatorio para el socio, salvo justa causa de excusa (arts. 34.2.f de la Ley 3/1987 y 47 de los estatutos).

Sin embargo, esa exigencia de aceptación no convierte la renuncia en un acto de estructura bilateral, que se perfeccione con el consentimiento de cooperativa y renunciante. Antes bien, dicha aceptación consiste en un requisito preciso para que el cese, perfeccionado con la emisión de la declaración unilateral, sea regular, esto es, para que produzca sus efectos liberatorios propios y no, por el contrario, la responsabilidad patrimonial del dimisionario.

Es preciso, por ello, no tanto una declaración de voluntad emitida por el órgano competente de la cooperativa (expresa o tácitamente), al modo de la aceptación del destinatario de una oferta, característica de los negocios jurídicos bilaterales, cuanto que el órgano competente de la sociedad, con conocimiento de la renuncia, no le oponga objeción alguna, o lo que es lo mismo, no ejercite la facultad de limitarla con justa causa.

Esto último es lo que aconteció en el caso que se enjuicia. Como se expuso al principio, el presidente comunicó a la asamblea que dimitía y que seguiría al frente del consejo rector sólo hasta el cumplimiento de la previsión de un artículo estatutario (el 44, relativo a la composición de dicho órgano y nombramiento de los nuevos consejeros). Los demandantes vincularon las renunciaciones de cada uno a la del presidente. Y el órgano destinatario de tales declaraciones conoció el contenido de las mismas sin formular objeción.

En conclusión, se perfeccionaron y ganaron eficacia en tal asamblea las dimisiones. No era, por lo tanto, el presidente dimitido quien debía convocar

el consejo rector a que se refiere la demanda. Y los consejeros demandantes, precisamente por su renuncia, no debían ser convocados. (STS de 27 de febrero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes demandaron a la Caja Rural Z. solicitando que se declararan nulos diversos acuerdos del consejo rector de la demandada basándose en que la renuncia del presidente de la cooperativa de crédito y de los dos demandantes no habían surtido efecto por no haber sido aceptadas por la asamblea o por el consejo rector. El juez de primera instancia estimó íntegramente la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Sin embargo, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación al estimar que las renunciaciones fueron aceptadas al conocer el consejo rector tales declaraciones sin formular objeción. (L. F. R. S.)

68. Efectos de la retroacción de la quiebra en el tercero hipotecario.—El artículo 878 del Código de comercio establece la nulidad radical, *ipso iure*, de aquellos actos de disposición realizados por el quebrado tras la fecha de retroacción de la quiebra. Sin embargo, si quien adquiere del quebrado transmite su derecho a un tercero (subadquirente) protegido por la fe pública registral, éste debe ser mantenido en su derecho (SSTS de 14 de junio de 2000, 12 de marzo y 20 de septiembre de 1993 y 28 de octubre de 1996). (STS de 14 de febrero de 2006; ha lugar.)

HECHOS.—Mediante Auto de fecha 1 de abril de 1991 don D. S. R. es declarado en quiebra, fijándose como fecha de retroacción el 1 de diciembre de 1989. Con posterioridad a esta fecha se constituyen dos hipotecas sobre una de las fincas del quebrado a favor de C. de G. y E. M. H., S. A., respectivamente. El 9 de abril de 1991, C. de G. ejecutó su hipoteca sobre la finca, adjudicándose el inmueble a H., S. A. El 12 de mayo de 1994 se constituyó una nueva hipoteca sobre la finca a favor del Banco de S., S. A.

La sindicatura de la quiebra interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao solicitando la nulidad de los distintos actos de disposición realizados con relación a la finca citada, en la medida en que todos ellos habían tenido lugar en el período de retroacción de la quiebra. El Juez estimó íntegramente la demanda que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Bilbao.

Banco de S., S. A., interpuso entonces recurso de casación considerando que su condición de tercero hipotecario le permitía ser mantenido en la titularidad de su derecho de hipoteca. El Tribunal Supremo estimó el recurso y anuló la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en lo que se refiere a la mencionada sociedad recurrente.

NOTA.—Los artículos 870 a 941 del CCO relativos a la suspensión de pagos y quiebra en general fueron derogados por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. La retroacción de la quiebra ha desaparecido en la citada Ley concursal y, con ella, el problema de su aplicación al tercero hipotecario. (J. D. S. C.)

DERECHO PROCESAL

69. Reclamación de cantidad resultante de la suscripción de un plan de pensiones abonado al cincuenta por ciento por el empresario y los trabajadores y que preveía diversas posibilidades en función de la causa de la baja laboral que se produjera: competencia de la jurisdicción laboral.—Si tenemos en cuenta que es preciso la previa calificación de la extinción de la relación laboral como derivada de un acuerdo entre las partes o constitutiva de un despido improcedente, que es lo que alega el único de los demandados que llegó a contestar la demanda, tendremos que entender que es la jurisdicción laboral a la que corresponde el conocimiento de este tema, pues, evidentemente, la civil no tiene competencia para determinar el modo en que se produjo la extinción de la relación laboral y declarar si fue simulado o no el despido improcedente.

Competencia de la jurisdicción social para decidir sobre un contrato que tiene por objeto mejorar el sistema de pensiones de la Seguridad Social.—El segundo contrato con U se realiza en el marco de una relación laboral y constituye una mejora voluntaria del sistema de pensiones de la seguridad social por lo que es competente la jurisdicción social, sin que a ello constituya obstáculo el carácter de directivo de alguno de los demandados, tal como se recoge en la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1988. En virtud de los preceptos citados y de la doctrina jurisprudencial de la Sala IV del Tribunal Supremo (sentencias de 5 de julio de 1988, 10 de abril de 1984 y 16 de enero de 1990, entre otras) procede declarar la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de esta demanda. (STS de 28 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—El empresario demandante reclamó ciertas cantidades a unas personas que habían sido anteriormente sus empleados y a una compañía aseguradora, alegando esta última demandada la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, pues la reclamación se basaba en la suscripción de un plan de pensiones abonado al cincuenta por ciento por el empresario y los trabajadores y que preveía diversas posibilidades en función de la causa de la baja laboral que se produjera. El juez de primera instancia declaró la falta de competencia jurisdiccional del orden civil declinando su conocimiento a favor del orden jurisdiccional social. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los recursos de la demandante. (L. F. R. S.)

70. Cámaras de Comercio e Industria. Reclamación de la cuota cameral a través de la jurisdicción civil.—Los poderes jurisdiccionales de conocimiento y ejecución no están sometidos a un orden predeterminado, siendo pródigo el ordenamiento procesal en ofrecer ejemplos de procesos de ejecución pura no precedidos de fase previa de declaración de condena, del mismo modo que muestra casos, como el que constituye el objeto del litigio, en que la jurisdicción civil actúa casi como ejecutora de las resoluciones dictadas en otros ámbitos, que operan en éste con efectos prejudiciales, sin que con ello se produzca una merma de jurisdicción civil quede reducida a un mero papel ejecutor, pues puede y debe examinar la observancia de las for-

mas y solemnidades legales para dictar la correspondiente sentencia de condena. Desde el punto de vista del principio de legalidad procesal la solución para la Audiencia es la misma, teniéndose en cuenta que no puede haber espacios vacíos de jurisdicción, de suerte que siempre existirán cláusulas residuales, como la contemplada en el artículo 9 de la LOPJ, que permitan el acceso a la jurisdicción y al proceso.

La competencia de los órganos de la jurisdicción civil para conocer de las pretensiones como las que integran el objeto del litigio derivan del tenor y de la aplicación del artículo 9.2 de la LOPJ, por cuya virtud los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional; y si a la jurisdicción contencioso-administrativa le corresponde conocer la revisión de la corrección del ejercicio de la potestad de autotutela declarativa y de su resultado –el derecho declarado–, a la jurisdicción civil le compete, por vía de la cláusula residual expuesta, el examen de la pretensión de condena fundamentada en ese ejercicio y en su resultado cuando, por no existir norma habilitante de la potestad de autotutela ejecutiva, sea necesario contar con un título de ejecución –la resolución judicial de condena– que facilite la vía ejecutiva y el apremio sobre el patrimonio del deudor para la completa satisfacción del derecho ya declarado.

La STC 179/1994, de 16 de junio declaró la inconstitucionalidad de las Bases Cuarta y Quinta de la Ley de 29 de junio de 1911 y del artículo primero del Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929, con la precisión, no obstante, de que el alcance y efectos que cabe atribuir a dicho fallo no pueden afectar a las situaciones consolidadas no susceptibles de ser revisadas con fundamento en dicha resolución, entre las que se encuentran no sólo aquellas que hayan sido definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada –art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–, sino también, por exigencias del principio de seguridad jurídica –art. 9.3 CE–, todas aquellas que no hubiesen sido impugnadas en la fecha de publicación de la sentencia, es decir, tanto los pagos ya efectuados de cuotas no recurridas, como las devengadas y aún no satisfechas que estuvieren pendientes de reclamación o de recurso administrativo o judicial interpuestos dentro del plazo antes de dicha fecha, a partir de la cual dicha decisión había de desplegar todos sus efectos. Precisando esta doctrina, la STC 22/1996, de 12 de febrero, detalla que la retroacción de los efectos de la sentencia núm. 179/94 se ciñe a los casos de previa impugnación de las liquidaciones de las cuotas camerales, sin extenderla a los supuestos de oposición al cobro en vía civil –única posible entonces para las Cámaras– de las ya devengadas. (**STS de 1 de febrero de 2006**; no ha lugar.)

HECHOS.–La Cámara de Comercio e Industria de Madrid demandó a una sociedad mercantil en reclamación de las cuotas del recurso cameral permanente correspondiente a cinco ejercicios consecutivos. La demandada se opuso alegando, en primer término, la incompetencia de la jurisdicción civil y, en segundo lugar, la nulidad de los actos del procedimiento de apremio por haber sido realizados por órgano manifiestamente incompetente y a la falta de los requisitos exigidos para la validez y eficacia de los actos de notificación. El juez de primera instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los correspondientes recursos. (*L. F. R. S.*)

71. Asistencia jurídica gratuita y pago de las costas.—El artículo 119 CE contempla la gratuidad de la justicia para quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos así como en los casos en que la ley lo disponga.

La LOPJ desarrolló esta previsión constitucional en sus artículos 20 y 440.2 remitiéndose a la ley ordinaria. Es la Ley 1/1996, de 10 de enero, la que tiene como objeto determinar el derecho a la asistencia jurídica gratuita a la vez que regular el procedimiento para su reconocimiento y efectividad. En el artículo 36.2 se supedita el reintegro económico de las costas a la mejora de la fortuna del titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Asistencia jurídica gratuita de las entidades gestoras de la Seguridad Social.—La mencionada Ley 1/1996 establece en su artículo 2 que la TGSS es beneficiaria del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Sin embargo, su régimen jurídico a este respecto es especial y se traduce, a título de ejemplo, en la obligación de abonar las costas del proceso a cuyo pago fueran condenados.

Así lo contempla expresamente la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, que regula el régimen de la asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas. Su Exposición de Motivos se ocupa de proclamar que cuando el Estado es parte en un proceso ante los órganos jurisdiccionales no puede dejar de tenerse presente en ningún momento las exigencias derivadas de los principios constitucionales de igualdad y tutela judicial efectiva, de tal suerte que las especialidades procesales del Estado en ningún caso atenten contra los mencionados principios ni supongan cargas desproporcionadas o irrazonables para la contraparte del Estado en el proceso.

El artículo 246.6 LEC no constituye un argumento de apoyo a la inexistencia de la obligación del abono de las costas, aunque la TGSS lo haya invocado como tal. El precepto señala literalmente que «cuando una de las partes sea titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita, no se discutirá ni se resolverá en el incidente de tasación de costas cuestión alguna relativa a la obligación de la Administración de asumir el pago de las cantidades que se le reclaman por aplicación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita». La finalidad del artículo es dejar sentado que a las Administraciones Públicas no se les puede exigir el pago de las costas correspondientes al condenado que litigó con el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, pues el reintegro de tales costas únicamente puede llevarse a cabo en aplicación de la previsión 36.2 Ley 1/1996, de 10 de enero, cuando el condenado sea persona incluida en el ámbito de esa norma y venga a mejor fortuna.

Por otra parte, la LEC, en virtud del principio de igualdad de partes, no contiene previsión alguna sobre exclusión de condena al pago de las costas al Estado ni a los organismos públicos cuando litigan civilmente, a diferencia de lo expresamente previsto para el Ministerio Fiscal en los procesos en que intervenga como parte; en este sentido, se dispone que en ningún caso se le impondrán las costas. Ahora bien, el Ministerio Fiscal no puede ser condenado, pero tampoco es posible que sea acreedor de la condena ni que inste la tasación, a diferencia de lo que sucede con el Estado y la propia Tesorería General de la Seguridad Social. (STS de 22 de febrero de 2006; no ha lugar.)

HECHOS.—La STS de 24 de septiembre de 2003 declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la TGSS. El recurrente *BSCH* solicitó la tasación de las costas, que fue impugnada por el Letrado de la TGSS.

NOTA.—La presente sentencia reproduce la STS de 16 de marzo de 2005 que marca el inicio de una nueva línea jurisprudencial en virtud de la cual la TGSS debe las costas a las que haya sido condenada, a pesar de tener derecho al beneficio de la asistencia jurídica gratuita. (*B. F. G.*)

72. Finalidad de los actos de comunicación.—Estos actos tienen como finalidad, en sede administrativa, informar a los afectados de las resoluciones o decisiones adoptadas, para que éstos puedan tomar las medidas legales pertinentes. En cualquier caso, la determinación de si una concreta comunicación ha sido efectiva o no es una cuestión de hecho que, como norma general, no puede ser revisada en casación. (**STS de 1 de febrero de 2006**; no ha lugar.)

HECHOS.—La Cámara de Comercio e Industria de Madrid demandó a la entidad *M. y H., S. A.*, solicitando que se condenara a la demandada al pago de una cantidad de dinero, debida en concepto de cuotas del recurso cameral permanente. Se trataba de dilucidar si la demandada podía beneficiarse de la declaración de inconstitucionalidad recogida en la STC 179/1994, de 16 de junio, en relación a determinados preceptos de la Ley de 29 de junio de 1911 y del Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a la demandada a pagar a la actora las cuotas reclamadas más intereses y costas. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda.

La demandante interpuso entonces recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo. (*J. D. S. C.*)